

# Atualidades

## A COMPENSAÇÃO NA FALÊNCIA: SUBCLASSE NO QUADRO GERAL DE CREDORES

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

*1. Introdução. 2. A compensação: 2.1 Distinção entre “garantia” e “privilégio” – 2.2 A compensação na falência: sistemas francês e alemão – 2.3 Modalidade de extinção de obrigação. 3. A compensação no sistema falimentar brasileiro: 3.1 A ordem de privilégio dos créditos fixada no art. 186 do CTN: 3.1.1 Art. 186 do CTN: norma formal e materialmente complementar – 3.2 Compensação: crédito extraconcursal, quantia passível de restituição ou modalidade de garantia real? – 3.3 Compensação: privilégio entre os credores da mesma classe; modalidade de subclasse. 4. Conclusões.*

### 1. Introdução

Entre os temas do direito falimentar, a *compensação* representa um daqueles menos explorados e certamente um dos de maior relevância, uma vez que este instituto pode, no caso concreto, representar a diferença para o credor entre haver ou não o pagamento de uma obrigação na falência do devedor.

Em que pese a haver previsão legal expressa (art. 122 da Lei 11.101, de 9.2.2005 – Lei de Falências/LF), tratando-se, portanto, de modalidade de compensação legal, até porque a “compensação no Direito Brasileiro opera por força de lei”,<sup>1</sup> constatamos que não há estudo aprofundando o tema, que examine a validade da norma e sua melhor hermenêutica, sendo que os autores, quase que em sua totalidade,<sup>2</sup>

colacionam os mesmos argumentos e “polêmicas”, olvidando a real dimensão do instituto na falência.

Com este nosso artigo, pretendemos apresentar nossos questionamentos e proposições acerca da correta aplicação da compensação na falência, examinando a validade da norma diante do modelo constitucional e legal; igualmente, verificar se a compensação na falência representa modalidade de garantia ou privilégio, ou seja, se, além das classes de credores, poderíamos constatar a existência, também, de subclasses de credores composta por aqueles que têm créditos a compensar.

### 2. A compensação

Inicialmente, cabe-nos trazer à discussão o que venha a ser a “compensação”

1. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 21ª ed. (atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama), vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 298.

2. Diante dessa perspectiva, apresentamos a uma de nossas alunas no Mestrado o tema para que ela o explorasse, bem como os problemas e pro-

postas que ora trazemos a público. Isso redundou na elaboração, por ela, de uma dissertação de Mestrado: Juliana Ferreira Morais, *A Compensação de Créditos na Falência: Hermenêutica do Art. 122 da Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005*, Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2006.

e os sistemas de compensação na falência, ordinariamente classificados como o sistema francês e o alemão, para que possamos verificar em qual deles se poderia classificar o sistema nacional, ou se haveria um sistema brasileiro.

Para tanto, contudo, é necessário primeiro distinguirmos as espécies que compõem o gênero das preferências – o que será examinado no item subsequente –, na medida em que a compreensão deste instituto é de capital relevância ao objeto de nosso artigo.

### 2.1 Distinção entre “garantia” e “privilegio”

Para que possamos melhor compreender os sistemas francês e alemão e sua conjugação com o sistema positivo nacional, é necessário que façamos a distinção técnica entre as espécies que compõem o gênero da preferência dos créditos.

Para isso, cumpre-nos registrar que a preferência dos créditos, conforme afirmamos, é gênero composto por duas espécies: (a) a garantia e (b) o privilégio.

“Destarte, salta aos olhos que os créditos preferenciais são de duas ordens: os resultantes de direitos reais de garantia e os créditos privilegiados, sendo que os primeiros advêm dos contratos e da lei e os últimos são determinados apenas por lei.”<sup>3</sup>

De fato, a garantia poderá ser real ou quirografária, em que pese a esta última não ter preferência (art. 958 do CC).<sup>4</sup> Na garantia real o credor tem, assegurando a adimplência da obrigação, bem destacado, notadamente no patrimônio do devedor, mas não obrigatoriamente, uma vez que o

gravame real poderá onerar bem de terceiro, desde que, com isso, ele consinta.<sup>5</sup>

Por outro lado, na garantia quirografária o credor tem, assegurando a adimplência da obrigação, o patrimônio do devedor, como um todo considerado. Assim: “O patrimônio da pessoa responde pelas suas obrigações. A noção é singela e exata. Pelos débitos, assumidos voluntariamente ou decorrentes da força da lei, respondem os bens do devedor, tomado o vocábulo ‘bens’ em sentido genérico, abrangente de todos os valores ativos de que seja titular”.<sup>6</sup>

Já a preferência dos créditos que se compreende no privilégio não se confunde com a garantia senão pelo que as espécies de um mesmo gênero têm em comum.

Em verdade, o privilégio representa a ordem de vocação do crédito na partilha dos ativos do devedor, externando-se basicamente, no caso de mais de um credor promover a execução, sobre a mesma coisa; ou, mais comumente, quando vários credores executam de maneira colegiada a garantia comum: o patrimônio do devedor.

A *privilegia exigendi* consiste “na preferência que a lei atribui a alguns credores sobre o patrimônio do devedor. Têm esses credores direito a pagamento preferencial, tal como os titulares de direito real de garantia, mas o direito do credor privilegiado estende-se a todo o patrimônio do devedor e é conferido pela lei em atenção à

5. “Direito real de garantia é o que confere ao credor da pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.

“Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor ‘concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor’” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 343).

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 9ª ed., vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 219. Naturalmente, excluídos os bens impenhoráveis.

3. Sérgio Abdalla Semião, “Das preferências e privilégios creditórios na falência”, RT 801/61, São Paulo, Ed. RT.

4. Naturalmente, nesta classificação está abraçada a garantia pessoal ou fidejussória decorrente, por exemplo, de aval ou fiança, porque esta modalidade, por si só, não desnaturaliza o caráter quirografário do crédito.

*causa* e à *qualidade* do crédito. O privilégio não outorga poder imediato sobre as coisas, como se verifica com os direitos reais de garantia”.<sup>7</sup>

Firmada a distinção entre as modalidades de preferência dos créditos, há necessidade de examinar qual delas é a espécie que se tem em caso de se implementar uma compensação na falência.

## 2.2 A compensação na falência: sistemas francês e alemão

Conforme nos revela João Baptista Villela em sua tese de doutoramento, nos países de *civil law* há dois grandes modelos legislativos em matéria de compensação na falência: o francês e o alemão. Sendo que esta dicotomia surge a partir da hermenêutica das fontes romanas que empregavam a expressão *ipso jure compensari*. Então, João Baptista Villela arremata: “Pelo sistema francês, estruturado a partir da identificação entre *ipso jure* e *sine facto hominis*, a compensação se resolve essencialmente numa modalidade de pagamento: *compensatio est instar solutionis*. Bem diversamente, o sistema germânico surgiu e desenvolveu-se com base na idéia de garantia, ligado que foi, desde muito cedo, ao direito de retenção”.<sup>8</sup>

De fato, para o sistema alemão, o devedor, quase que instintivamente, muitas vezes fornece ao seu credor um crédito destacando no patrimônio deste a própria dívida que ele tem para com o seu agora devedor e também credor. Pensando: “Se ele não me pagar, eu também não o pagarei: compensarei!”. Engendrando, assim, uma “garantia real” de solvência da obrigação. Nesse sentido, veja-se a interessante observação de Trajano de Miranda Val-

verde, *litteris*: “Freqüentemente, na vida dos negócios, não se resolve o comerciante a abrir um crédito a outro senão porque já é deste devedor. Na sua própria dívida vê ele uma *garantia* do pagamento do crédito concedido”<sup>9</sup> (grifo acrescido ao original).

A consequência direta da dicotomia nos sistemas de *civil law* é que para o sistema francês a compensação não é possível de se dar em caso de falência de uma das partes, enquanto no sistema alemão isso de maneira alguma impediria a compensação.

“Assentadas, então, essas considerações sobre as excelências que cada um dos sistemas se avoca, podemos fixar as grandes linhas que os estremam: de um lado o sistema francês, proibindo a compensação na falência, fundando no amor à *par conditio creditorum* e na indisponibilidade do patrimônio por parte do falido; e do outro lado o sistema germânico, permitindo-a francamente em nome da defesa dos créditos, valor a que o instituto visa precipuamente a servir.”<sup>10</sup>

Adepto do sistema francês, o Direito Argentino, por exemplo, veda a compensação após a declaração da falência de uma das partes no art. 130 de sua Lei de Falências (Lei 24.522, publicada em 9.8.1995), e “o fundamento não é outro senão o de manter o tratamento igualitário dos credores na falência”<sup>11</sup> – ou seja, a *par conditio creditorum*. Por outro lado, aparentemente aderindo ao sistema alemão, o Direito Brasileiro prevê a compensação mesmo em caso de falência de uma das partes no art. 122 da Lei 11.101/2005. Com efeito: “Em

9. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, 4ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 354.

10. João Baptista Villela, *Da Compensabilidade no Concurso Falencial*, cit., p. 10.

11. “El fundamento no es otro que el de mantener el trato igualitario de los acreedores frente a la falencia” (Santiago C. Fassi e Marcelo Gebhardt, *Concursos y Quiebras*, 8ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 367 – tradução livre do autor).

7. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., 14ª ed., p. 348.

8. João Baptista Villela, *Da Compensabilidade no Concurso Falencial*, Belo Horizonte, UFMG, 1963 (tese de doutoramento), p. 6.

resumo, as dívidas do devedor, existentes no momento da decretação da falência, vencem-se. A partir daí, se houver créditos em favor do falido (leia-se 'massa falida'), titulados à mesma pessoa de que o falido é devedor, essas dívidas compensam-se, desde que sejam obedecidos os ditames da legislação civil".<sup>12</sup>

Assim, em que pese a parecer a parte da doutrina que o Código Civil brasileiro adotou o sistema francês quando o assunto é falência, parece também razoável afirmar que o sistema brasileiro se direcionou para o alemão, na medida em que o primeiro não admite a compensação na falência, enquanto o segundo a admite. Por isso, não achamos pertinente confundir a compensação fixada no Código Civil com aquela fixada para a falência, como parece ter feito Ricardo Tepedino, citando Caio Mário da Silva Pereira, que examinava a compensação no Código Civil: "Como ensina Caio Mário, a nossa 'sistemática filiou-se à escola que se poderia dizer francesa da compensação legal e *ipso jure*' – isto é, verificados os requisitos legais, referidos acima, e respeitadas as demais prescrições do Código Civil, a compensação ocorre".<sup>13</sup>

De fato, o art. 122 da LF condiciona a compensação, em caso de bancarrota de uma das partes, aos *requisitos* ditados pela legislação civil, sem, contudo, permitir a confusão entre os sistemas francês e alemão aplicáveis à falência com aqueles aplicáveis ao Código Civil.

### 2.3 Modalidade de extinção de obrigação

A despeito de os sistemas de compensação na falência e no Código Civil não se

confundirem quanto à sua origem, temos que examinar o que vem a ser "compensação", sendo que, para tanto, devemos partir do Código Civil, uma vez que ali temos dados fundamentais para a compreensão desse instituto.

A compensação está prescrita no Capítulo VII do Título III do Livro I da Parte Especial do Código Civil, representando, portanto, para nosso legislador civilista, modalidade de adimplemento e extinção das obrigações.

De fato, conforme lecionava J. M. de Carvalho Santos, temos:

"A compensação é um modo de extinção de obrigações recíprocas. A palavra 'compensação', que vem de *pensare cum*, *pensare rem aliquam cum aliqua*, 'pesar na balança uma coisa com outra' para ver se o peso é igual, dá idéia perfeita do verdadeiro conceito do instituto.

"Coloca-se em cada prato da balança um peso representativo de cada débito: se os pesos são iguais, os débitos eliminam-se reciprocamente; se não, o débito mais pesado se extingue até a ocorrência do menos pesado (Soriano de Sousa Neto, *Da Compensação*, n. 1. Cf. Giorgi, ob. cit., vol. 8. n. 2).

"A compensação, portanto, extingue as duas obrigações recíprocas, que se consideram pagas, totalmente, se forem iguais, ou até a concorrência da menor, se forem desiguais."<sup>14</sup>

Destarte, não cabem maiores discussões no direito civil acerca do fato de que a compensação é modalidade de extinção das obrigações por pagamento. "Resta concluir que a compensação é um acto jurídico em sentido estrito que visa à extinção de créditos."<sup>15</sup>

12. Paulo Salvador Frontini, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Piombino (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 448.

13. Ricardo Tepedino, in Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 329.

14. João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 10ª ed., vol. 13, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 215.

15. Antônio Menezes Cordeiro, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 147.



Na falência, conforme já afirmamos, este tema toma dimensão extraordinária, uma vez que, pela compensação, o credor poderá ver satisfeito seu crédito, desde que atendidos os requisitos prescritos no Código Civil.

Obviamente, parcela da melhor doutrina<sup>16</sup> propugna por uma diferenciação entre os requisitos para a compensação no Código Civil e na falência, a fim de facilitar a compensação em caso de quebra; entretanto, assim não entendeu nosso legislador falimentar, que, ao regular a matéria, autorizou-a, porém condicionou-a aos requisitos do Código substantivo brasileiro.

### 3. A compensação no sistema falimentar brasileiro

Conforme reiteradas vezes já afirmamos ao longo deste nosso trabalho, o sistema falimentar brasileiro autorizou expressamente a compensação em caso de falência de uma das partes. E, por isso, se poderia afirmar que o sistema de compensação na falência brasileira é inspirado no alemão.

Contudo, pensamos que não é possível a simples compensação sem que primeiro examinemos a validade da norma no sistema falimentar brasileiro.

Com efeito, o art. 122 da LF prescreve que se compensam, “com preferência sobre todos os demais credores, as dívidas do devedor, vencidas até o dia da decretação da falência, provenha o vencimento da sentença de falência ou não, obedecidos os requisitos da legislação civil”. Fazendo com que Fábio Ulhoa Coelho afirme que a compensação “é feita a despeito da ordem de classificação dos créditos”<sup>17</sup> e, finalmente, cite o seguinte exemplo: “Se o ban-

co, por exemplo, é credor quirografário do falido em virtude de mútuo obtido numa agência, e este, por sua vez, é credor do mesmo banco em razão do saldo existente em conta de depósito administrada por outra agência, será cabível compensar-se uma obrigação pela outra, *mesmo que isso signifique preterição de outros créditos com preferência*”<sup>18</sup> (grifos acrescidos ao original).

No entanto, pensamos de maneira diversa da de Fábio Ulhoa Coelho. Isso porque, para nós, não bastaria a simples leitura do texto da lei, divorciada do sistema positivo nacional. Pensamos ser necessário, primeiro, conferir a validade da norma e, em seguida, interpretá-la de acordo com o Direito Brasileiro. Pensamos, ainda, que a interpretação emprestada por aquele autor ao art. 122 da LF conduziria à inconstitucionalidade formal do preceito legal, já que autorizaria, por exemplo, o pagamento de crédito quirografário em detrimento de outros que sobre ele têm privilégio, tais como os créditos trabalhistas e fiscais.

#### 3.1 A ordem de privilégio dos créditos fixada no art. 186 do CTN

A ordem de privilégio dos créditos não pode ser examinada exclusivamente sob a perspectiva da Lei de Falências. É necessário conjugar o Código Tributário Nacional com a Lei ordinária 11.101/2005 (Lei de Falências), isso porque aquela lei complementar prescreve a ordem de preferência do crédito tributário, abrindo validade para a Lei de Falências.

“Desta forma, duas regras distintas foram estabelecidas pelo Código Tributário Nacional, após a sua alteração pela Lei Complementar 118/2005, referentes ao concurso de preferências. Uma estabelecida especialmente para os casos em que há a falência do devedor, instituída pelo parágrafo único do art. 186 do CTN, e a outra

16. João Baptista Villela, *Da Compensabilidade no Concurso Falencial*, cit., 1963.

17. Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 334.

18. Idem, p. 335.

de âmbito geral, aplicável em qualquer situação em que exista disputa pelos credores em execuções individuais, fora do âmbito do direito concursal, instituída pelo *caput* do artigo 186 do CTN.<sup>19</sup>

Com efeito, em uma situação econômica normal do devedor – ou seja, sem a declaração judicial de sua falência – o crédito tributário está em segundo lugar na ordem de privilégio, logo atrás do crédito decorrente da legislação do trabalho e do acidente do trabalho, que, juntos, devem ser pagos em primeiro lugar *pro rata* e sem limite quantitativo.

No entanto, havendo a falência do devedor, o parágrafo único do art. 186 do CTN, acrescido pela Lei Complementar 118, de 9.2.2005 (que precisamente alterou o Código Tributário Nacional a fim de validar as normas ditadas pela Lei de Falências), prescreve a posição do privilégio fazendário. Nesse sentido, colha-se: “A Lei Complementar 118/2005 veio reforçar o quanto já delineado pela nova Lei de Falências, com o intuito de tornar prevalente e lembrado a todos o privilégio que o crédito tributário detém”.<sup>20</sup>

Ora, em caso de falência do contribuinte, o crédito tributário somente não prefere aos créditos extraconcursais e àqueles passíveis de restituição, aos créditos por acidente de trabalho e aos decorrentes da legislação do trabalho, sendo que estes últimos foram limitados a 150 salários mínimos (art. 83, I, da LF), e aos créditos com garantia real (no limite do bem dado em garantia real).

Portanto, aí não se mencionou como exceção ao privilégio do crédito tributário aquele passível de compensação. Por isso,

19. Bráulio Lisboa Lopes, *Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 130.

20. João Damasceno Borges de Miranda, “Reflexos tributários da nova Lei de Falências”, in Marcelo Magalhães Peixoto (coord.), *Comentários à Lei Complementar 118/2005*, São Paulo, MP Editora, 2005, p. 39.

primeiro é necessário descobrirmos se o art. 186 do CTN, além de formalmente complementar, seria, também, materialmente desta natureza.

Esta análise urge ser feita, porque, segundo a jurisprudência do STF, se a matéria for tratada por lei complementar mas não lhe couber a reserva constitucional para a competência complementar à Carta de 1988, ela poderá ser derogada por lei ordinária, uma vez que, segundo ainda aquela Corte, não haveria vínculo hierárquico-normativo entre a lei complementar e a ordinária, sendo apenas espécies legislativas que têm campos de atuação materialmente distintos;<sup>21</sup> com isso, o emprego de lei ordinária para tratar de matéria complementar revelaria uma inconstitucionalidade formal, por impropriedade da via legislativa.

### 3.1.1 Art. 186 do CTN: norma formal e materialmente complementar

Quanto ao aspecto estritamente formal, não há o que questionar: o art. 186 e seu parágrafo único são resultados da Lei Complementar 118/2005 – e, portanto, são normas formalmente complementares.

Já quanto ao aspecto material, faz-se necessário examinar o dispositivo em confronto com a alínea “b” do inciso III do art. 146 da Constituição da República, ou seja, se a ordem de privilégio do crédito tributário se caracterizaria como norma geral tributária cuja regulamentação somente poderia ocorrer por via de lei complementar. Isso porque, se constataremos que o art. 186 do CTN é materialmente ordinário, a ordem de preferência nele fixada poderia ser alterada pela lei ordinária falimentar.

Inicialmente, cumpre destacar – como muito bem o fez Ives Gandra da Silva Mar-

21. Nesse sentido, a título de exemplo, cite-se: STF, 2ª Turma, RE/AgR 500.054-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 9.10.2007, v.u., DJU 31.10.2007, p. 97.

tins – que o elenco mencionado no inciso III do art. 146 da Constituição da República “é exemplificativo, não excluindo outras normas gerais cuja estruturalidade tenha esse perfil, embora não elencadas expressamente no inciso III”.<sup>22</sup>

Porém, fazendo uma leitura acerca da alocação do art. 186 no CTN, temos que ele se encontra na Seção II (“Preferências”) do Capítulo VI (“Garantias e Privilegios do Crédito Tributário”) do Título III (“Crédito Tributário”); portanto, em uma leitura da intenção de nosso legislador, gramatical e da estrutura sistemática da lei, poderíamos antever que o dispositivo seria também materialmente complementar, na medida em que ele está inserido na regulamentação do crédito tributário, que – reitere-se –, na forma da alínea “b” do inciso III do art. 146 da vigente Carta, exigiria lei complementar. Por outras palavras, a Constituição da República exige lei complementar para estabelecer as normas gerais em matéria de *crédito* tributário, e nosso legislador considerou a sua preferência um “atributo componente” do crédito.

De fato, a alínea “b” do inciso III do art. 146 da CF de 1988 prescreve a necessidade de regulamentação das leis gerais tributárias por via de lei complementar, não apenas no que diz respeito à obrigação, mas também ao crédito. E, se é verdade que o crédito tributário se reveste da mesma natureza jurídica da obrigação principal (art. 139 do CTN),<sup>23</sup> também se sabe que “a modificação do crédito não se reflete na obrigação tributária, que lhe pode sobreviver. Por outras palavras, anulado ou suspenso o lançamento, subsiste a obrigação principal”.<sup>24</sup>

22. Ives Gandra da Silva Martins, *Curso de Direito Tributário*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 16.

23. “O crédito tributário faz parte da obrigação” (Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 649).

24. Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., 11ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 498.

O crédito tributário, conforme previsto na Constituição, compreende suas próprias garantias e privilégios. E, por isso, parece-nos correto poder afirmar que a fixação da preferência deste crédito, como gênero, é norma geral tributária que somente poderia ser regulamentar por lei complementar. E por isso concluímos que o art. 186 do CTN e seu parágrafo único não são apenas formalmente complementares, mas também materialmente.

Destarte, a compensação somente poderia se dar antes da adimplência do passivo fiscal, conforme pretende o art. 122 da LF, se fosse contemplada no parágrafo único do art. 186 do CTN, na medida em que este dispositivo rege as exceções ao privilégio fiscal em caso de falência do contribuinte.

Portanto, resta-nos indagar, com base nas exceções ao privilégio do crédito fazendário fixadas no parágrafo único do art. 186 do CTN: seria a compensação modalidade de crédito extraconcursal, quantia passível de restituição ou garantia real? Até porque soaria ridículo e absurdo poder indagar ou mesmo imaginar que o crédito a compensar pudesse ter natureza alimentar para se equiparar ao crédito trabalhista, ou ainda pudesse ser equiparado ao crédito decorrente de acidente do trabalho, mesmo porque é vedado ao intérprete propor hermenêutica que conduza ao absurdo.

### 3.2 *Compensação: crédito extraconcursal, quantia passível de restituição ou modalidade de garantia real?*

A Lei 11.101/2005 classificou os créditos na falência em créditos extraconcursais e concursais, considerando os primeiros como sendo aqueles créditos que devem ser pagos independentemente de habilitação e tão logo haja disponibilidade de caixa, observando a ordem fixada no art. 84 dessa mesma lei, enquanto os créditos concursais serão aqueles que, à exceção do

crédito fazendário, somente serão pagos após regular habilitação, sujeitando-se, é claro, ao concurso de credores e à ordem prescrita no art. 83 do referido diploma legal – sem, é claro, olvidar o preceito do art. 186 do CTN.

Conforme tivemos ocasião de demonstrar,<sup>25</sup> alguns autores<sup>26</sup> têm pensado que os créditos extraconcursais seriam aqueles, na linguagem do Decreto-lei 7.661/1945 (antiga Lei de Falências), decorrentes de encargos da massa falida. Contudo, isso não nos parece conjugar com a lei, haja vista que o inciso V do art. 84 da Lei 11.101/2005 determina que serão consideradas extraconcursais as obrigações que resultem de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial em caso de convalidação em falência, nos exatos termos do art. 67 da novel legislação falimentar. Portanto, tem-se aí um caso em que não se trata de obrigações emergentes da gestão da massa falida, mas sim do próprio devedor recuperando, e anteriores à quebra, mesmo assim consideradas extraconcursais.

Destarte, *a priori*, não se pode descartar a possibilidade de a compensação ser também modalidade de crédito extraconcursal, a despeito de as obrigações terem sido contraidas antes de a falência ser declarada.

Em que pese à possibilidade teórica, pensamos que, com efeito, a compensação não representa modalidade extraconcursal,

na medida em que não se conjuga com o vetor teleológico da norma.

“Em verdade, o elemento que orientou a fixação dos créditos extraconcursais é o benefício da própria comunidade de credores do devedor, e não os encargos da gestão da massa falida.

“São créditos extraconcursais aqueles que permitiriam à comunidade de credores auferir vantagens (ou mesmo conservação) dos ativos do devedor comum.”<sup>27</sup>

Não acreditamos que a compensação possa ser considerada extraconcursal porque também vemos no art. 84 da LF uma enumeração taxativa (ou *numerus clausus*), tanto que fixa, inclusive, a ordem de privilégios entre os próprios credores extraconcursais. Não se perca, ainda, de vista que os créditos extraconcursais podem ser vistos como exceções à regra da *par conditio creditorum* estabelecida em função dos interesses da própria comunidade de credores, ou seja, da massa falida subjetiva, e, portanto, devem ser interpretados restritivamente, cujo método, por excelência, é o gramatical.

O *caput* do art. 84 da LF prescreve que o pagamento dos créditos extraconcursais obedecerá à ordem fixada nos incisos do artigo, sendo que nesta ordem não se entabula a compensação.

Por tais razões, não se pode concluir coisa diversa: a compensação não representa modalidade de crédito extraconcursal.

Constatado que a compensação não é extraconcursal, resta-nos examinar se ela poderia ser considerada como modalidade de restituição, outra exceção ao privilégio do crédito fazendário estabelecida no inciso I do parágrafo único do art. 186 do CTN.

27. Vinícius José Marques Gontijo, “Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência”, cit., *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 73/210.

25. Vinícius José Marques Gontijo, “Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 73/209-210.

26. “Note-se ainda que, na realidade, os créditos ora denominados extraconcursais eram na vigência do Decreto lei 7.661/1945 os chamados encargos da massa, que preferem a todos os demais créditos e devem ser pagos antes de qualquer credor incluído na classificação do art. 83” (Palmyrita Sammarco Junqueira, in Rubens Approbato Machado (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 236).



“Deitando profundas ligações na clássica ação de reivindicação, o processamento do pedido de restituição se insere dentro dos mecanismos colocados à disposição de terceiros que têm interesse no deslocamento da coisa do arco patrimonial da massa ao acervo individual.”<sup>28</sup>

A partir da Lei 11.101/2005 pode-se classificar as ações de restituição em dois grandes grupos: (a) a ação de restituição ordinária, que se assenta no direito de propriedade (*caput* do art. 85 da LF), e (b) a ação de restituição extraordinária, que se assenta na boa-fé (parágrafo único do art. 85 da LF).

Sobre a ação de restituição ordinária, vale transcrever o escólio de Moacyr Lobato, *verbis*:

“O pedido de restituição serve ao propósito de excluir da massa falida ou mesmo impedir que sejam a ela integrados os bens de propriedade de terceiro, em poder do falido, ou que tenham sido objeto de arrecadação por ato do administrador judicial.

“A massa falida objetiva – conjunto de bens e direitos integrantes do patrimônio do devedor – é constituída pela ação arrecadatória do administrador judicial. A ele compete, por lei, promover a arrecadação e a conservação dos bens do falido.

“Naturalmente, entre os bens arrecadados, alguns ou mesmo vários deles poderão ser titularizados por terceiros que, na condição de proprietários, poderão intentar a ação de restituição para ver reintegrados ao seu patrimônio esses mesmos bens arrecadados pelo administrador ou mesmo que estejam em poder do falido quando da decretação judicial de sua quebra.”<sup>29</sup>

Ora, a constatação de que a restituição ordinária assegura o direito do *pro-*

*prietário* de reaver seu bem indevidamente arrecadado para a massa falida pelo administrador judicial já demonstra à saciedade que a compensação não se incorporaria nesta modalidade, na medida em que a pessoa que pretende exercer o direito de compensar o estaria fazendo na condição de *credora*, e não de *proprietária* – razão pela qual seria incabível a restituição ordinária.

“O terceiro que tem direito à restituição não é credor. Ele tem, em virtude de um direito, ou por força do contrato ou da lei, o direito de restituição, não concorrendo com os credores do concurso.

“A posição do terceiro, nas falências, tem a máxima preferência de recebimento, e diz o art. 149 que, realizadas as restituições, pagos os credores extraconcursais, na forma do art. 84 da lei, e consolidado o quadro geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 da lei.”<sup>30</sup>

Por outro lado, *ex vi* do parágrafo único do art. 85 da LF, também pode ser objeto do pedido de restituição, agora extraordinária, a coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 dias antes da distribuição do pedido de falência. Aqui, o fundamento não é direito real de propriedade, mas o direito pessoal do contrato entabulado com boa-fé, em que se abre crédito ao devedor e se lhe entrega coisa nos 15 dias antes do requerimento de sua falência. Não é crível que o devedor, 15 dias antes do pedido de sua falência, já não tenha noção de sua ruína econômica; porém, a despeito disso, ele ainda está usufruindo do crédito, que se assenta na confiança recíproca. Tal comportamento, é óbvio, poderá tragar para a quebra outras pessoas que, de boa-

28. Carlos Henrique Abrão, *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*, São Paulo, LEUD, 1991, p. 12.

29. Moacyr Lobato, *Falência e Recuperação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 265.

30. Frederico Augusto Monte Simionato, *Tratado de Direito Falimentar*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 606.

fê, ainda negociavam a crédito com aquele devedor, expondo a risco todo o mercado.

Não chega a ser expletivo lembrar que a restituição extraordinária foi introduzida no sistema falimentar brasileiro pelo Decreto 5.746, de 9.12.1929, sendo que antes disso, ao tratar da Lei de Falências 2.024, de 17.12.1908, J. X. Carvalho de Mendonça afirmava: "Na venda a crédito (*habita fide de pretio*), desde que houve a tradição das mercadorias vendidas, o comprador tornou-se proprietário delas. O vendedor é credor quirografário do preço da venda no caso de falência do comprador; confiou no crédito deste, deve correr os riscos que experimentam todos os outros credores".<sup>31</sup>

Porém, o mês de outubro do ano de 1929 precipitou o *crack* (ou, como preferem alguns, *crash*) na Bolsa de Valores de Nova York, nos Estados Unidos da América, na chamada "quinta-feira negra" (24.10.1929) e mesmo na terça-feira seguinte (29.10.1929), trazendo consigo a necessidade de uma nova regulamentação legal falimentar e do próprio instituto da restituição a fim de dar guarida à boa-fé e à própria incolumidade do mercado, protegendo-o: "A depressão econômica sentida no ano de 1929, fruto das oscilações ocorridas nos Estados Unidos da América, transmutando-se para o nosso domínio, provocou profundas alterações não só no sistema de intercâmbio, mas também nas relações jurídicas".<sup>32</sup>

A ação de restituição extraordinária, prevista inicialmente na legislação de 1929, foi reiterada no Decreto-lei 7.661/1945 e preservada na vigente Lei de Falências n. 11.101/2005.

Ainda que se pudesse antever na restituição o direito de retenção que, inclusi-

ve, fundamenta a compensação no Direito Alemão e que, conforme vimos, dá azo à admissão da compensação no Direito Brasileiro, a natureza da ação de restituição é diversa; ela pode ser devida, reitere-se, em virtude de direito real ou de contrato,<sup>33</sup> mas pauta-se no direito de propriedade e na boa-fé, sendo que, nesta última, a lei fixa prazo rígido e, para ambas, condições objetivas que nada têm a ver com a compensação: "São pressupostos, pois, do pedido restitutivo em tela os seguintes: (a) que a coisa tenha sido vendida a crédito; (b) que tenha sido entregue nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência; (c) que ainda não tenha sido alienada pela massa".<sup>34</sup>

Na restituição extraordinária o credor não teve a intenção de assumir o risco do pedido de falência, que se deu nos 15 dias após a abertura do crédito; o que não se poderia negar em caso de compensação em que as obrigações podem se estender por um longo período, em que tal risco seria inerente ao crédito recíproco.

Novamente, não constatamos a possibilidade de a compensação se confundir com a restituição, por não atendidos os pressupostos do pedido e o escopo da ação. Portanto, somente nos resta saber se a compensação poderia ser compreendida como modalidade de garantia real, pelo menos por equiparação legal.

Ao examinarmos neste nosso articulado a natureza da preferência do crédito fazendário, pudemos verificar a garantia real; e, nesse instituto, o credor tem, assegurando a adimplência da obrigação, coisa destacada e individualizada. Assim, na compensação poder-se-ia dizer que a parte

33. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 15, São Paulo, Saraiva, 1966, pp. 96-97.

31. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª ed., vol. 8, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, s/d, p. 310.

32. Carlos Henrique Abrão, *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*, cit., p. 15.

34. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 14ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 244. Entendemos que, tendo havido a venda da coisa pela massa falida, a restituição se fará em dinheiro, na forma do que prescreve o inciso I do art. 86 da LF.

tem no seu próprio crédito a “garantia” da solvência do débito. Porém, no atual estágio do Direito esta afirmação não prospera, e os institutos não podem ser confundidos: garantia real e compensação.

De fato, como bem esclarece Orlando Gomes, os direitos reais e, claro, a própria garantia real asseguram sempre e necessariamente o direito de seqüela, que consiste no fato de o titular de direito real “seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor”.<sup>35</sup>

Ora, a compensação jamais autorizaria o direito de seqüela, na medida em que o credor não teria como executar seu crédito sobre o patrimônio de eventual terceiro a quem o produto financeiro pudesse ter sido transferido. Isso, somado ao registro das garantias reais, sem maiores delongas, já afasta a compreensão da compensação como modalidade de garantia real ou mesmo de direito real.

Diante do exposto, chega-se a uma encruzilhada que envolve a validade da regra da compensação prescrita no art. 122 da LF, uma vez que seu texto gramatical não se conjuga com as exceções ao privilégio do crédito fazendário (parágrafo único do art. 186 do CTN).

Pensamos que a interpretação que se deve dar ao art. 122 da Lei de Quebras seja aquela que se conjuga com o sistema jurídico, a fim de harmonizar o preceito legal e, fazendo uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988, validar a norma, que não nos parece ser inválida.

### 3.3 Compensação: privilégio entre os credores da mesma classe; modalidade de subclasse

Para a perfeita harmonização legal, pensamos que, além das classes de credores

de todos conhecidas (arts. 83 e 84 da LF e parágrafo único do art. 186 do CTN), há também subclasses constituídas pelo privilégio da compensação a ser assegurado aos credores em uma mesma classe.

De fato, a compensação não pode se dar no ápice dos créditos, mas, sim, dentro da mesma classe. Portanto, se um indivíduo é devedor de um banco por contrato de abertura de crédito (“cheque especial”) em uma agência e, ao mesmo tempo, credor por um investimento em outra agência, caberá ao administrador judicial da massa falida arrecadar o dinheiro e ao banco habilitar seu crédito na classe respectiva (quirografária); e, quando do pagamento desta classe, caberá ao administrador pagar à instituição financeira a quantia que ela tinha a compensar com privilégio sobre os demais credores quirografários, naturalmente nos limites das forças econômicas da massa falida.

Destarte, forma-se uma subclasse dentro de cada classe de credores na entabulação do quadro geral de credores da massa falida, sendo esta subclasse constituída pelos eventuais credores que tinham quantias a compensar na forma do art. 122 da LF.

Portanto, o texto do *caput* do art. 122 da Lei 11.101/2005, sob pena de invalidade da norma, deve ser assim interpretado: “Compensam-se, com preferência sobre todos os demais credores *da mesma classe*, as dívidas do devedor vencidas até o dia da decretação da falência, provenha o vencimento da sentença de falência ou não, obedecidos os requisitos da legislação civil”.

## 4. Conclusões

Em razão deste nosso articulado, podemos concluir:

4.1 O sistema falimentar brasileiro autorizou expressamente a compensação em caso de falência de uma das partes (art.

35. Orlando Gomes, *Direito Reais*, cit., 14ª ed., p. 8.

122 da LF) e, por isso, se poderia afirmar que o sistema de compensação na falência brasileira é inspirado no alemão.

4.2 Compensam-se, com preferência sobre todos os demais credores *da mesma classe*, as dívidas do falido vencidas até o dia da declaração da falência, provenha o vencimento da sentença de quebra ou não, obedecidos os requisitos do Código Civil e desde que não expressamente excepcionados no parágrafo único do art. 122 da Lei 11.101/2005.

4.3 Além das classes de credores fixadas na Lei de Falências e no Código Tributário Nacional, constatamos a existência de subclasses dentro da mesma classe, formadas pelos credores que têm quantias a compensar, os quais receberão, no limite do que tinham a compensar, primeiro que os demais credores da mesma classe, quando do pagamento da classe respectiva e se a massa o comportar.

### Bibliografia

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo, LEUD, 1991.
- \_\_\_\_\_, e TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed., 11ª tir. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3ª ed., vol. 8. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, s/d.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10ª ed., vol. 13. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- FASSI, Santiago C., e GEBHARDT, Marcelo. *Concursos y Quiebras*. 8ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires, Astrea, 2005.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 15. São Paulo, Saraiva, 1966.
- FRONTINI, Paulo Salvador. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, e SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- GEBHARDT, Marcelo, e FASSI, Santiago C. *Concursos y Quiebras*. 8ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires, Astrea, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- GONTIJO, Vinícius José Marques. "Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência". *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 73/200.
- JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- LOBATO, Moacyr. *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
- MIRANDA, João Damasceno Borges de. "Reflexos tributários da nova Lei de Falência". In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Comentários à Lei Complementar 118/2005*. São Paulo, MP Editora, 2005.
- MORAIS, Juliana Ferreira. *A Compensação de Créditos na Falência: Hermenêutica*



do Art. 122 da Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. 2006. Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos (dissertação de Mestrado).

PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Comentários à Lei Complementar 118/2005*. São Paulo, MP Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 9ª ed., vol. 4. Rio de Janeiro, Forense, 1992; 14ª ed., vol. 4. Rio de Janeiro, Forense, 1992; 21ª ed. (atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama), vol. 2. Rio de Janeiro, Forense, 2006. v. 2.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14ª ed., vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1991.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. "Das preferências e privilégios creditórios na falência". RT 801/59. São Paulo, Ed. RT.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

TEPEDINO, Ricardo. In: ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª ed., vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

VILLELA, João Baptista. *Da Compensabilidade no Concurso Falencial*. Belo Horizonte, UFMG, 1963 (tese de doutoramento).