

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 5**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**Julho / Dezembro de 2009**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

**COORDENAÇÃO:** Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

**CONSELHO EDITORIAL:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**CONSELHO EXECUTIVO:** Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 5 (julho/dezembro 2009)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

# PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

## A POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA FALIDA COM O COMPROMISSO DE PAGAMENTO INTEGRAL DO PASSIVO FALIMENTAR PELOS ADQUIRENTES

*Sérgio Campinho*

*Ementa:* I — Da Consulta. II — Do Parecer. II.1 — Do Conceito de Falência na Lei nº. 11.101/2005. II.2 — Do Conceito de Falência no Decreto-Lei nº. 7.661/1945. II.3 — Da *Par Conditio Creditorum*. II.4 — Da Legislação Aplicável à Hipótese Objeto da Consulta. II.5 — Da Falência como Causa de Dissolução das Sociedades Empresárias. II.6 — Da Extinção das Obrigações e do Encerramento da Falência. II.7 — Da Aquisição de Ações da Sociedade Falida. II.8 — Da Hipotética Indisponibilidade das Ações. III — Resposta à quesitação formulada.

### **I — Da Consulta**

Em 12.03.2008, “X Ltda.” adquiriu de “A S.A.”, “B Ltda.”, “C”, “D Ltda.”, “E”, “F”, “G”, “H”, “I” e “Espólio de J” 87,72% (oitenta e sete inteiros e setenta e dois centésimos por cento) das ações integrantes do capital social de “Companhia Z”.

A partir da análise do Instrumento Particular que materializou a contratação, é possível depreender que:

(1) é de ciência inequívoca das partes o fato de, desde 1995, encontrar-se em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Itaguaí o Processo de Falência da “Companhia Z”, instaurado sob o regime

do Decreto-Lei nº. 7.661/45, cujos autos foram registrados sob o nº. 1995.024.000127-1;

(2) à época da celebração do contrato, não existiam ônus ou gravames pendentes sobre as ações da “Companhia Z” objeto da compra e venda.

(3) a quitação do preço dar-se-á da seguinte forma:

(3.1) pagamento, na data de assinatura do contrato, da quantia de R\$900,00 (novecentos reais);

(3.2) a obrigação da compradora de efetuar, no juízo universal da falência, todos os pagamentos necessários à obtenção da sentença judicial de cumprimento das obrigações da sociedade falida, do seguinte modo:

(3.2.1) “pagamento imediato, mediante depósito judicial (depósito-pagamento) dos valores devidos de acordo com o Quadro Geral de Credores, no que se refere aos créditos já julgados e não pendentes de recursos ou outros questionamentos, excetuados os créditos públicos, fiscais e parafiscais”;

(3.2.2) “depósito judicial (depósito-garantia) visando assegurar o pagamento dos créditos judicialmente habilitados ou equivalentes e que ainda não tenham sido julgados ou que tenham sido objeto de recurso”.

(3.2.3) “oferecimento judicial de garantia firme, visando o cumprimento de créditos públicos, fiscais e parafiscais, assim como os encargos da Massa”.

(4) na hipótese de não vir a ser declarada cumprida a falência da “Companhia Z”, o negócio será considerado resolvido, restando assegurado à “X Ltda.” o direito de levantar os valores depositados em juízo para a quitação do preço (cláusula V do Instrumento);

Dessarte, considerando o quadro fático apresentado, a Consultante formulou os seguintes quesitos:

i) Podem os acionistas alienar as ações de sua propriedade, representativas do capital social de sociedade anônima fechada falida? Considere-se que o objeto do aludido contrato de compra e venda das ações contém, como obrigação principal, o resgate (pagamento) do passivo da Massa.

ii) Ainda que existisse indisponibilidade das aludidas ações (e disso não há notícia) e sendo ela decorrente de obrigações compreendidas na Falência, tratando-se de hipótese de cumprimento de todas as obrigações, remanesceria algum óbice no que tange à alienação privada?

iii) O pagamento das obrigações, realizado em juízo, é forma legal de se extinguir a Falência?

iv) Estando a falência regida pelo Decreto-Lei nº. 7.661/45 e cumpridas as obrigações da falida, é possível a sociedade empresária continuar operando, isto é, exercendo regularmente o objeto social?

## **II — Do Parecer**

### **II.1 — Do Conceito de Falência na Lei nº. 11.101/2005**

A falência, consoante o perfil econômico que lhe é característico, revela-se a partir de um conjunto de atos ou fatos que exteriorizam, ordinariamente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor. Diante dessa verificação, emerge o instituto jurídico da falência, caracterizado por um complexo de regras estabelecidas com o escopo de regular e oferecer uma solução àquele desequilíbrio verificado, revelador do estado de insolvência do devedor, que não possui, pois, patrimônio capaz de atender ao cumprimento pontual de suas obrigações.

Observa-se, na legislação de diversos países, a concepção unitária da insolvência empresarial, entre nós designada falência. Tem-se

um único processo de insolvência, sendo a recuperação uma de suas finalidades, em alternativa à liquidação<sup>1</sup>. São exemplos a lei alemã (Lei de Insolvência Alemã, *Insolvenzordnung* — InsO, de 05 de outubro de 1994, com vigência em 01 de janeiro de 1999) e a lei portuguesa (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — CIRE, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 53, de 18 de março de 2004).

A nova lei brasileira (Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005), entretanto, não adota o prefalado princípio da unicidade do processo de insolvência empresarial ou falência, propondo, ao revés, a adoção de dois processos especiais aplicáveis ao devedor empresário em estado de crise econômico-financeira ou insolvente: o processo de recuperação judicial e o processo de falência.

Conforme tenho sustentado em doutrina<sup>2</sup>, diante do sistema adotado pelo novel diploma, a falência encontra-se visceralmente ligada à perspectiva de liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente, predominando, portanto, a idéia da falência-liquidação, impondo-lhe uma visão conceitual a este fim inspirada. Tanto que, uma vez declarada, não pode mais o devedor pretender a recuperação da empresa por ele exercida (artigo 48, inciso I). Com efeito, o objetivo do processo falimentar se movimenta para uma liquidação de ativos, com o afastamento do devedor empresário de suas atividades, visando a preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens e recursos, inclusive os intangíveis que integram o estabelecimento empresarial (cf. artigo 75), com o escopo de viabilizar medidas que, com maior proficiência, garantam melhor satisfação dos créditos (cf. artigos 111, 113, 140 e 141).

---

1 Cf., entre outros, SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência — uma introdução*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 9; PEREIRA DE ALMEIDA. *Vida judiciária*, nº. 74, dez/2003, pp. 7 e segs.; e HÄSEMAYER, Ludwig. *Insolvenzrecht*, 3ª ed. rev. e atual. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2003, p. 720.

2 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa — O Novo Regime da Insolvência Empresarial*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.



## II.2 — Do Conceito de Falência no Decreto-Lei nº. 7.661/1945

No direito anterior à Lei nº. 11.101/2005, embora igualmente não se adotasse um sistema unitário para reger a insolvência empresarial (ou do comerciante, na dicção utilizada no Decreto-Lei nº. 7.661/45), era adequado propor um conceito de falência com viés distinto, vez que esta não se limitava a promover a liquidação patrimonial. Muitas vezes, o instituto falimentar não veiculava a liquidação propriamente dita do patrimônio insolvente, mas criava condições de sua recuperação, esta viabilizada, notadamente, pelo instituto da concordata suspensiva da falência (artigos 177 a 185, do Decreto-Lei nº. 7.661/45), ou, ainda, pela autorização ao reingresso na atividade empresarial, aplicável tanto ao empresário individual, quanto às sociedades empresárias, verificável a partir da sentença declaratória da extinção das obrigações ou da reabilitação (artigo 138, do Decreto-Lei nº. 7.661/45).

Nesse diapasão, costume sustentar, sobre este prisma de fundo, que, sob a égide do Decreto-Lei nº. 7.661/45, a falência era a medida judicialmente realizável para resolver a situação jurídica do devedor insolvente, solução que não implicava, necessariamente, a liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente — falência-liquidação —, revelando-se, outrossim, como promotora da recuperação da empresa por ele desenvolvida — falência-recuperação.<sup>3</sup>

Com lucidez, também assim definia Rubens Requião<sup>4</sup>, para quem a falência seria a solução para a “empresa comercial” arruinada: ou a liquidava, ou proporcionava a sua recuperação.

## II.3 — Da *Par Conditio Creditorum*

Mas, em quaisquer dos sistemas legislativos antes referidos, a

---

3 *Ob. cit.*, p. 4.

4 *Curso de direito falimentar*, v. I, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

par de um espectro mais elástico (falência-liquidação/falência-recuperação) ou estrito (falência-liquidação), a ação de falência sempre apresentou o relevante escopo de assegurar aos credores do devedor insolvente um tratamento racional na realização de seus créditos, obstando abusos ou preferências indevidas e injustas, garantindo, sobretudo, a *par conditio creditorum*, ou seja, o tratamento igualitário, isonômico, entre credores de uma mesma categoria, já que os credores do devedor comum serão, no processo de falência, agrupados em classes que irão orientar a preferência para o recebimento dos respectivos créditos, preferência esta conferida segundo critérios legalmente definidos. Tem-se a reafirmação do princípio basilar do direito obrigacional de que o patrimônio do devedor constitui-se na garantia geral dos credores, ressalvadas as preferências legítimas.

A respeito, atestava Carvalho de Mendonça<sup>5</sup> que a falência oferece

aos credores valiosa defesa coletiva no desastre econômico do devedor comum, impedindo preferências injustas, abusos e fraudes, proporciona o expediente honesto para o devedor demonstrar a sua lisura no infortúnio, observando a *par conditio creditorum*, e promover a sua liberação.

Nesse passo, a falência apresenta-se como um meio extraordinário de execução, englobando o patrimônio do devedor, instituída em favor da totalidade de seus credores que, salvo raras exceções, são atraídos para o juízo da falência. É, pois, uma execução concursal ou coletiva, instituída, por lei, em benefício da proteção do crédito, alma do mundo empresarial para alavancar e viabilizar a produção e a circulação de bens e serviços.

No processo de falência será apreendido o patrimônio passível de execução do devedor, através de um procedimento denomina-

---

5 *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VII, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 24.

do de arrecadação, com o escopo de extrair-lhe valor para o atendimento, em rateio, observadas as preferências legais, de todos os credores do devedor comum. Será estabelecido, pois, um concurso de credores, assegurando-se perfeita igualdade de tratamento entre os credores de uma mesma classe (*par conditio creditorum*).<sup>6</sup>

Não deve prestar a falência, portanto, como meio ordinário de obtenção pelo credor do cumprimento da obrigação assumida pelo devedor, mas sim, segundo ensinamento de Carvalho de Mendonça<sup>7</sup>, como

remédio extraordinário, que institui o concurso de credores sobre o patrimônio realizável do devedor comum, manifestada que seja a impossibilidade de satisfazer pontualmente os seus compromissos. Se o devedor não paga a um credor, cujo título de obrigação é indiscutível, e se revela privado de recursos para satisfazer a todos os credores, não bastariam os remédios ordinários autorizados pelas leis do processo, inspiradas no conceito individualista. A comunhão de prejuízos certos ou prováveis impõe e justifica a constituição de outro aparelho, no qual se sujeite o patrimônio do devedor a uma ordenada e universal execução.

#### **II.4 — Da Legislação Aplicável à Hipótese Objeto da Consulta**

É princípio assente no direito processual o isolamento dos atos processuais, garantindo-se, desse modo, a imediata incidência da lei nova aos processos em curso.

Contudo, fiel no sentimento de que a natureza da falência não é exclusivamente processual, mas o resultado de uma mistura de re-

---

6 Sérgio Campinho, *ob. cit.*, p. 9.

7 *Ob. cit.*, v. VII, pp. 19/20.

gras de fundo e de forma, impondo ao instituto uma feição híbrida que lhe é peculiar, o legislador de 2005, nas disposições finais e transitórias, conferiu ultratividade à legislação de 1945, dispondo, no *caput* do artigo 192, que a Lei nº. 11.101/2005

não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto Lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945.

Portanto, aqueles processos mencionados, em curso na data de entrada em vigor da nova lei, prosseguem na forma da lei anterior, e assim serão concluídos, porque o regime atual é distinto do da lei anterior, havendo de se observar, apenas, quatro ressalvas contidas nos parágrafos que compõem o preceito citado.

A primeira diz respeito à concordata suspensiva, que não mais pode ser impetrada, desde a vigência do hodierno diploma (§1º); a segunda pertine à recuperação judicial, que pode ser requerida pelo concordatário, exceto se for microempresário ou empresário de pequeno porte, a despeito da fase em que se encontrar a concordata preventiva ou suspensiva (§§2º e 3º); a terceira refere-se à possibilidade de se promover, nos processos de falência em curso na data da entrada em vigor da nova lei, desde logo, a alienação dos bens da massa falida, assim que concluída a sua arrecadação, independente do encerramento da fase cognitiva prevista na sistemática da lei revogada (§1º); a quarta consiste na submissão à nova lei das falências instauradas a partir da sua vigência quando resultante da convocação de concordata preventiva ou, ainda, quando o respectivo pedido de falência tenha sido ajuizado anteriormente à sua vigência (§4º).

O processo de falência, a partir do qual é formulada a consulta, teve início em 1995, sendo a ele, por consequência, integralmente aplicável o regime do Decreto-Lei nº. 7.661/45, inclusive no que se refere ao pagamento dos credores, à extinção das obrigações do falido e ao encerramento da falência (matéria consultada).

## II.5 — Da Falência como Causa de Dissolução das Sociedades Empresárias

No regime anterior ao Código Civil de 2002, a falência, por si só, não mais se apresentava como causa de dissolução *pleno jure* da sociedade, como previsto no artigo 335, nº. 2, do antigo Código Comercial. A disposição originária fora derogada pelo estatuído no artigo 138 do Decreto-Lei nº. 7.661/45, no qual se tinha que “com a sentença declaratória da extinção de suas obrigações, fica autorizado o falido a exercer o comércio, salvo se tiver sido condenado ou estiver respondendo a processo por crime falimentar, caso em que se observará o disposto no artigo 197”.

Dessa maneira, declaradas extintas, por sentença, as obrigações do falido, fosse ele empresário individual, fosse ele sociedade empresária, poderia haver o seu reingresso na atividade empresarial.

Nesse curso, bem doutrinava Rubens Requião<sup>8</sup>: “é conveniente advertir que a extinção das obrigações da sociedade falida não leva à sua dissolução, pois como se viu a extinção tem o sentido de reabilitação”.

A jurisprudência vinha abonando o entendimento, como se tem da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua 10ª Câmara Civil, no recurso de apelação nº. 138450-2<sup>9</sup>, em que se anotou:

Mas, como bem acentuou a douta Procuradoria Geral da Justiça, ante a viabilidade de ser requerida a extinção das obrigações do falido (empresário individual ou coletivo), conclui-se que a falência, por si só, não importa na dissolução da sociedade, que, tanto quanto o comerciante individual, pode requerer o benefício da lei para voltar ao exercício do comércio.

---

8 *Ob. cit.*, p. 397.

9 ADCOAS 126306.

A própria Lei das S/A, no artigo 206, inciso II, “c”, não apresentava óbice à conclusão, na medida em que afirma dissolver-se a companhia, por decisão judicial, “em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei”. Delegou, portanto, a solução da questão ao disposto na Lei Falimentar. Jamais afirmou, de forma peremptória, a declaração da falência como causa da dissolução, como o fez legislador do Código Civil de 2002 nos artigos 1.044 e 1.087.

Em razão das orientações anteriores ao hodierno *Codex*, é que me parecia plenamente sustentável a idéia de que a falência, de início, não implicaria a dissolução da sociedade, a qual somente se verificaria em função do que viesse a ser ultimado no âmbito do processo falimentar, abrindo-se ensejo tanto à idéia da dissolução, liquidação e extinção da pessoa jurídica, quanto à do seu retorno, com base no artigo 138 da Lei de Quebras, ao exercício da atividade empresarial, fosse qual fosse a forma da sociedade empresária.

A partir do Código Civil de 2002, entretanto, a falência passou a ser causa de dissolução inarredável da sociedade, dissolução judicial e não de pleno direito como equivocadamente consta dos indigitados preceitos codificados, reativando-se a idéia do revogado artigo 335, nº. 2, do Código Comercial. Mas os seus efeitos se limitam às sociedades contratuais nele (o Código) reguladas, não se espraiando às sociedades anônimas.<sup>10</sup> Isto porque o artigo 1.089 do Código Civil garante a regência das companhias por lei especial, aplicando-se-lhe, tão-somente nos casos omissos, as disposições do Código.

Desse modo, para as sociedades anônimas, a matéria continua a ser regida pelo artigo 206, inciso II, “c”, da Lei do Anonimato, que, como se disse, não fechou questão acerca da dissolução judicial provocada pela falência, mas outorgou o tratamento do tema ao que vier disposto na legislação falimentar propriamente dita.

---

10 E também não se aplicando às sociedades em comandita por ações, que se regerão pelas mesmas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes dos artigos 1.090 a 1.092 do Código Civil de 2002.

No regime do Decreto-Lei nº. 7.661/45, a declaração da falência, em si, nem sempre iria resultar na dissolução efetiva da companhia, podendo, não só evitá-la pela concordata suspensiva, bem como pela obtenção da extinção das obrigações ou pela reabilitação falimentar, conforme o caso, nestas últimas hipóteses, valendo-se dos benefícios da lei para o reingresso na atividade econômica.

Idêntica conclusão não se pode atestar a partir da Lei nº. 11.101/2005. Com efeito, a referida ressalva feita na alínea “c” do inciso II, do artigo 206, da Lei nº. 6.404/76 não tem mais aquele eco que possuía quando harmonizada com o Decreto-Lei nº. 7.661/45, porquanto, como já se anotou alhures, o seu novo perfil é o de falência-liquidação. A falência passou a ser um fato jurídico irreversível. Não se recuperando a empresa, segundo os procedimentos na lei disciplinados, serão ela e a sociedade que a explora liquidadas. A própria permissão legal para a continuação da atividade é sempre em caráter provisório e será executada por terceiro, que não a sociedade falida (artigo 99, inciso XI, da Lei nº. 11.101/2005). Com a sentença que decretar a quebra, tem-se verificada a causa dissolutória, desencadeando a liquidação do ativo para pagamento do passivo. A partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento, a pessoa jurídica estará extinta, desaparecendo a sua personalidade jurídica, competindo arquivar a prefalada decisão para se ter por cancelado o registro na Junta Comercial.

O instituto da reabilitação, que faz cessar a inabilitação do falido, nos moldes do artigo 102, da Lei nº. 11.101/2005, somente se aplica, como tenho sustentado<sup>11</sup>, ao devedor pessoa natural (empresário individual) e não ao devedor pessoa jurídica (sociedade empresária). Ele estaria interessado no benefício de poder voltar à atividade empresarial explorada em seu próprio nome, exercer cargo de administração em sociedade, ou gerir “empresa” por mandato ou por gestão de negócios (artigo 181, da Lei nº. 11.101/2005). É que o sistema,

---

11 Cf. *ob. cit.*, pp. 316/318 e 438/440.

repita-se, consagrado na lei vigente, francamente influenciado pelo Código Civil de 2002, conduz à idéia da falência como causa de dissolução das sociedades empresárias.

Em resumo, pode ser traçado o seguinte quadro: (i) até a vigência do Código Civil de 2002, a falência não era, por si só, causa de dissolução das sociedades empresárias, em todas as suas formas consideradas; (ii) a partir da sua entrada em vigor, passou ela a ser causa de dissolução daquelas sociedades contratuais disciplinadas pelo Código, não o sendo, entretanto, de forma absoluta, para as sociedades por ações, para as quais não restou derogado o artigo 138 do Decreto-Lei nº. 7.661/45; (iii) com a eficácia da Lei nº. 11.101/2005, a falência é, indistintamente, causa de dissolução das sociedades empresárias, sem exceção.

## **II.6 — Da Extinção das Obrigações e do Encerramento da Falência**

O encerramento da falência e a extinção das obrigações do devedor, embora possam ser verificados simultaneamente, ao serem decididos na mesma sentença, são institutos que guardam naturezas jurídicas distintas.

O encerramento é providência de cunho eminentemente processual. Realizado o ativo e pago o passivo, não mais haverá necessidade de se manter em curso o processo de falência. Seu objetivo foi alcançado. Portanto, prestadas e julgadas as contas do administrador judicial — ou do síndico na versão da Lei de 1945 — e apresentado o relatório final, estará esgotado o procedimento, não se fazendo útil a prática de qualquer outro ato processual. Já a extinção das obrigações é medida inserida no âmbito do direito material. O processo de falência pode estar extinto, sem que isso implique exoneração das responsabilidades do falido, advindas daquele estado. Os efeitos da falência, portanto, se propagam para além da existência do respectivo processo. Só estará livre o devedor de suas responsabilidades ao



obter a declaração judicial que reconheça a ocorrência do fato jurídico capaz de extingui-las.<sup>12</sup>

O meio normal de extinguir uma obrigação é o pagamento. Por seu intermédio é que se verifica a morte natural da obrigação. Por esta razão, está ele previsto como causa principal da extinção das obrigações na falência na lei atual (artigo 158, inciso I), como também o estava no Decreto-Lei nº. 7.661/45 (artigo 135, inciso I).

Mas o pagamento integral de todos os créditos é de difícil verificação na prática falimentar. Em regra, a situação econômica do devedor não irá apresentar condições a esse adimplemento pleno, com a solução de seus débitos pelo seu montante total. Inserida nesse horizonte é que a lei vem facultar a extinção das obrigações pelo pagamento parcial, elegendo um percentual mínimo aceitável para que se realize em rateio. Terá, assim, efeito liberatório, na Lei hodierna, o pagamento, após a realização de todo o ativo, de mais de cinquenta por cento dos créditos quirografários, sendo permitido o depósito da quantia necessária à obtenção dessa percentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo (artigo 158, inciso II). Na Lei revogada, mas ultrativa naquelas situações já verificadas anteriormente, o percentual era de quarenta por cento, sendo, igualmente, facultado o depósito. A hipótese legal, em quaisquer de suas versões, pressupõe o pagamento integral das restituições, dos créditos extracursais e dos demais credores preferenciais. O rateio de mais de cinquenta por cento, ou de quarenta por cento, conforme a aplicação de uma ou de outra lei, capaz de exonerar o devedor, se perfaz no universo dos credores quirografários.

Não se tinha dúvida, como não se deve ter no ordenamento atualizado, que não só na hipótese de pagamento parcial, mas também na do total, faz-se possível a complementação por terceiros, ante a impossibilidade do devedor, do *quantum* necessário para que ele, o pagamento, integralmente se realize.

---

12 Sérgio Campinho, *ob. cit.*, p. 441.

Ainda sob o império absoluto do Decreto-Lei nº. 7.661/45, lecionava Miranda Valverde:<sup>13</sup>

o pagamento é o modo normal de extinção das obrigações. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagar. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e por conta do devedor. Qualquer pessoa, portanto, na plena disponibilidade de seus bens, pode efetuar, em nome e por conta do falido, o pagamento dos créditos habilitados na falência.

No mesmo diapasão encontrava-se o escólio de Rubens Requião:<sup>14</sup>

(...) o artigo 135 dispõe que o pagamento extingue as obrigações do falido. Esse pagamento, todavia, pode ocorrer em decorrência da realização do ativo na falência ou por recursos a ela estranhos, obtidos pelo falido, ou diretamente supridos por terceiro interveniente, que efetua o pagamento em seu prol.

Não era diferente a opinião de Sampaio de Lacerda:<sup>15</sup>

(...) pouco importa seja o pagamento efetuado pelo próprio falido ou por terceiro. Imprescindível é que não se faça pagamento em desrespeito à igualdade entre os credores. Pode suceder que, alguém interessado em adquirir o ativo do falido, comprometa-se a pagar todos os credores, visando, com isso, restaurar uma atividade de real importância e que, por óbvias razões, estivesse impedida de funcionar.

A lógica dessa conclusão tem supedâneo no sistema legal construído segundo a norma geral de que qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando-se, se o credor se opuser,

---

13 *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 200.

14 *Ob. cit.*, p. 395.

15 *Manual de Direito Falimentar*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, nº. 85, p. 221.

dos meios conducentes à exoneração do devedor, cabendo igual direito ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e a conta do devedor, sem que este assim se oponha (Código Civil, artigo 304, tendo como dispositivo correspondente no Código de 1916 o artigo 930).

Subjacentemente às questões que envolvem pagamento integral ou parcial, encontra-se um permissivo, ainda que implícito, nesse momento derradeiro e culminante do processo de execução coletiva, para que o devedor, seus credores e terceiros que paguem em nome e conta do devedor possam livremente acertar o modo de quitação das obrigações, com os limites, entretanto, dos percentuais minimamente estabelecidos na lei e o respeito à *par conditio creditorum*. A finalidade precípua do procedimento falimentar consiste em regularizar ou, em última análise, em solucionar a situação anormal da empresa, decorrente da insolvência de seu titular. Dentro dessa perspectiva, é que se insere o instituto da extinção das obrigações, visando a restabelecer, de um modo minimamente aceitável, a normalidade das relações jurídicas, realizável pela satisfação dos credores, com menor sacrifício possível, e liberação do devedor dos efeitos da falência, que não devem ser perpétuos.

Este permissivo de negociação anômala vem ressaltado nas palavras de Nelson Abrão<sup>16</sup>, proferidas ainda sob o império do Decreto-Lei nº. 7.661/45, ora transcritas:

Poderá o falido, a qualquer momento, efetuar o pagamento. Como sói acontecer na falência, salvo uma incomum recuperação econômica do falido, não estará ele em condições de solver seus débitos pelo montante integral. O senso prático do falido e de seus credores leva-os a tratativas visando à extinção das obrigações dentro das precárias condições financeiras daquele e do menor sacrifício destes: é claro que a medida deve ser global, isto é, dizer respeito à totalidade dos credores, sob pena de violação da *par conditio creditorum* e caracte-

---

16 *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 166/167.

rização de crime falimentar (art. 188, II). Daí, então, os ajustes para pagamento na base de percentuais que giram em torno da metade do débito. A satisfação é recíproca: do credor, pelo recebimento de um crédito de difícil e incerta apuração; do devedor, por obter quitação pelo total — e está é condição *sine qua non* —, o que lhe permite exonerar-se dos ônus falimentares. Portanto, o pagamento de que trata o art. 135, I, da Lei de Falências é, como decorre da essência desse meio extintivo das obrigações, concertado livremente entre as partes interessadas, pelo percentual que lhes convier (grifo nosso).

É nesse ambiente fático-jurídico que me parece estar enquadrado o contrato que ampara a consulta, na medida em que é realizada uma alienação das ações do bloco de controle (87,72%), viabilizando que os adquirentes promovam, em nome da sociedade falida, a quitação, não parcial, mas integral do débito falimentar. É um modo encontrado por terceiro para quitar integralmente as obrigações do falido, obtendo a extinção dos efeitos da falência e dela própria. É um negócio jurídico vinculado a esse fim específico, sem o qual ficará privado de seus efeitos. Isto quer dizer, em outros termos, que o contrato de compra e venda de ações, recheado de pactos adjetos, que lhe conferem atipicidade flagrante, não passa de mero instrumento para que se promova a extinção das obrigações falenciais e se obtenha, com isso, o encerramento do processo de quebra.

## **II.7 — Da Aquisição de Ações da Sociedade Falida**

Insta saber acerca da possibilidade de as ações de uma sociedade falida serem objeto de transação, notadamente de alienação, para responder objetivamente à quesitação formulada.

Como na prática a verificação de negócio jurídico envolvendo ações de companhia falida é incomum, não costumam os autores enfrentar diretamente o tema, situação que ora se impõe, em razão do objeto da consulta.

Penso não estarem elas fora do comércio. Não vislumbro na lei qualquer impedimento à realização do prefalado negócio jurídico. As

leis falimentares, atual e pretérita, não impõem, *ipso iure*, a indisponibilidade dos bens dos acionistas, senão a do patrimônio da sociedade falida e dos sócios com responsabilidade solidária e ilimitada.

Isto porque, a sociedade empresária é a pessoa jurídica que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Como pessoa jurídica que é, tem ela existência distinta da de seus integrantes, cujo efeito principal é a autonomia patrimonial.

A partir da decretação da falência, o devedor, no caso a sociedade empresária, perde o direito de livremente administrar os seus bens e deles dispor (artigo 103 da Lei nº. 11.101/2005). Inclusive na própria sentença, o juiz deverá, explicitando o princípio, expressamente proibir a prática de qualquer ato de disposição ou de oneração dos bens do devedor (artigo 99, inciso VI). A mesma restrição decorre do deferimento de medida cautelar de sequestro dos bens do devedor, em procedimento cautelar específico (Código de Processo Civil, artigo 822, inciso IV) que pode preceder à decretação da quebra, geralmente nas hipóteses decorrentes da prática de atos ruinosos previstos no artigo 94, inciso III. A infração ao dispositivo levará à invalidação do ato, face à evidente nulidade. No direito anterior, a nulificação do negócio jurídico vinha prevista no próprio dispositivo referente ao tema (§1º, do artigo 40 do Decreto-Lei nº. 7.661/45). O artigo 103 da lei atual é omissivo acerca da sanção. Portanto, na espécie, incide a regra do inciso VII, do artigo 166 do Código Civil de 2002, segundo a qual é nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente assim o declarar, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Mas a indisponibilidade, cuja inobservância leva à nulidade do ato, somente atinge ao patrimônio da sociedade e não ao do acionista, vez que a este não é extensível a responsabilidade subsidiária própria dos sócios com responsabilidade solidária e ilimitada, cujos bens também se submetem à constrição (cf. os artigos 81 e 82 da Lei nº. 11.101/2005 e os artigos 5º e 6º do Decreto-Lei nº. 7.661/45).

Também é princípio assente em nosso direito positivo que os administradores das sociedades anônimas não respondem pessoal-

mente pelas obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica, derivadas de ato regular de gestão (Lei nº. 6.404/76, artigo 158, *caput*). Respondem, todavia, civilmente, perante a sociedade e terceiros prejudicados, pelos prejuízos causados por culpa no desempenho de suas funções, desatendendo os seus deveres legais de diligência e lealdade. Ficam obrigados à reparação do dano quando for verificado ato irregular de gestão ou quando procederem com violação da lei ou do ato constitutivo da sociedade (artigo 158, incisos I e II, da Lei nº. 6.404/76).

Mas as eventuais responsabilidades de acionistas, controladores ou não, bem como dos administradores, serão objeto de apuração, em ação própria, no juízo da falência. O artigo 82 da Lei nº. 11.101/2005 não as define, remetendo sua conceituação ao estabelecido na respectiva lei de regência do tipo societário, tal qual já o fazia o seu antecedente histórico, o artigo 6º do Decreto-Lei nº. 7.661/45. Apenas, portanto, no âmbito dessa ação é que se poderá ver aferida a responsabilização pessoal do sócio ou administrador de uma sociedade anônima, cujo trânsito em julgado da respectiva sentença irá consumir ou confirmar a indisponibilidade de bens desses atores, esta na hipótese de haver provimento anterior acerca da indigitada indisponibilização (§2º, do artigo 82, da Lei nº. 11.101/2008 e parágrafo único, do artigo 6º, do Decreto-Lei nº. 7.661/45).

Nunca é demais enfatizar que o artigo 6º da Lei de 1945 exigia e o artigo 82 da Lei de 2005 exige ação própria para aferir-se e tornar-se efetiva a responsabilidade, com a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, princípios constitucionalmente garantidos a qualquer acusado, sendo refutada a decretação da responsabilidade incidentalmente, nos mesmos autos do processo falimentar.

Não há que se invocar, para aquele fim, a aplicação da teoria descon sideração da personalidade jurídica, a qual deve ser sempre vista como regra de exceção, na medida em que no Direito pátrio a autonomia da personalidade jurídica é um princípio consagrado, sen-

do, pois, a regra a direcioná-lo. Sua aplicação não pode desconhecer a especial disposição do artigo 82 da Lei de Recuperação e Falência, ou do artigo 6º da antiga Lei de Falência e Concordata, reclamando processo de cognição plena, pelo rito ordinário, com observância do contraditório e garantia da ampla defesa.

Portanto, precisa a decisão unânime da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no agravo de instrumento nº. 6.768/99, ainda tendo por pano de fundo o artigo 6º da antiga Lei, cuja ementa traduz:<sup>17</sup>

Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade de bens. Ainda que haja indícios de fraude impõe-se a instauração do devido processo legal, para decretar-se a desconsideração da personalidade jurídica e tornar indisponível os bens da sociedade e de seus sócios.

A orientação tem merecido o beneplácito do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>, consoante se infere do seguinte aresto:

Arrecadação dos bens do sócio controlador da falida. Decisão impugnada por agravo de instrumento. Acórdão que a mantém ao fundamento de que a constrição pode ser atacada por embargos de terceiro. Inversão da ordem natural das coisas, porque a suspeita de que os bens da falida foram distraídos em proveito do sócio ou de terceiro deve ser comprovada por ação própria, depois de contraditório regular.

Destarte, inexistindo qualquer decisão, provisória ou definitiva, como informa o Consulente, determinando a indisponibilidade

---

17 No caso concreto, a decisão recorrida, cassada pelo acórdão, estendia os efeitos da falência a outras sociedades e tornava, também, indisponíveis os bens de seus sócios, por considerá-las participantes de um “conglomerado de empresas”, supostamente manipuladas pelo sócio controlador da sociedade falida.

18 REsp nº. 235.300-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, decisão unânime, publicada no DJU, Seção I, de 05.08.2002, p. 326.

dos bens particulares dos acionistas, administradores ou não, nada impede sejam suas ações objeto de negócio jurídico, inclusive o de alienação. A conclusão, outrossim, não elidiria eventual propositura de ação de responsabilidade contra os acionistas alienantes (ex-acionistas) e ex-administradores, porquanto a perda de uma ou de outra condição não os exime da prática de atos pretéritos, cuja realização é contemporânea à época em que desfrutavam de um daqueles status jurídicos referenciados.

## **II.8 — Da Hipotética Indisponibilidade das Ações**

Ainda que se pudesse considerar haver ato judicial declarando indisponíveis as ações dos acionistas, mister se faria verificar a possibilidade jurídica e consequentes validade e eficácia de alienação das mesmas, tendo em vista tratar-se de indisponibilidade excepcional, relativa, acidental e provisória, sempre considerando a hipótese concreta sob exame na consulta: alienação das ações vinculada à quitação da integralidade do passivo falimentar pelo adquirente, para obtenção da extinção das obrigações e encerramento do respectivo processo falimentar.

O negócio jurídico é uma declaração volitiva dirigida a um determinado fim, existindo para produzir os efeitos desejados pelos declarantes, atingindo, então, um resultado positivo. Todavia, para que isso ocorra deverá estar ele revestido de certos requisitos relativos à pessoa do agente, ao objeto da relação e à forma da emissão da vontade. É o que se tem do artigo 104, do Código Civil de 2002, segundo o qual a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma adequada.

Quanto à impossibilidade do objeto, óbice tratado neste tópico, decorrente da hipotética indisponibilidade das ações, impõe registrar que o direito positivo vem mitigando o seu alcance, sempre inspirado na busca da validação do próprio negócio jurídico.



É exemplo da tendência a disposição contida no artigo 106, do Código Civil, segundo o qual “a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”.

Objeto impossível é aquele materialmente insuscetível de existir ou juridicamente defeso em lei.

A impossibilidade é qualificada sob três aspectos: a) originária ou inicial e superveniente; b) absoluta ou objetiva e relativa; c) permanente e temporária.

Diz-se originária a impossibilidade existente no momento da formação do vínculo jurídico, isto é, no momento da conclusão do negócio jurídico; superveniente é aquela que surge após a sua celebração<sup>19</sup>.

Tem-se a impossibilidade absoluta (*erga omnes*) quando irrealizável o negócio jurídico por qualquer agente e a relativa quando disser respeito a um dos agentes do negócio, sendo possível para outros sujeitos<sup>20</sup>.

Permanente é aquela indisponibilidade que não desaparece com o transcurso do tempo e temporária aquela que se desfaz<sup>21</sup>.

Portanto, os efeitos jurídicos da impossibilidade variam conforme a sua espécie. Assim, nas precisas palavras de J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>22</sup> “a impossibilidade para determinar a nulidade do negócio jurídico, deve ser originária, absoluta e permanente”. Em outras palavras, essas três espécies devem estar cumulativamente presentes

---

19 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado*, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 218/219 e DE OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Novo Código Civil Anotado*, v. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 195.

20 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Ob. cit.*, p. 219 e DE OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Ob. cit.*, p. 195.

21 DE OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Ob. cit.*, p. 195.

22 *Ob. cit.*, p. 196.

na hipótese concreta, sem o que não haverá invalidação do negócio jurídico.

Na busca de validação de um negócio jurídico, cumpre ao intérprete fazer uso do elemento de interpretação finalista, lógica ou funcional, da mesma forma que se tem para a interpretação das leis, de modo a ser assegurado o fim econômico ao qual o contrato se destina.

Discorrendo sobre o tema, Carlos Maximiliano<sup>23</sup> produz o seguinte aconselhamento:

Oriente-se o intérprete pelo fim econômico, prático ou efetivo que o estipulante, ou as partes, pretenderam atingir por meio do ato jurídico ou da simples cláusula; ressalve o modo particular de utilidade que determinou os interessados a convirem na obrigação.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>24</sup>, por sua vez, demonstra que

para conhecer o sentido de um contrato, é preciso averiguar antes o substrato econômico sob o qual se funda o jogo de interesses que subjaz nele e o intento prático da regulação que, mediante o contrato, as partes trataram de dar a esses interesses, pois isso constitui sua última razão de ser.

Além disso, prossegue afirmando que

na interpretação finalista, não se pode esquecer dos resultados práticos ou empíricos propostos pelas partes contratantes, enquanto razão de ser do seu contrato. Por isto, além da função econômico-social que a regulamentação assinala ao tipo, deverá ser valorada a causa concreta que para as partes o contrato tinha. Isto significa que todas as manifestações contratuais se encontram dirigidas à obtenção do

---

<sup>23</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 285.

<sup>24</sup> *Ob. cit.*, pp. 213/214.

referido resultado empírico e devem ser interpretadas da maneira mais adequada, para que, se possível, se obtenha tal resultado.

A ciência de interpretação dos negócios jurídicos vem inspirada, notadamente, no princípio da conservação do negócio jurídico, o qual, no dizer do já mencionado J. M. Leoni:<sup>25</sup>

é aquele que procura salvar o contrato. Melhor esclarecendo: ao interpretar uma cláusula contratual, deve-se procurar a interpretação que leve à sua validade e não à sua invalidade. Entre uma interpretação que conduza a privar o negócio jurídico de seus efeitos e outra que permita produzi-los, deve-se optar por esta última.

Mas o referido princípio, continua o autor:

não se aplica exclusivamente às cláusulas de um negócio jurídico, como também a todo o negócio jurídico. Assim, quando haja dúvida se o negócio deve produzir algum efeito ou não produzir nenhum, deve-se optar, com base no princípio da conservação, pela solução que confira ao negócio algum efeito e não sentido inverso (*ut res magis valeat, quam pereat*<sup>26</sup>).

No caso da presente consulta, pelo conjunto das disposições contratuais, inclusive da denominada cláusula resolutiva expressamente avençada, os efeitos da alienação das ações da sociedade falida encontram-se vinculados ao seguinte fato jurídico: declaração, por sentença, do cumprimento das obrigações da sociedade falida e extinção, também por decisão judicial, do processo de falência (encer-

---

25 *Ob. cit.*, pp.210/211.

26 Embora esse princípio não conste expressamente do ordenamento postivado nacional, aparece explicitamente no Código Civil Italiano, especificamente em seu artigo 1.367: “Conservação do Contrato. Na dúvida, o contrato e as cláusulas singulares devem-se interpretar no sentido em que possam ter qualquer efeito, antes naquele segundo o qual não teriam efeito algum”. Assim também se tem no artigo 1.284 do Código Civil Espanhol: “Se alguma cláusula de algum contrato admitir diversos sentidos, deverá entender-se o mais adequado para que produza efeitos”.

ramento da falência). Isto quer dizer que, sem a implementação desses fatos, a contratação perderia a sua utilidade para as partes, uma vez que os compradores almejam, com a liberação da companhia dos efeitos da falência, que ela continue a operar o seu objeto.

Se houvesse indisponibilidade das ações, penso que, à luz de tudo o que foi antes desenvolvido, sempre visando salvar o contrato, seria razoável sustentar que a eficácia da alienação estaria diferida ao adimplemento do pagamento integral do passivo falimentar pela adquirente. Isto porque a indisponibilidade resultaria do estado de falência, desaparecendo sua causa ante a quitação do passivo falimentar, com a conseqüente liberação dos gravames pendentes sobre o patrimônio da falida e, eventualmente, de seus sócios. Ademais, por essa interpretação inexistiria qualquer prejuízo para os credores os quais, ao revés, restariam integralmente satisfeitos, respeitada a *par conditio creditorum*. A indisponibilidade seria, portanto, excepcional, relativa e temporária, automaticamente se extinguindo, com o fim de sua causa.

Não se mostra enfadonho reafirmar o pressuposto de que o contrato de compra e venda de ações constitui-se em um negócio jurídico vinculado a esse fim específico, sem o qual ficará privado de seus efeitos, esvaziado, assim, o fim econômico que o motivou. Não pode ser visto senão como mero instrumento para que se promova a extinção das obrigações falenciais e se obtenha, com isso, o encerramento do processo de quebra, que a todos interessa, pois cumprido o desiderato do procedimento falimentar, não se devendo, portanto, optar por nulidades sem que haja efetivo prejuízo para as partes ou para terceiros atingidos pelos atos, no caso os credores.

### **III — Resposta à Quesitação Formulada**

A partir das reflexões acima, passo a, objetivamente, responder a quesitação formulada:

**Quesito 1:** Podem os acionistas alienar as ações de sua propriedade, representativas do capital social de sociedade anônima fe-

chada falida? Considere-se que o objeto do aludido contrato de compra e venda das ações contém, como obrigação principal, o resgate (pagamento) do passivo da Massa.

Conforme desenvolvido no corpo do parecer, penso não estarem tais ações fora do comércio. Não vislumbro na lei qualquer impedimento à realização do prefalado negócio jurídico. As leis falimentares, atual e pretérita, não impõem, *ipso iure*, a indisponibilidade dos bens dos acionistas, senão a do patrimônio da sociedade falida e dos sócios com responsabilidade solidária e ilimitada.

A indisponibilidade, cuja inobservância leva à nulidade do ato, somente atinge ao patrimônio da sociedade anônima e não a do acionista, vez que a este não é extensível a responsabilidade subsidiária própria dos sócios com responsabilidade solidária e ilimitada, cujos bens também se submetem à constrição. Os acionistas, administradores ou não, somente ficam sujeitos aos efeitos patrimoniais da falência, na qual se inclui a privação da livre disposição do seu patrimônio, em razão de decisão judicial, provisória ou definitiva, proferida no âmbito da ação de responsabilidade (cf. os artigos 81 e 82 da Lei nº. 11.101/2005 e os artigos 5º e 6º do Decreto-Lei nº. 7.661/45), o que não faz parte da hipótese consultada.

**Quesito 2:** Ainda que existisse indisponibilidade das aludidas ações (e disso não há notícia) e sendo ela decorrente de obrigações compreendidas na Falência, tratando-se de hipótese de cumprimento de todas as obrigações, remanesceria algum óbice no que tange à alienação privada?

Se houvesse indisponibilidade das ações, penso que, à luz de tudo o que foi desenvolvido, seria razoável sustentar que a eficácia da alienação estaria diferida ao adimplemento do pagamento integral do passivo falimentar pela adquirente, a partir do conjunto das disposições contratuais, donde se infere que os efeitos da alienação das ações da sociedade falida encontram-se vinculados ao seguinte fato jurídico: declaração, por sentença, do cumprimento das obrigações da sociedade falida e extinção, também por decisão judicial, do processo

de falência (encerramento da falência). Este fato, essencial à contratação, faz com que o negócio jurídico celebrado seja apropriado como mero instrumento da realização do fim colimado. Quero dizer com isso que a racionalidade da contratação conduz à exegese de que a alienação das ações não é um ato que encerra um fim em si mesmo, mas veículo e, portanto, parte de um ato jurídico complexo, cuja finalidade, que imprime essência à contratação, consiste no levantamento do estado de falência e na liberação de todos os seus efeitos restritivos.

Portanto, a indisponibilidade resultaria do estado de falência, desaparecendo sua causa ante a quitação do passivo falimentar, com a conseqüente liberação dos gravames pendentes sobre o patrimônio da falida e, eventualmente, de seus sócios. Ademais, dessa interpretação, que tem por escopo fundamental salvar o contrato, inexistiria qualquer prejuízo para os credores que, ao revés, restariam integralmente satisfeitos, respeitada a *par conditio creditorum*. A indisponibilidade seria, portanto, excepcional, relativa e temporária, automaticamente se extinguindo, com o fim de sua causa.

**Quesito 3:** O pagamento das obrigações, realizado em juízo, é forma legal de se extinguir a Falência?

O pagamento integral das dívidas falenciais conduz à extinção das obrigações do devedor na falência, seja ele realizado pela própria sociedade falida ou por terceiro. Configurada a hipótese, deverá ser requerida ao juízo falimentar que declare dita extinção por sentença e, sendo o requerimento anterior ao encerramento da falência, declarará o juiz extintas as obrigações na mesma decisão de encerramento do processo de quebra.

**Quesito 4:** Estando a falência regida pelo Decreto nº. 7.661/45 e cumpridas as obrigações da falida, é possível a sociedade empresária continuar operando, isto é, exercendo regularmente o objeto social?

A sociedade empresária, genericamente considerada, não, mas sim aquela que for revestida da forma de sociedade anônima ou de sociedade em comandita por ações.

Com efeito, até a vigência do Código Civil de 2002, a falência não era, por si só, causa de dissolução das sociedades empresárias, em todas as suas formas admitidas. A partir da sua entrada em vigor, passou ela a ser causa de dissolução daquelas sociedades contratuais disciplinadas pelo Código, não o sendo, entretanto, de forma absoluta, para as sociedades por ações, para as quais não restou derogado o artigo 138 do Decreto-Lei nº. 7.661/45, por força do estatuído no artigo 1.089, do Código Civil e 206, inciso II, “c”, da Lei nº. 6.404/76. Somente com a eficácia da Lei nº. 11.101/2005, a falência passou a ser, indistintamente, causa de dissolução das sociedades empresárias, sem exceção, não mais tendo utilidade, no novo sistema introduzido, a ressalva contida na alínea “c” do inciso II, do citado preceito da Lei do Anonimato.

Como na presente hipótese o respectivo processo de falência tem sua regência ditada não pela Lei nº. 11.101/05, mas pelo Decreto-Lei nº. 7.661/45, em razão do estabelecido no artigo 192 daquela nova lei, penso possível, na forma do mencionado artigo 138 da antiga lei falimentar, haver o reingresso da sociedade anônima falida na atividade econômica empresarial, estando apta a exercer o seu objeto, consoante a tese desenvolvida no corpo do parecer. Mas nada impediria, se fosse do desejo dos seus acionistas, que optassem pela extinção da pessoa jurídica e, assim, de posse do ativo, em vez de partilharem seu produto, restabelecessem a mesma empresa, constituindo, porém, nova sociedade para este fim, embora com o mesmo objeto.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 25 de março de 2008.

Sérgio Murilo S. Campinho





# **O ARRENDAMENTO MERCANTIL DE AERONAVES E A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS<sup>1</sup>**

*Paulo Fernando Campos Salles de Toledo*

*Sumário:* 1. Relatório; 2. O conceito de *leasing*; 3. Modalidades de *leasing*; 4. *Leasing* financeiro; 5. *Leasing* operacional; 6. A Resolução nº. 2.309/96; 7. Arrendamento e arrendamento mercantil, no Código Brasileiro da Aeronáutica; 8. O arrendamento mercantil e a Lei de Recuperação de Empresas; 9. O arrendamento mercantil de aeronaves e a Lei de Recuperação de Empresas; 10. O arrendamento de aeronaves e a Lei de Recuperação de Empresas; e 11. Respostas aos quesitos.

## **1. Relatório**

“A’ S.A.”, “B’ S.A.” e “C’ S.A.”, todas em recuperação judicial, ingressaram, em caráter incidental ao processo concursal, com ação cautelar inominada, contra ‘D’ e outras. Observam que as Rés são arrendadoras de seus aviões e motores, e alegam ser imprescindível a medida pleiteada, uma vez que essas empresas estão pressionando as

---

1 O parecer foi oferecido no dia 14 de agosto de 2005, pouco antes de ser editada a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2009, que reenumerou o parágrafo único do art. 199 da Lei de Recuperação de Empresas, e acrescentou dois novos parágrafos ao mesmo artigo. Um deles, o § 2º, expressamente dispõe não se aplicar à hipótese “a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49” do mesmo diploma legal. Penso, no entanto, que o interesse despertado pela matéria justifica a presente publicação, até para – quem sabe – ser repensado o assunto.

Autoras, pretendendo o pagamento de prestações, “sob pena de perda da posse direta das aeronaves”. Pleiteiam que os bens arrendados sejam mantidos na posse delas, Autoras, vedada a entrega às arrendadoras.

Argumentam as Autoras, basicamente, que os contratos firmados não se enquadram como arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) e sim como arrendamento (*leasing* operacional), uma vez que não ensejam às arrendatárias optar pela compra do bem ou renovação contratual. Assim, tais contratos estão, segundo dizem, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, não se aplicando ao caso a regra do art. 49, § 3º, da LRE.

A liminar foi concedida, sendo proibida “a retomada das aeronaves”, que devem ser mantidas na posse das Autoras. Considerou o MM. Juiz presente o *fumus boni juris*, uma vez que “a retomada de qualquer ativo” inviabilizaria a recuperação, o que iria contrariar “o princípio que inspira a legislação” aplicável. O *periculum in mora*, por sua vez, reside em que a retirada das aeronaves evidentemente prejudicaria as Autoras e a atividade por elas exercida.

Ocorre, no entanto, que duas das arrendadoras (‘E’ e ‘F’), ambas Rés na medida cautelar, ingressaram, apesar de cientes destas ações, com pedido de reintegração de posse, contra uma das Autoras, “B’ S.A.”, distribuídos, respectivamente, à 12ª e a 32ª Varas Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. As iniciais, redigidas em termos idênticos, fundam-se em que as demandantes são proprietárias de aeronaves arrendadas à ‘B’, e que, ante a inadimplência desta, fazem jus a reintegrar-se na posse direta dos bens.

Alegam que os contratos firmados pelas partes são de arrendamento mercantil, prevendo cláusulas de opções de compra e de prorrogação do prazo. É, desse modo, aplicável o disposto no art. 199, parágrafo único, da LRE. Assim, os contratos, estando excluídos da recuperação judicial, não estão abrangidos pelos efeitos da liminar concedida na ação cautelar. Pleiteiam sejam reintegradas na posse dos bens *inaudita altera parte*.

Em ambos os processos, as liminares não foram concedidas.

Diante disso, os ilustres Advogados ‘W’, ‘X’ e ‘Y’, do Escritório de Advocacia ‘Z’, formulam-me as seguintes indagações:

“1 – É correto afirmar que nos contratos de arrendamento mercantil, em especial de aeronaves e motores, tendo em vista a legislação específica, deverá obrigatoriamente constar a cláusula de opção de compra pelo arrendatário ao final do contrato, sob pena de se desconfigurar o contrato?

2 – Considerando que o parágrafo único do art. 199 da Lei 11.101/05 refere-se a contratos de **arrendamento mercantil**, é correto afirmar que ela não incidirá nos casos em que não constar do contrato a cláusula de opção de compra ao final do prazo contratualmente estipulado? Consequentemente, estariam os credores da ‘A’, por contratos dessa natureza, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, tendo em vista que o §3º do art. 49 também se refere apenas aos contratos de **arrendamento mercantil**?

3 – Ainda que se entenda aplicável o art. 199, parágrafo único, aos contratos de ‘arrendamento operacional’, é correto afirmar que ele deve ser interpretado à luz do art. 49, §3º, da lei, sob pena de tornar absolutamente impossível a recuperação judicial de companhias aéreas, haja vista que, atualmente, raríssimos são os casos de compra de aeronave por companhia aérea, e que a regra geral é a celebração de contratos de leasing? (em outras palavras, a lei não pode, de um lado, conceder às cias. aéreas o direito de pedir a recuperação judicial e, de outro, dar aos seus credores o direito de retirar-lhes a posse das aeronaves, em razão dessa medida).”

## **2. O conceito de *leasing***

O exame das questões propostas exige que, antes, sejam abordados pontos conceituais e características do *leasing*, para, depois, situar as relações contratuais dessa natureza em casos de empresas em crise. E, em particular, quando estas se dedicam à exploração de serviços aéreos.

O conceito legal de *leasing*, em nosso ordenamento jurídico, acha-se previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº. 6.099/74. Lê-se nesse dispositivo que, para os efeitos do diploma em que foi inserido (que tem em vista o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil), *leasing* é

o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Daí podem ser extraídos os seguintes elementos conceituais: a) no pólo ativo da relação negocial figura necessariamente uma pessoa jurídica, enquanto no passivo pode estar tanto uma pessoa natural quanto jurídica; b) o objeto do negócio é o arrendamento mercantil (expressão adotada como correspondente a *leasing*) de determinado bem, sobressaindo desde logo a idéia de que se trata de coisa infungível; c) esse bem deve ter sido adquirido pela arrendadora, a qual, pois, é titular de seu domínio; d) a aludida aquisição se fez a pedido do arrendatário, e segundo especificações deste; e) o bem a ser arrendado destina-se ao uso do arrendatário.

Como se vê, o negócio apresenta contornos que o diferenciam de qualquer outra espécie contratual. Não se ingressará, aqui, por desbordar dos objetivos deste parecer, no estudo de sua natureza jurídica. Inegável, no entanto, que se cuida de negócio complexo, no qual se podem perceber traços de outros negócios jurídicos.

Falta ao conceito legal brasileiro fazer referência à transferência de domínio, opção conferida ao arrendatário no final do contrato. Se este quiser exercê-la, fará “o pagamento de um custo residual”, desse modo adquirindo o domínio da coisa objeto do contrato<sup>2</sup>. Terá

---

2 Nesse sentido: RUOZI, Roberto (*Il "leasing"*, Milano: Giuffrè, 1967, p. 23, *apud* Rizzardo, Arnaldo, *Contratos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1240).

o arrendatário também, segundo lições doutrinárias normalmente acolhidas, duas outras alternativas, uma vez terminado o prazo contratual: ou simplesmente devolver o bem ou prorrogar o contrato. São relevantes essas possibilidades, na medida em que mostram distinção básica entre o arrendamento mercantil (*leasing*) e o arrendamento “comum” de coisa móvel.

O legislador francês, com a clareza própria da expressão do pensamento jurídico daquele país, oferece conceituação mais nítida da espécie contratual em exame. Diz o art. L. 313-7, alínea 1, do Código Monetário e Financeiro (Ord. nº. 2000-1223, de 14/12/2000) que são operações de *crédit-bail* (*leasing*) as referentes à locação de bens adquiridos para serem locados e que dão ao locatário o direito de vir a adquiri-los no todo ou em parte, pagando um preço convencional, levando-se em conta, ao menos parcialmente, os pagamentos feitos a título de aluguéis<sup>3</sup>.

### **3. Modalidades de *leasing***

A doutrina costuma reconhecer duas modalidades fundamentais de *leasing*: a financeira e a operacional. Podem-se acrescentar outras, como o *sale and lease back* e o *self leasing*<sup>4</sup>. *Para o equacionamento da questão aqui em pauta, no entanto, cumpre considerar as duas primeiras modalidades referidas. Saber distingui-las levará às soluções corretas para os pontos em análise.*

---

3 “Les opérations de crédit-bail mentionnés par la present sous-section sont: 1. Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers”.

4 Basicamente, no *sale and lease back*, o bem arrendado já pertencia ao arrendatário, que o aliena ao arrendador e depois o toma em *leasing*. Já o *self leasing* caracteriza-se por ser contratado entre pessoas vinculadas.

Segundo Fran Martins, a principal distinção entre o *leasing* financeiro e o *leasing* operacional é a de que, no financeiro, não cabe a rescisão unilateral, a qual, por sua vez, é possível no operacional, desde que o arrendatário promova a prévia notificação do arrendador<sup>5</sup>. As características de cada uma das modalidades justificariam essa conclusão, como se poderá melhor visualizar após expostas.

Parece importante assinalar, também, que uma e outra modalidade preenchem funções diferentes. Assim, no *leasing* financeiro é inegável o preenchimento da função de financiamento, como o próprio nome ostensivamente indica, uma vez que o arrendatário busca, o mais das vezes, ter acesso a um determinado bem, mediante pagamentos parcelados e com a faculdade de, findo o prazo contratual, optar por comprá-lo. Por outro lado, no *leasing* operacional, o que se tem em vista é mais propriamente a locação de certo bem, por prazos curtos e renováveis, normalmente sem intuito translático da propriedade.

Pode-se ainda acrescentar que, embora nos dois casos o arrendador seja sempre o proprietário do bem arrendado, no *leasing* financeiro ele adquiriu o domínio atendendo a solicitação feita pelo interessado no arrendamento, ao passo que no *leasing* operacional já era ele, antes, o proprietário<sup>6</sup>.

#### **4. Leasing financeiro**

O *leasing* financeiro apresenta, na síntese de Fran Martins, as seguintes características: a) a “arrendadora não é a produtora ou proprietária primitiva do bem”; b) o arrendatário tem a opção de comprar o bem, uma vez findo o prazo contratual; c) o contrato é obriga-

---

5 *Contratos e obrigações mercantis*, nº. 408, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 456.

6 Cf., nesse sentido, Teixeira Gico Junior, Ivo, *Elementos do contrato de arrendamento mercantil ('leasing') e a propriedade do arrendatário*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº. 143, julho/setembro 1999, p. 282.

tório no período de sua vigência, não podendo o arrendatário, mesmo devolvendo o bem, deixar de pagar todas as prestações convenionadas<sup>7</sup>. Observe-se que as características a) e c) são específicas do *leasing* financeiro, uma vez que no operacional a arrendadora já era antes a proprietária do bem, e o contrato pode ser rescindido a qualquer momento. Já a opção de compra, embora seja da essência do *leasing* financeiro, pode estar ou não presente no operacional.

Anota Ivo Teixeira Gico Junior que o *leasing* (especialmente, acrescente-se, o *leasing* financeiro), funciona, para o arrendatário, como meio para modernizar ou ampliar seus ativos, sem imobilizar capital, advindo o lucro dos resultados positivos em sua atividade. Para o arrendador o lucro virá não da eventual venda do bem ou de sua locação, mas sim da remuneração do capital investido (juros), mais a taxa de administração<sup>8</sup>. Há, como se vê, pontos de interesse para os dois contratantes.

Dentre os elementos apontados, a opção de compra do bem arrendado assume particular importância. O arrendatário, se, ao final do prazo do contrato, optar pela compra do bem, já o terá pago, em boa parte, por meio das prestações. No expressivo dizer de Arnaldo Rizzardo, ocorrendo a opção, os aluguéis pagos “passam a constituir parte do preço estimado. Convertem-se em amortização da dívida”<sup>9</sup>.

Assim sendo, ao arrendatário que optar pela compra do bem, restará pagar tão só o valor residual do bem. E este é reduzido, porque as prestações pagas já incluíram, conforme percutientemente consigna Athos Gusmão Carneiro:

a) o *custo do dinheiro*, que a empresa de arrendamento mercantil captou no mercado de capitais, sob condições notoriamente severas, estando adstrita, a empresa, a honrar seus compromissos para com os

---

7 *Ob. cit.* (cf. nota 4, supra), nº. 407, pp. 453/454.

8 *Ob. cit.* (cf. nota 5, supra), p. 281.

9 *Contratos, ob. cit.* (cf. nota 1, supra), p. 1260.

bancos independentemente de o cliente lhe estar pagando pontualmente, ou não, as contraprestações e o valor residual;

b) o *spread*, porquanto a empresa de *leasing* necessita cobrir seus *encargos operacionais* e precisa, naturalmente, auferir *lucro* na operação<sup>10</sup>.

Quanto ao valor residual, cabe notar que a prática, que logo veio a contar com o respaldo de norma administrativa, criou o chamado “valor residual garantido”, não previsto na Lei nº. 6.099/74. As arrendadoras, com efeito, adquirem bens exclusivamente para serem arrendados. Não faz parte de seu objeto social vender esses bens, nem utilizá-los diretamente.

Ora, ao termo do contrato, pode o arrendatário, como já se viu, simplesmente devolver o bem. A arrendadora, então, deverá promover sua venda no mercado, podendo vir a obter um resultado inferior ou superior ao valor residual. Passou-se a exigir do arrendatário, para cobrir esse risco, o pagamento, juntamente com as prestações, de uma espécie de caução, o *valor residual garantido*.

A Portaria nº. 564 do Ministério da Fazenda, de 3/11/1978, refere-se ao valor residual de garantia (VRG) como

o preço contratualmente estipulado para o exercício da opção de compra, mas também corresponde ao valor contratualmente garantido pela arrendatária como o mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não exercida a opção de compra.

O valor da alienação do bem objeto do *leasing* financeiro<sup>11</sup> deverá ser imputado no pagamento do residual devido. E, acrescenta Athos Gusmão Carneiro, “em sendo o preço de venda *superior* a tal

---

10 *O contrato de leasing financeiro e as ações revisionais*, in Revista dos Tribunais, v. 743. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro 1997, p. 20.

11 O valor residual garantido, por força de norma expressa da Resolução BACEN 2.309/96 (art. 7º, inciso VII), só é admitido no *leasing* financeiro.



valor, a arrendadora devolverá ao arrendatário a quantia excedente; se *inferior*, o faltante mantém-se como débito a ser satisfeito pelo arrendatário”<sup>12</sup>.

O sistema, como se vê, não prejudica o arrendatário, e serve para atenuar o risco do arrendador. Entendeu-se, apesar disso, que essa cláusula descaracterizaria o *leasing*, “transformando-o em compra e venda a prestação”, tendo o Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, fixado entendimento nesse sentido<sup>13</sup>. Hoje, no entanto, a questão está superada, e a jurisprudência daquela mesma alta Corte de Justiça consolidou-se na Súmula nº. 293, assim redigida: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

## 5. *Leasing* operacional

Ao que consta, esta (a que se dá igualmente o nome de *renting*) é a primeira modalidade de *leasing*. Teria surgido, segundo anota Arnaldo Rizzardo, “nos idos de 1920, quando indústrias norte-americanas alugavam seus produtos, a fim de assegurar o escoamento, comprometendo-se a fornecer uma prestação de serviços de conservação das máquinas”<sup>14</sup>. Estariam aí presentes dois dos traços fundamentais do *leasing* operacional, uma vez que figura como arrendador o fabricante do bem, que se obriga a prestar assistência técnica.

O *leasing* operacional, diferentemente do que ocorre com o financeiro, não é objeto da Lei nº. 6.099, de 12 de setembro de 1974. O art. 2º dessa lei expressamente dispõe que não terá o tratamento nela previsto o arrendamento de bens “contratado com o próprio fabricante”. A Resolução nº. 2.309/96, do Conselho Monetário Nacio-

---

12 *Ob. cit.* (cf. nota 9, supra), p. 21.

13 Cf. Súmula nº. 263 do STJ.

14 ‘*Leasing*’ — *arrendamento mercantil no direito brasileiro*, nº. 3.1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

nal, versa sobre as duas modalidades, dando-lhes, contudo, contornos próprios, como será visto mais adiante.

Para Fran Martins, *leasing* operacional é “aquele em que uma empresa, proprietária de certos bens, os dá em arrendamento à pessoa, mediante o pagamento de prestações determinadas, incumbindo-se, entretanto, o proprietário dos bens, a prestar assistência técnica durante o período do arrendamento”<sup>15</sup>.

O conceito acima se cinge a duas características do *leasing* operacional, coincidentes, em parte, com as apontadas ao se fazer referência às origens dessa espécie contratual. Diversas outras poderiam ser assinaladas. Assim, José Wilson Nogueira de Queiroz, abordando o tema, estende-se por nove itens. De acordo com esse autor, no *leasing* operacional, verificam-se, por exemplo, os seguintes fatores<sup>16</sup>: a) “o arrendador é o fabricante ou o importador” do bem; b) o “contrato prolonga-se pelo tempo de necessidade de uso”; c) a arrendatária “recebe a assistência técnica da locadora”; d) não há intervenção “de empresa ou instituição financeira”; e) pode-se prescindir “da opção de compra”; f) o mesmo bem “pode ser locado por diversas vezes e a locatários diferentes”; g) o arrendamento pode ser rescindido “pelo locatário a qualquer tempo”.

A soma dessas características corresponde à função econômica do *leasing* operacional. Fica muito claro o caráter locativo do negócio: o arrendatário normalmente não tem em vista vir adquirir o bem. Quer utilizá-lo durante algum tempo, recebendo, nesse período, assistência técnica do fabricante (com quem contratou o arrendamento). Por outro lado, como o bem já era de propriedade do arrendador, este não precisa, ao fim do prazo contratual, quando não renovado, necessariamente vender o bem: pode, se ele estiver em boas condições de uso, arrendá-lo novamente, a outro interessado.

---

15 Ob. cit. (cf. nota 4, supra), nº. 408, p. 455.

16 *Arrendamento Mercantil ('Leasing')*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 14/15.

## 6. A Resolução nº. 2.309/96

A Lei nº. 6.099/74 dá o tratamento tributário das operações de *leasing* financeiro, mas a matéria é regulada, de modo mais amplo, pela Resolução nº. 2.309, de 28 de agosto de 1996, expedida pelo Conselho Monetário Nacional e tornada pública pelo Banco Central.

A Resolução em tela prevê a existência de duas modalidades de arrendamento mercantil: financeiro e operacional. Os artigos 5º e 6º estabelecem os pontos fundamentais de uma e outra espécie. Assim, no art. 5º, lê-se que o *leasing* financeiro é a modalidade de arrendamento em que: I — as prestações e demais pagamentos devidos pelo arrendatário sejam normalmente suficientes para que o arrendador recupere o custo do bem durante o prazo contratual e adicionalmente tenha lucro; II — fiquem a cargo do arrendatário as despesas de manutenção; III — seja livremente pactuado o preço da opção de compra, podendo corresponder ao valor de mercado.

Por outro lado, o art. 6º, ao dispor sobre os requisitos do arrendamento operacional, I — fixa critério para as contraprestações; II — limita o prazo contratual a 75% da vida útil econômica do bem; III — diz que o preço da opção de compra corresponde ao valor de mercado; IV — veda o pagamento de valor residual garantido.

Como se percebe, as normas referidas não tocam nos pontos geralmente aceitos como característicos do *leasing* financeiro e do operacional. Com relação a este, o contraste é maior, uma vez que a Resolução nº. 2.309, no § 1º do art. 6º, dispõe que o *leasing* operacional é privativo “dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil”. Com isso, o *leasing* operacional, na disciplina ditada pelo Conselho Monetário Nacional, assume contornos nitidamente financeiros, descaracterizando-se. O diferencial mais evidente entre as duas espécies passa a ser o valor residual garantido, permitido no arrendamento mercantil financeiro e vedado no operacional.

Cabe ainda notar que a Resolução é incisiva ao dispor acerca da inobservância de suas disposições, consignando que as operações

assim realizadas “não se caracterizam como de arrendamento mercantil”<sup>17</sup>. Ou seja: ou os agentes econômicos se adaptam a essas regras, ou os negócios realizados não podem ser qualificados como *leasing*. Não terão, por isso, como anota Rodolfo de Camargo Mancuso, o tratamento tributário previsto na Lei nº. 6.099/74<sup>18</sup>.

A disciplina da Resolução nº. 2.309 tem sido criticada pela doutrina. Assim, Arnaldo Rizzardo fala em “total desvirtuamento da natureza do *leasing*”, e Ivo Teixeira Gioco Junior refere-se à “ilegalidade da regulação do Banco Central”<sup>19</sup>. Para os efeitos deste estudo, não é caso de se aprofundar na análise do tema. Parece importante registrar, no entanto, a irresignação doutrinária a respeito.

Para encerrar o tópico, vale mencionar o entendimento de José Francisco Lopes de Miranda Leão, para quem, no arrendamento financeiro, as normas em foco propiciam o retorno total do investimento, o que não ocorre no operacional. Neste, a venda do bem ao final do contrato, por ser pelo valor de mercado, pode não gerar para a arrendadora o retorno esperado<sup>20</sup>.

Note-se, a propósito, que a distinção apresentada reforça a inferência de que, nos termos em que foi regulado, o *leasing* operacional reveste-se de inegável caráter financeiro. Com efeito, a venda do bem arrendado, nessa modalidade contratual, não assumiria essa importância, se o arrendamento fosse feito não por uma instituição financeira, mas sim pelo próprio fabricante, que poderia, findo o prazo do contrato, arrendá-lo a outro interessado.

---

17 Resolução BACEN nº. 2309/96, art. 33.

18 Cf. *Leasing*, *ob. cit.* (nota 13, *supra*), nº. 3.1, p. 43.

19 *Ob. cit.* (cf. nota 5, *supra*), p. 281.

20 Cf. *Tutela jurisdicional do arrendamento mercantil*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, pp. 23/24.

## 7. Arrendamento e arrendamento mercantil, no Código Brasileiro da Aeronáutica

O Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº. 7.565, de 19/12/86), ao tratar dos contratos sobre aeronaves, contempla duas espécies contratuais que merecem ser aqui examinadas. Uma é o chamado *arrendamento* e outra o *arrendamento mercantil*.

o arrendamento aeronáutico é conceituado no art. 127 do Código Brasileiro da Aeronáutica (CBA). Vale a pena transcrevê-lo integralmente, tendo em vista a matéria aqui em discussão:

Art. 127. Dá-se o arrendamento quando uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, o uso e gozo de aeronave ou de seus motores, mediante certa retribuição.

Como desde logo se percebe, o conceito corresponde ao de locação de coisas, previsto no art. 565 do Código Civil. A única diferença está em que esta última pode ser também por prazo indeterminado, ao passo que o arrendamento aeronáutico é sempre por prazo determinado. A particularidade se deve certamente a que as aeronaves têm um prazo de vida útil, terminado o qual não podem ser usadas de modo seguro. Não faria sentido, portanto, a contratação do arrendamento por prazo indeterminado.

Cabe neste ponto observar que a adoção do termo *arrendamento* não significa que se trata de relação contratual distinta da *locação*. Na lição de Oscar Barreto Filho:

Não se conhece, em nosso direito, a distinção que existe, no direito italiano, entre *locação* de coisa corpórea e *arrendamento* (*affitto*) de bem produtivo (móvel ou imóvel), que se caracteriza pela obrigação de o arrendatário cuidar da gestão da coisa de acordo com sua destinação econômica e o interesse da produção (código civil italiano, art. 1.615)<sup>21</sup>.

---

21 *Teoria do estabelecimento comercial*, nº. 206. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 258.

No mesmo sentido, especificamente sobre o art. 127 do CBA, anota Ricardo Alvarenga que a norma, ao referir-se a arrendamento (que, salienta, não é só “de aeronaves, mas também de seus motores”), “pretende tratar de simples aluguel de coisas”<sup>22</sup>.

Além do *arrendamento* (= locação), o Código Brasileiro da Aeronáutica dispõe também sobre o *arrendamento mercantil*. Cumpre reproduzir o texto da respectiva norma:

Art. 137. O arrendamento mercantil deve ser inscrito no Registro Aeronáutico Brasileiro, mediante instrumento público ou particular com os seguintes elementos:

I — descrição da aeronave com o respectivo valor;

II — prazo do contrato, valor de cada prestação periódica, ou o critério para a sua determinação, data e local dos pagamentos;

III — cláusula de opção de compra ou de renovação contratual, como faculdade do arrendatário;

IV — indicação do local, onde a aeronave deverá estar matriculada durante o prazo do contrato.

O arrendamento mercantil previsto no CBA é, basicamente, o *leasing* financeiro aplicado ao mercado aeronáutico. Daí as referências a um registro próprio, à especificação da aeronave e ao local em que estará matriculada. Ao mesmo tempo, para que não se perca de vista a natureza do negócio, menciona-se que o arrendatário poderá optar, ao final do prazo do contrato, por sua renovação ou pela compra do bem. Obviamente, não havendo mais interesse no prosseguimento da relação negocial, poderá devolver o bem. Ou seja: a tríplice alternativa, normalmente conferida ao arrendatário, está presente no *leasing* aeronáutico.

Cabe acrescentar que o Código admite, expressamente, a inclusão, nos contratos, de “cláusulas e condições usuais nas operações

---

<sup>22</sup> *Direito Aeronáutico — dos contratos e garantias sobre aeronaves*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 45.

de *leasing* internacional”. Só exige, naturalmente, que não contrariem as normas brasileiras aplicáveis<sup>23</sup>. A postura do legislador é realista, uma vez que, nesse setor de atividade, são muito comuns os negócios internacionais.

Cumpra-se notar, com Giorgio Callegari e Silvia Prati, que o *leasing* aeronáutico pode configurar-se como financeiro ou operacional (segundo seja, ou não, contratado com o próprio fabricante), “ed è strutturato secondo la prassi contrattuale internazionale”, o que se deve às origens norte-americanas do negócio e à internacionalidade dos produtores das aeronaves comerciais<sup>24</sup>.

Os mesmos autores assinalam ainda uma outra distinção entre o *leasing* aeronáutico operacional e o financeiro. Aquele (que pode ser *wet* ou *dry lease*, conforme sejam ou não as aeronaves dotadas de tripulação) é estipulado por um período de tempo limitado (de 6 meses a 7 anos), ao passo que no *leasing* financeiro o prazo é mais longo (de 10 a 15 anos)<sup>25</sup>.

Note-se que, prevendo o direito brasileiro, como foi visto, expressamente<sup>26</sup>, a opção de compra como faculdade do arrendatário, para que o negócio possa qualificar-se como *arrendamento mercantil* aeronáutico, o *leasing* operacional evidentemente não se enquadra nessa modalidade de contrato. Perante o Direito Aeronáutico brasileiro, essa espécie contratual está prevista como *arrendamento* (= locação de coisas)<sup>27</sup>.

---

23 Art. 137, § 2º.

24 Cf. *I nuovi contratti di utilizzazione dell'aeromobile*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 540.

25 *Ob. cit.*, pp. 541/542.

26 Art. 137, inciso III.

27 CBA, art. 127.

## 8. O arrendamento mercantil e a Lei de Recuperação de Empresas

A Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) estabelece, como regra, que todos os créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, sujeitam-se a esse regime especial<sup>28</sup>. Serão pagos, em consequência, conforme estipulado no plano aprovado pelos credores.

Acrescenta o § 2º do art. 49 da LRE que as obrigações anteriores ao ajuizamento do pedido deverão observar “as condições originalmente contratadas ou definidas em lei”, “salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”. Ou seja: os contratos serão cumpridos normalmente, como se a devedora estivesse em situação de plena normalidade, a não ser que o plano de recuperação preveja outra solução.

Para algumas relações contratuais, no entanto, particularmente aquelas em que o credor é proprietário do bem objeto do negócio, a previsão legal é muito diferente. Nesses casos, o crédito não se submete “aos efeitos da recuperação judicial”, prevalecendo “as condições contratuais”. Entre esses contratos está o de arrendamento mercantil<sup>29</sup>.

Assim sendo, o *leasing* não será diretamente afetado pela situação jurídica do arrendatário, que deverá cumprir normalmente suas obrigações contratuais. Se não o fizer, poderá a arrendadora fazer valer seus direitos, inclusive o de postular a reintegração na posse do bem arrendado.

A disposição em tela faz uma única exceção: durante o prazo de suspensão de seis meses a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial, previsto no art. 6º, § 4º, da LRE, não

---

28 LRE, art. 49, *caput*.

29 Cf. LRE, art. 49, § 3º.



será permitida “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

Em outras palavras, o devedor em recuperação judicial terá o prazo de seis meses para compor-se com os credores proprietários, entre os quais os arrendadores. Sua outra alternativa é a de pagar-lhes religiosamente as parcelas devidas. Se nenhuma dessas opções for adotada, ele ficará sem bens essenciais, o que poderá inviabilizar a recuperação.

## **9. O arrendamento mercantil de aeronaves e a Lei de Recuperação de Empresas**

A solução ditada pela letra da Lei de Recuperação de Empresas, para o arrendamento mercantil de aeronaves, é ainda mais drástica do que a estabelecida para os demais casos de *leasing*. Diz o art. 199, parágrafo único, da LRE, que, na recuperação judicial e na falência das companhias aéreas, “em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes”.

Chama a atenção, de início, a ênfase dada pela norma à situação em tela. Chega a dar a impressão de que o legislador está, para ser compreendido e não ser contestado, elevando o tom de voz. “Em nenhuma hipótese”, expressamente assinala, a arrendadora deixa de poder exercer seus direitos.

Mas a surpresa não fica apenas nesse impacto inicial. O aplicador da lei, o intérprete, o agente econômico, as companhias aéreas, seus clientes, seus credores, em suma, todos aqueles que possam vir a ser afetados por essa disposição legal, ficam sem saber, por mais que reflitam a respeito, porque a regra é uma para os contratos de *leasing* em geral, e outra para o arrendamento mercantil de aeronaves.

Note-se que a segurança que deve estar sempre presente nos vãos de aeronaves, poderia até ter servido de explicação para o fato

de que, antes, ao tempo da antiga lei de falências, não estivessem as companhias aéreas sujeitas à concordata. Poder-se-ia questionar o acerto da solução legal, mas esta, ao menos, encontrava uma fundamentação.

Hoje, no entanto, optando o legislador por conferir a esse setor de atividade acesso à recuperação judicial, não se consegue compreender o motivo da regra excepcional, restringindo ainda mais, para a empresa devedora, o que já se restringe com relação aos demais contratos de *leasing*. O motivo, aqui, é certamente outro, distinto do acima referido quanto ao anterior sistema legal. Não é a segurança do transporte aéreo que irá justificar o superdireito atribuído às arrendadoras.

Com efeito, se fosse para promover maior segurança para o transporte aéreo, seria o caso de se incentivar a recuperação das empresas em crise atuantes nesse setor, desde que, é evidente, se mostrassem economicamente viáveis. A aplicação fria da norma em pauta levaria, no entanto, a consequência muito diferente: a falência da companhia aérea, embora sendo esta recuperável. Naturalmente, não pode ser este o fim visado pelo legislador.

A adoção, sem maiores cautelas hermenêuticas, da regra inserida no parágrafo único do art. 199 da LRE, atribuiria às arrendadoras o direito potestativo de decidir acerca do destino da companhia aérea. O prosseguimento das atividades destas ficaria na dependência das arrendadoras. A estas caberia decidir se iriam, ou não, fazer uso de todo o arsenal jurídico posto à sua disposição. Poderiam, inclusive, fazer o que, em todos os outros casos de *leasing*, não poderiam fazer: mesmo durante o prazo de suspensão de seis meses previsto no art. 6º, § 4º, da LRE, vender ou retirar “do estabelecimento do devedor” “bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

Note-se que a letra da lei, ao permitir a retomada de aeronaves e turbinas dados em arrendamento mercantil a companhias aéreas mesmo durante o aludido prazo inicial de suspensão, segue em rota

de colisão com o que a jurisprudência vem estabelecendo para as hipóteses de *leasing* em geral. Como se exemplifica com v. acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp nº. 1266.743-SC, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, publ. 22/09/99), não cabe liminar quando o bem arrendado for “instrumento de trabalho indispensável à manutenção dos níveis de produtividade habituais da arrendatária”, caso em que “a melhor solução é permitir que continue na posse dela”.

Ora, nos casos em geral, em que a devedora é empresa em atuação no mercado e não se acha em situação de crise, a lição jurisprudencial objetiva a “manutenção dos níveis de produtividade habituais”. Diante disso, não se vê porque a LRE, exatamente nas hipóteses em que a ordem jurídica oferece ao devedor a oportunidade de recuperar-se, não siga a mesma orientação. A solução do art. 199, parágrafo único contraria frontalmente o disposto no art. 47 da LRE, norma fundamental dos regimes especiais previstos nesse diploma, na qual se traçam as diretrizes essenciais a serem nele observadas. Assim dispõe o art. 47:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Não há como negar que todas essas nobres finalidades legais explicitamente visadas pela LRE são desconsideradas pela regra de seu art. 199, parágrafo único. A evidente oposição dos preceitos exige, do intérprete, um esforço de exegese que torne aplicável a disposição do referido parágrafo, buscando compatibilizá-lo com o sistema em que se insere.

A doutrina, cumpre notar, já acentuou, neste início de vigência da LRE, as decorrências negativas da aplicação literal da regra do art. 199, parágrafo único. Assim, Manoel Justino Bezerra Filho, após observar que hoje as companhias aéreas “não adquirem aeronaves no

sistema tradicional de compra e venda”, conclui que “retiradas da empresa, fatalmente ocorrerá a falência”<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, assinala José Marcelo Martins Proença ser

óbvio que a ressalva prevista no parágrafo único do artigo 199 poderá ser um obstáculo à eventual recuperação das empresas aéreas, na medida dos elevados valores dos contratos de arrendamento firmado por elas, podendo comprometer a viabilidade de um plano de recuperação. Além disso, considerando ainda a hipótese da retirada, pelo credor, das aeronaves ou de suas partes, a continuidade das atividades essenciais da empresa aérea estará seriamente afetada, impossibilitando potencialmente qualquer tentativa de recuperação<sup>31</sup>.

Merece sobretudo ser levada em conta a lição de Haroldo Maheiros Duclerc Verçosa, para quem

a pergunta que cabe fazer é se tal óbice não virá inviabilizar completamente ou tornar extremamente difícil a recuperação das companhias aéreas em crise. Isto porque os arrendadores poderão fazer valer os seus direitos para retomarem aeronaves ou peças essenciais destas, tais como turbinas, impedindo conseqüentemente a utilização normal dos aparelhos.

Sem poder voar com a totalidade de suas aeronaves, a empresa em tal situação poderá perder rotas, receitas e, conseqüentemente, o seu valor de mercado<sup>32</sup>.

São unânimes, como se vê, as críticas doutrinárias à norma em pauta. Nem poderia deixar de ser. Com efeito, é flagrante a antinomia

---

30 *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, com. ao art. 199, parágrafo único, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 406.

31 *Disposições finais e transitórias — “vacatio legis”, direito intertemporal e outras disposições*, in *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Coord. Rubens Appobatto Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 317.

32 *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, in *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e recuperação de Empresas*, Coord. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 95/96.

entre esse específico comando legal e a finalidade buscada pela lei. A aplicação literal da regra conduziria a um verdadeiro desvio de função normativa. Ou seja: permite-se a recuperação judicial de companhias aéreas, o que está inteiramente de acordo com as finalidades buscadas pelo legislador ao longo de todo o diploma, mas, ao mesmo tempo, impede-se o efetivo acesso a esse benefício legal.

Vale a pena, neste ponto, apontar um exemplo concreto de como o problema pode ser enfrentado. A experiência norte-americana será útil, uma vez que, lá, sob um regime jurídico que estabelece, há tempos, para as crises das empresas, uma solução assemelhada à que veio a ser instituída entre nós, algumas companhias aéreas já se socorreram da *reorganization* (o famoso *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*).

Assim, entre outras, pode-se citar a *United*. Anotam, a propósito, Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen que, a não ser que os trabalhadores da empresa e as arrendadoras concordassem com substanciais reduções de seus créditos, a *United* poderia falir. Acrescentam que as pressões foram bem sucedidas: os trabalhadores concordaram com significativas reduções salariais e muitas das obrigações assumidas nos contratos de *leasing* foram renegociadas<sup>33</sup>. O fato mostra que, ante a crise econômico-financeira do devedor, os credores, inclusive os *lessors* (arrendadores), devem agir levando em conta essa situação, e não atuar como se o caso fosse de mera inadimplência.

---

33 *Corporate governance, state-contingent control rights, and financial distress*, in *Law and Economics Workshop, Law 216*, University of California, Berkeley, Year 2004, Paper 7, pp. 39/40; "The structure of the DIP financing arrangement sent a clear message. **Unless** the unions and **the aircraft lessors agreed to substantial reductions in the promises that they had extracted from United in good times, United was going on the auction block.** The DIP lenders in essence gave United four months to shape up. If it had not begun to right its affairs by then, **the game would be over.** The pressure succeeded. The unions agreed to substantial changes, both in work rules and wage rates. The pilots cut their wages by 30%, the machinists by 13%, and the flight attendants by 9%. United put the total labor savings at \$2.5 billion annually. **United also renegotiated many of the lease obligations on its aircrafts.**"(os destaques não constam do original).

A norma em análise, em que pese sua falta de sintonia com a finalidade da lei, como acima se evidenciou, precisa, ainda assim, ser interpretada de maneira que possa ser corretamente aplicada. Inocêncio Galvão Telles nos fornece, para tanto, roteiro seguro. Diz ele, após anotar que “a regra é haver correspondência entre a *ratio legis* e o preceito formulado”, que

acontece, embora raramente, que ou por anacrônicas sobrevivências do passado ou por insuficiência do legislador, se estabelece um dissídio entre o fim e o meio. Quis-se atingir o fim, mas não se formulou o meio adequado; ou o mesmo fim é suscetível de ser atingido por dois ou mais caminhos, tornando-se necessário determinar qual aquele que verdadeiramente corresponde ao sentido da lei. Quando estejamos perante alguma destas conjunturas, o elemento racional revela-se insuficiente e é forçoso recorrer ao histórico ou ao sistemático. Estes últimos, de resto, quando sejam harmônicos com o primeiro, servem para corroborá-lo<sup>34</sup>.

Na hipótese, a análise isolada da norma é manifestamente insuficiente, como se viu. Impõe-se, por isso, analisá-la sistematicamente, uma vez que ela, ao ser editada, inseriu-se num sistema. Não pode destoar deste, sob pena de se aceitar a existência de regras contraditórias.

Ora, a Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, optou claramente por oferecer ao empresário em crise uma solução jurídica que o habilite a superá-la. Criou, para tanto, dois institutos absolutamente novos em nosso Direito, a recuperação judicial e a extrajudicial. E seguiu firmemente este objetivo, ao longo de todas as disposições do diploma legal em que tratou da recuperação. Fez mais: iniciou o capítulo dedicado especificamente à recuperação judicial com a menção expressa aos objetivos visados.

Trata-se, pois, de realidade normativa que não pode ser igno-

---

<sup>34</sup> *Introdução ao estudo do direito*, v. I, Lisboa, 1997, pp. 175/176.

rada. Assim sendo, a interpretação a ser buscada deve levá-la em conta. E isto é possível, mantendo-se respeito ao texto da regra jurídica.

Note-se que a norma do art. 199, parágrafo único, da LRE, estabelece, de modo cogente, que não é possível suspender “o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes”. Daí decorre que, mesmo durante o prazo legal de suspensão de seis meses a contar do ajuizamento da recuperação judicial, o arrendador poderá fazer valer seus direitos contratualmente constituídos. A ênfase da regra (“em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício...”) não permite alternativas.

A partir desse ponto, a interpretação pode, e deve, ser coadunada com a regra aplicável aos demais contratos de arrendamento mercantil. Ou seja: do mesmo modo que se prevê, no art. 49, § 3º, da LRE, que os arrendadores não poderão promover “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, igualmente não poderão fazê-lo quando os bens arrendados forem aeronaves ou suas partes.

Desse modo respeita-se o direito do *lessor* de acionar o devedor mesmo durante o prazo de suspensão, sem entretanto acarretar a paralisação das atividades por ele desenvolvidas. Durante esse período, as partes poderão vir a compor-se, e a devedora, se viável economicamente, poderá recuperar-se.

Por outro lado, corre-se o risco, ao não se dar a devida interpretação ao disposto no art. 199, parágrafo único, da LRE, de incompatibilizá-lo com o preceito constitucional que estabelece a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII). E isto porque o reconhecimento do direito de propriedade do arrendador não implica em que possa ser exercido sem atenção aos demais interesses envolvidos na espécie.

“A propriedade”, diz a disposição constitucional mencionada, “atenderá a sua função social”. Não é, pois, um direito estabelecido exclusivamente em consideração a seu titular. Seu exercício, por isso, não deve assumir contornos individualistas, até porque seus efeitos

irão atingir outras pessoas, e estas também são titulares de direito e igualmente merecem a proteção da ordem jurídica.

Bem por isso, assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a Constituição condena

a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade<sup>35</sup>.

Prosseguindo, acrescenta o mesmo autor que a Constituição, ao acolher a função social da propriedade, “não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral”<sup>36</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Stefano Rodotà observa que

no momento em que a ordem jurídica reconhece que o exercício dos poderes de proprietário não deveria ser protegido apenas para a satisfação de seu interesse, a função da propriedade passa a ser social<sup>37</sup>.

Assim sendo, o exercício do direito de propriedade ultrapassa o âmbito pessoal de seu titular, na medida em que deve respeitar também os demais interesses envolvidos. A extensão subjetiva desses interesses será tanto maior quanto maior a eficácia perante terceiros do exercício do direito do proprietário. Se a relação jurídica se estabelece somente entre duas pessoas, sem repercussões a outras, o exercício do direito irá afetar tão só o outro partícipe do negócio. Se os efeitos, no entanto, atingirem, por exemplo, toda uma comunidade, não se pode desconhecer os interesses desta. Assim, tanto mais se

---

35 *Curso de Direito Constitucional*, 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 359.

36 *Ob. e loc. cit.*

37 *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto italiano*, v. 15, *apud* Lammêgo Bulos, Uadi, *Constituição Federal anotada*, nota 2 ao art. 5º, inciso XXIII, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 145.



alarga o âmbito da eficácia, tanto mais perceptível a exigência do atendimento da função social da propriedade.

Ora, nas hipóteses de insolvência empresarial, o foco do observador deixa de dirigir-se isoladamente a cada uma das relações de débito e crédito para, obviamente sem desconsiderá-las, abarcar, numa visão mais ampla, o relacionamento do devedor com a coletividade de seus credores. Os interesses em jogo sobem do individual para o coletivo. A atitude de um credor face ao devedor comum reflete-se, em maior ou menor grau, nos demais credores. Bem por isso, em matéria concursal, assume particular gravidade beneficiar um credor em detrimento dos outros.

De tudo se infere que a interpretação literal do art. 199, parágrafo único, da LRE, embora respeitando o direito do proprietário (arrendador), desatenderia à função social da propriedade. Beneficiaria um credor, o proprietário do bem arrendado, mas, ao mesmo tempo, inviabilizaria a recuperação do devedor, e, com isso, prejudicaria a todos os demais credores. A aplicação da regra, sem atentar para o sistema em que inserida, conduziria inafastavelmente à sua inconstitucionalidade, porque desrespeitaria o preceito do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição.

## **10. O arrendamento de aeronaves e a Lei de Recuperação de Empresas**

Uma observação inicial: o título deste tópico é quase idêntico ao do anterior. Há, porém, uma diferença fundamental. Agora não se está usando o adjetivo *mercantil* para qualificar o *arrendamento*. Não se cuida, portanto, de *leasing*, e sim de arrendamento *simples*, modalidade contratual expressamente prevista, ao lado do *leasing*, no Código Brasileiro da Aeronáutica, conforme acima foi esclarecido<sup>38</sup>.

---

38 Cf. nº. 7, supra.

O arrendamento a que se refere o CBA equivale, como já se demonstrou<sup>39</sup>, ao contrato de locação de coisas. Não se trata de arrendamento mercantil (*leasing*). Daí decorre, em matéria de recuperação judicial de empresas, importante conseqüência: a espécie, porque não é *leasing*, não se enquadra nas restrições impostas a essa modalidade contratual. Assim sendo, não se aplicam ao arrendamento aeronáutico (locação de coisas) o disposto nos art. 49, § 3º e 199, par. ún., da LRE.

O arrendamento aeronáutico segue, pois, a mesma disciplina jurídica aplicável aos demais contratos firmados pelo devedor. De um modo geral, cabe lembrar, os contratos do devedor não são afetados pela recuperação judicial. Prosseguem inalterados os direitos e obrigações neles assumidos<sup>40</sup>. Há uma única, mas fundamental, ressalva<sup>41</sup>: “se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”.

Cumprе mencionar, a respeito do tema, a lição de Jorge Lobo, para quem “a ação de recuperação judicial não é causa de rescisão unilateral de contrato assinado com o devedor, mesmo que haja cláusula resolutória expressa prevendo a denúncia em caso de recuperação judicial ou falência, acrescentando que a exegese dos art. 43 e 165 da LF aplica-se à LRE<sup>42</sup>. Os dispositivos mencionados do antigo diploma falimentar diziam que tanto a falência quanto a concordata preventiva não resolviam os contratos bilaterais, de modo que, hoje, pode-se dizer que igualmente a recuperação judicial não os resolve. Este é mais um ponto em favor da assertiva de que tais contratos não são afetados pela recuperação judicial do devedor, ressalvado o que se estipular no plano de recuperação.

---

39 Cf. nº. 7, supra.

40 É claro que os créditos decorrentes desses contratos seguem o mesmo regime dos demais créditos sujeitos à recuperação judicial. Ainda neste caso, portanto, é a regra geral (LRE, art. 49, *caput*) que se aplica.

41 Cf. LRE, art. 49, § 2º, *in fine*.

42 *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, com. ao art. 49. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

Ora, o que se afirmou sobre os contratos em geral firmados pelo devedor aplica-se aos de arrendamento aeronáutico. Não são afetados pela recuperação judicial (salvo o que se dispuser no plano), não se resolvem por ela, devendo as partes cumprir o que tiver sido pactuado. Insista-se: os efeitos da recuperação judicial somente irão atingir esses contratos se o plano de recuperação assim dispuser.

Cabe notar que o contrato de arrendamento aeronáutico (locação de coisas) assemelha-se ao chamado *leasing* operacional, examinado no tópico 5, supra. Vale a pena, por isso, fazer uma referência ao tratamento tributário e contábil que lhe foi dado. Teremos, com isso, mais um elemento hábil para formar nossa convicção.

Lembre-se, de início, que o chamado *leasing* operacional, embora tratado na Resolução BACEN nº. 2.309/96, foi expressamente excluído do tratamento tributário previsto na Lei nº. 6.099/74, por força de seu art. 2º, § 2º.<sup>43</sup> Assim sendo, o art. 17 do mesmo diploma é ao *leasing financeiro* que se refere ao dispor que “a entrada do território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no Exterior”, estará sujeita “a todas as normas legais que regem a importação”, não podendo ser confundida “com o regime de admissão temporária”.

Bem por isso, o Decreto nº. 2.889, de 23/12/98 deixa claro, em seu art. 7º, que o regime de admissão temporária “não se aplica na hipótese de bens objeto de arrendamento mercantil, do tipo financeiro, que ficam submetidos ao regime comum de importação”. E mais: para que não fique nenhuma dúvida, acrescenta, no art. 9º, que o regime de admissão temporária aplica-se aos casos de arrendamento operacional.

Exatamente porque não se cuida de arrendamento mercantil (*leasing financeiro*) na hipótese em exame, a ‘A’ já obteve, na via ad-

---

<sup>43</sup> Cf. nº. 5, supra.

ministrativa, o reconhecimento dessa qualificação. Assim é que, para exemplificar, ingressou, em 13 de setembro de 1990 com requerimento de admissão temporária de aeronave, pelo prazo de 60 meses, salientando ter sido autorizada a importação pelo Sr. Presidente da Comissão de Coordenação do Transporte Aéreo Civil (COTAC). Esta autoridade, no dia 11 de setembro de 1990, manifestara-se favoravelmente à admissão temporária de duas aeronaves, fundada em que elas estavam “sendo adquiridas na forma de *arrendamento, não se enquadrando, portanto, como arrendamento mercantil*” (grifos nossos). O requerimento em tela foi deferido no dia 17 de setembro de 1990 pela Inspeção da Receita Federal<sup>44</sup>.

No plano contábil, é igualmente nítida a distinção entre as duas modalidades de arrendamento. Assim, a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T10.2, emitida pelo Conselho Federal de Contabilidade — CFC, dispõe, quanto às declarações contábeis das arrendatárias que, no caso de arrendamento financeiro, “o valor do bem arrendado integra o imobilizado no ativo permanente” (item 10.2.2.1.1). Por outro lado, eloqüentemente, estabelece, no item 10.2.2.3.1, que

As operações de *arrendamento operacional*, por serem em modalidade em que o bem arrendado proporciona utilização dos serviços sem que haja comprometimento futuro de opção de compra, *caracterizando-se, essencialmente, como uma operação de aluguel*, não devem integrar as contas do balanço patrimonial (grifos nossos).

De tudo se depreende que não há como confundir o arrendamento (no caso o arrendamento aeronáutico, espécie de locação de coisas) com o *leasing* financeiro. A diversidade das situações conduz inexoravelmente à diversidade de soluções aplicáveis.

---

<sup>44</sup> Os dados acima foram extraídos de cópias de documentos encaminhadas ao signatário pelos nobres consulentes.

## 11. Respostas aos quesitos

À primeira indagação (“**É correto afirmar que nos contratos de arrendamento mercantil, em especial de aeronaves e motores, tendo em vista a legislação específica, deverá obrigatoriamente constar a cláusula de opção de compra pelo arrendatário ao final do contrato, sob pena de se desconfigurar o contrato?**”), respondo afirmativamente.

A matéria é regulada pela Lei nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). O diploma dispõe expressamente sobre o contrato de arrendamento mercantil de aeronaves e suas partes, e determina que dele deve constar, dentre outros elementos, “cláusula de opção de compra ou de renovação contratual, como faculdade do arrendatário” (art. 137, inciso III).

Assim, a cláusula de opção de compra é característica essencial do contrato de arrendamento mercantil aeronáutico, e elemento diferenciador entre essa modalidade contratual e o arrendamento de aeronaves (= locação de coisas). No arrendamento *simples*, pela própria natureza do negócio, não há lugar para a opção de compra, uma vez que o intuito das partes é exclusivamente de caráter locativo.

Não será demais acrescentar que o arrendamento mercantil aeronáutico é espécie de *leasing* financeiro e, deste, a opção de compra, ainda que a Lei nº. 6.099/74 não o preveja expressamente, é elemento essencial. Nesse sentido a unânime lição doutrinária, integrando a opção de compra a tríplice alternativa conferida aos arrendatários ao término do negócio, juntamente com a devolução do bem e a prorrogação do contrato.

Cabe ainda lembrar que as contraprestações devidas pelo arrendatário servem como parte de pagamento do preço do bem arrendado, caso ele optar por comprá-lo. A aquisição, exatamente por isso, será feita pelo valor *residual* do bem. Além disso, a praxe brasileira, com o respaldo da Resolução BACEN nº. 2.309/96, instituiu, para o

*leasing financeiro*, o chamado valor residual garantido, por meio do qual o arrendatário, ao longo do prazo do contrato, vai, juntamente com as prestações, garantindo ao arrendador a percepção do valor do bem, no caso de futura venda a terceiros, *se não for exercida a opção de compra*.

Em resumo: a cláusula de opção de compra é imprescindível no *leasing financeiro* em geral e, particularmente, no arrendamento mercantil de aeronaves.

À *segunda indagação* (“**Considerando que o parágrafo único do art. 199 da Lei 11.101/05 refere-se a contratos de arrendamento mercantil, é correto afirmar que ele não incidirá nos casos em que não constar do contrato a cláusula de opção de compra ao final do prazo contratualmente estipulado? Consequentemente, estariam os credores da ‘A’, por contratos dessa natureza, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, tendo em vista que o §3º do art. 49 também se refere apenas aos contratos de arrendamento mercantil?**”), respondo afirmativamente a ambas as partes da questão, pelos fundamentos a seguir deduzidos.

Os contratos de arrendamento firmados pela ‘A’ em que não constar a cláusula de opção de compra não se qualificam, como foi visto, como de arrendamento mercantil. Assim, não são atingidos pela regra do art. 199, parágrafo único, da LRE. A eles não se aplica, também e por igual razão, o disposto no art. 49, § 3º, da mesma lei.

Tais contratos, na verdade, são de *arrendamento*, conforme foi visto, e, por isso, submetidos à disciplina dos art. 127 a 132 do Código Brasileiro da Aeronáutica, que não prevê a cláusula de opção de compra. Nem faria sentido que previsse, uma vez que o intuito das partes é o de locar bens, sem a expectativa, portanto, de transferência futura de domínio.

Assim, em se tratando de contratos de arrendamento aeronáutico, seguem a disciplina aplicável aos contratos em geral. São, desse modo, cumpridos normalmente pelas partes, a não ser que o plano

de recuperação disponha diversamente a respeito. Em outras palavras, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial, uma vez que podem ser atingidos pelo plano.

À terceira indagação [**Ainda que se entenda aplicável o art. 199, parágrafo único, aos contratos de “arrendamento operacional”, é correto afirmar que ele deve ser interpretado à luz do art. 49, §3º, da lei, sob pena de tornar absolutamente impossível a recuperação judicial de companhias aéreas, haja vista que, atualmente, raríssimos são os casos de compra de aeronave por companhia aérea, e que a regra geral é a celebração de contratos de leasing? (em outras palavras, a lei não pode, de um lado, conceder às cias. aéreas o direito de pedir a recuperação judicial e, de outro, dar aos seus credores o direito de retirar-lhes a posse das aeronaves, em razão dessa medida)**], respondo afirmativamente.

Não pode haver dúvidas de que o art. 199, parágrafo único, da LRE, deve ser interpretado sistematicamente<sup>45</sup>. Assim, mesmo quando a hipótese for de arrendamento mercantil de aeronaves, ou seja, de *leasing* financeiro desses bens, o arrendador, do mesmo modo que nos demais contratos dessa natureza, poderá exercer seus direitos sem se ater ao regime de recuperação judicial da devedora. A única ressalva, em todos os casos de *leasing* financeiro, inclusive os de aeronaves, é que não poderão retomar os bens durante o *stay period* de seis meses a contar do ajuizamento da recuperação.

Ou seja: estende-se aos casos de arrendamento mercantil aeronáutico a ressalva constante da parte final do art. 49, § 3º. Entender-se de outro modo levaria à incompatibilidade do art. 199, parágrafo único, com todo o sistema instituído pela LRE. E, além disso, estaria sendo desconsiderada a função social da propriedade, com flagrante desrespeito à norma do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

---

45 Cf. item 9, supra.

Com efeito, conforme alerta geral da doutrina, a aplicação literal da regra do art. 199, parágrafo único, da LRE, conduziria à falência as companhias aéreas em recuperação judicial. Não podendo utilizar as aeronaves retomadas pelas arrendadoras, não teriam como exercer a atividade empresarial a que se dedicam, e assim não teriam como se recuperar, mesmo que fossem economicamente viáveis. O credor proprietário desses bens estaria sendo satisfeito em detrimento de todos os demais credores, e as finalidades buscadas pela lei, expressamente mencionadas no art. 47, não estariam sendo atingidas.

São Paulo, 19 de agosto de 2005.

*Paulo Fernando Campos Salles de Toledo*