CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS NA FALÊNCIA

Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz* ¹⁴²

1 - Introdução

A antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945) continha a ordem de classificação dos créditos na falência, que, no decorrer dos anos, veio a ser muitíssimo alterada, por inovações legislativas, quase sempre no seio de leis extravagantes, tornando o exercício judicial de classificar os créditos extremamente penoso e difícil.

Assim, os créditos com direitos reais de garantias, que originariamente eram os mais privilegiados, foram assaltados pelos decorrentes de acidente de trabalho, trabalhistas e fiscais, perdendo quase toda sua força como garantia. Em 1979, em trabalho publicado na *Revista Forense* 265/461, já fizemos a advertência de que "quem quer que se disponha a sistematizar a classificação terá de fazê-lo de forma meramente tentativa, assumindo os riscos inerentes a esse atrevimento".

Tal advertência continua atual, diante dos termos da nova lei, que, embora tenha muito avançado, ainda deixou sem solução algumas questões, perdendo-se a oportunidade de regular inteiramente a matéria, permanecendo em vigor as preferências estabelecidas pelo direito comum, civil ou comercial.

De qualquer sorte, tentaremos sistematizar a matéria, como mera contribuição àqueles que se dedicam ao estudo da mesma.

Destaque-se que aqui não será tratada a ordem de classificação na recuperação judicial, pois, consoante dispõe o art. 35 da NLF (assim será referida a nova lei), ela será definida no plano aprovado pela assembléia geral de credores.

2 - Das Dívidas não Sujeitas ao Concurso

§ 1º Compensação de Créditos com os Débitos da Falida

Inovação trazida pela NLF foi a permissão para compensação entre a falida e os seus credores.

No direito anterior, os credores tinham de habilitar seus créditos e suas dívidas eram arrecadadas, passando a integrar o patrimônio da massa.

Resultava isso em ter quem com a falida contratou de pagar o que devia e ficar aguardando para receber na moeda da falência aquilo de que era credor. O art. 122 da lei excluiu do concurso esses créditos de terceiros, que, agora, vão poder compensá-los com o que devem à massa. Não podem ser compensados os créditos relacionados no parágrafo único do artigo, que contém o simples óbvio.

Após a compensação, se a massa permanecer credora, seu crédito será arrecadado; caso seja ainda devedora, o saldo será incluído na classificação pela ordem de preferência que tiver.

§ 2º Restituição e Créditos Trabalhistas Relativos aos Três Últimos Meses

A restituição é a simples devolução do bem ao seu respectivo dono ou se dá, em hipóteses especiais, previstas na lei, quando, por ter ocorrido o fato gerador do crédito muito pouco antes da quebra, injusto seria sujeitar-se o credor ao procedimento falimentar, até porque os dirigentes da falida já deviam saber, ao contratar, a difícil situação de sua empresa.

Assim, permite a NLF que ocorra a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada, ou da "importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que não tenha sido alterada a data de vencimento prevista no momento da contratação" (arts. 85 e 86 da NLF).

No REsp 109.396-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 15.04.2003, reafirmou a colenda 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que a restituição decorrente de adiantamento de contrato de câmbio deve ser feita mesmo antes do pagamento dos créditos trabalhistas. Precedentes citados naquele julgado: REsp 316.918-RS, REsp 443.938-RS, DJ 02.12.2002, e AgRg no REsp 330.831-RS, DJ 05.08.2002. A matéria veio a ser sumulada por aquela Corte, afastando qualquer discussão. Veja-se o Enunciado 307: "A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito".

Já no contrato de depósito bancário, não tem o depositante direito à restituição, conforme entende o mesmo Tribunal (2ª Seção, REsp 501.401-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 14.04.2004).

São restituíveis os valores pagos por terceiros de boa-fé que contrataram com a falida, se o negócio jurídico for revogado (arts. 86, III, e 136, *caput*, da NLF).

1) Quando cabível o pedido de restituição, se a coisa a ser restituída não mais existir, receberá o requerente o valor da sua avaliação, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos a valor atualizado, sendo o pagamento feito com preferência sobre todos os credores, ou seja, sem participar do rateio (art. 86, I, da NLF).

2) Essas restituições em dinheiro, porém, por modificação legislativa produzida no Senado, passaram a subordinar-se a determinados créditos trabalhistas.

O art. 86, parágrafo único, da NLF determina que, no caso de ter de ser feita a restituição em espécie, o pagamento somente se dê após solvidos os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador" (art. 151 da lei).

Assim, sempre que a restituição se fizer em dinheiro, e não com a devolução da coisa, deve ser pago, primeiro, aquele crédito recente dos empregados.

§ 3º Despesas com o Procedimento da Recuperação Judicial ou da Falência
A ALF (desta forma serão feitas as menções à anterior Lei de Falências) definia, separadamente, os encargos e as dívidas da massa, em seu art. 124, classificando aqueles com preferência sobre essas e sobre todos os demais créditos, mas, diante das leis extravagantes que surgiram, passaram a ser preteridos pelos créditos trabalhistas e fiscais.

No já citado estudo, isso analisamos, dizendo que os encargos "trazem, é certo, alguns dos mais importantes dentre todos os créditos declarados. Os honorários do síndico e as importâncias por ele fornecidas (onde conseguir um síndico disposto a fornecer recursos para o andamento do processo e a contribuir com o seu trabalho, se ele sabe que, com tantos créditos sendo pagos antes, provavelmente nada irá receber?), as despesas com o enterro do falido (qual a funerária que o enterrará gratuitamente?), as custas judiciais (nos cartórios não-oficializados, os escreventes e escrivão terão de trabalhar, com a maior 'boa vontade', sem nada receber), por exemplo".

Na forma do art. 84 da NLF, os encargos e dívidas da massa não mais participam do concurso.

Dele, exclui o dispositivo as remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência (inciso I); as quantias fornecidas à massa pelos credores, evidentemente já após a

declaração da quebra (inciso II); despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência (inciso III); as custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida ou o devedor tenha sido vencido (inciso IV); as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados no âmbito da recuperação judicial ou da falência (inciso V) e os tributos e contribuições cujos fatos geradores ocorreram após a falência (inciso V e art. 188, *caput*, do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005).

Mais adiante, no art. 67, a lei também exclui do concurso as dívidas contraídas durante o procedimento de recuperação judicial, bem como as despesas com fornecedores de bens ou serviços necessários à continuação das atividades da empresa, contraídos mediante autorização judicial, após a manifestação do Comitê, em caso de convalidação em falência.

Esses últimos se justificam porque permitirão o fornecimento para a empresa, o que não aconteceria se o fornecedor tivesse de sujeitar-se à classificação normal da falência. Sabendo que, caso a recuperação judicial se transmude em falência, o recebimento do seu crédito estará garantido, pois, caso venha a ser declarada a quebra, essas dívidas não entrarão no concurso, não haverá por que deixar de fornecer.

O avanço, nesses casos, foi sensível, pois reconheceu a lei a realidade dos negócios, sem o que as dificuldades hoje existentes para o andamento de um feito falimentar continuariam existindo e inviabilizada estaria a recuperação judicial.

Em relação ao inciso II do art. 102, § 2º, da ALF, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. Borsóí, 1960, v.29, p.234.), entendia que apenas os alugueres vencidos anteriormente à declaração da quebra se enquadravam como dívida da massa, do que discordamos em nosso estudo anterior, por considerar que, ao pagar os alugueres no mês do seu vencimento, estava o síndico apenas dando cumprimento a uma "obrigação resultante de ato jurídico válido", estando a hipótese, pois, perfeitamente prevista no art. 124, § 2º, II.

Dissemos ser o contrato de locação um ato jurídico preexistente à falência, e não ajustado pelo síndico, que apenas lhe dá cumprimento, devendo ter o mesmo tratamento jurídico dos alugueres vencidos antes da falência os que se vencerem no seu curso.

Criticamos a antiga lei, sob o fundamento de que o crédito por arrendamento deveria ter preferência absoluta, em face do risco de ser a massa despejada por falta de pagamento, com a perda de seu fundo de comércio, suscetível de apreciação monetária, em inarredável prejuízo para toda a massa.

A alínea *a* do inciso IV do art. 83, contudo, concedeu privilégio especial aos créditos previstos no art. 964 do novo Código Civil, e ali aparecem, no inciso VI, os créditos por alugueres do ano anterior e ao corrente.

Há, sem dúvida, contradição entre as normas, pois o art. 84, V, permite, como vimos, que o administrador resgate os alugueres extraconcurso e esse inciso IV do art. 83 concede privilégio especial aos atrasados.

Pode parecer que a autorização do art. 84 somente se refere aos que se vencerem durante a falência, sendo que os já vencidos terão de aguardar sua ordem de pagamento, pela moeda da falência, como se a ação de despejo não pudesse ser proposta pela falta desses pagamentos, bastando que sejam eles retomados quanto aos alugueres atuais.

A questão é séria e os Tribunais certamente serão chamados a manifestar-se. A nova lei, de qualquer sorte, contemplou modificação importante, trazendo para fora do concurso o pagamento do alugueres, podendo agora o administrador pagá-los durante o curso da falência, com amparo no inciso V do art. 84 da NLF.

Lamenta-se que não tenha regulado as dívidas da massa perante os condomínios edifícios onde possuam algum imóvel, pois isso encerraria discussões que certamente ocorrerão. Adiante-se que, sendo o débito condominial gerado pelo próprio bem, vale dizer, pela própria massa, pode-se admitir que esteja incluído dentre as contribuições previstas no inciso V do art. 84.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em processo em que se discutia, sem ser em falência, o débito condominial, decidiu que esse prefere o hipotecário, ao argumento de que dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte de seu valor, devendo o edital, ao ser o bem levado a praça, arrolar, entre os encargos do arrematante, o valor devido a esse título, sob pena de comprometer o procedimento. Segundo o voto condutor, se o credor hipotecário adjudicar o imóvel, essa obrigação será dele (REsp 208.896-RS, Proc. n° 1999/0026243-3, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, julgado em 07.11.2002, DJ de 19.12.2002, p.361, e *RSTJ* 164/302). O Acórdão faz, ainda, referência ao REsp 67.701 - RS, Rel. Min. Paulo Costa Leite, 3ª Turma, unân., DJ 16.06.1997, e ao REsp 118.876 - RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, unân., DJ 12.04.1999, p.155).

3 - Das Dívidas Sujeitas ao Concurso

§ 4º Salários, Férias, Indenizações Trabalhistas e Indenizações por Acidente de Trabalho, Limitados a 150 Salários Mínimos

1) Inicialmente, essa prioridade se restringia à totalidade dos salários, que têm natureza alimentar, das férias, e um terço das indenizações devidas (nestas incluído o "aviso prévio" estabelecido pelo art. 487, § 1º, da CLT). A Lei n° 6.449,

de 14.01.1977, deu nova redação ao art. 449 da CLT, e as indenizações passaram a ter preferência em sua totalidade.

O projeto da NLF aprovado pela Câmara dos Deputados, seu art. 11, I, não deixava margem para dúvidas, quando estabeleceu que a prioridade abrangeria os "créditos derivados da relação de trabalho". Não fez ele qualquer distinção entre a natureza das verbas, incluindo, portanto, tanto as remuneratórias quanto as indenizatórias.

No Senado, isso foi mantido, dando-se, contudo, modificação no texto da lei, agora posta no art. 83, I, passando a limitar a prioridade quanto a esses créditos ao montante equivalente a 150 salários mínimos (nesse total não estão incluídas as indenizações acidentárias, que permanecem sem limite).

Somente até esse valor os créditos trabalhistas gozam de absoluta prioridade, passando o saldo, se houver, a ter natureza meramente quirografária (art. 83, VI, c).

Desse valor deve ser descontado o *quantum* pago nos termos do art. 151 da NLF (*vide* § 2º, 2), acima).

2) Entre os créditos decorrentes da legislação do trabalho, um deles é destacado, por ser prioritário quanto aos demais: os créditos do trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho.

Consoante dispõe o art. 83, IV, *a*, os créditos relacionados no art. 964 do novo Código Civil, que se destina a regular a insolvência civil, vigem, também, para a falência e, lá, está referido esse crédito do trabalhador agrícola, no inciso VIII, com a ressalva de que, sobre o produto da colheita, prefere a qualquer outro, ainda que real.

De forma extremamente atécnica, criou a lei uma supraprioridade, incluindo o crédito, contudo, em local errôneo, pois os créditos com privilégio especial vêm classificados em categoria inferior e, portanto, lá não seria o local adequado para este incluir.

O novo Código Civil apenas repetiu a regra que existia na ALF, olvidando, contudo, que, quando editada a lei, não existia a prioridade dos créditos trabalhistas, razão pela qual era, naquele momento, correta a inserção desse privilégio na categoria dos "especiais", tendo perdido sentido, porém, com a atribuição genérica de privilégio aos créditos trabalhistas. Em vez de corrigir o que havia passado a ser um erro legislativo, manteve-o.

De qualquer sorte, a preferência sobre os demais créditos existe e, assim, ao concorrerem créditos trabalhistas, se a verba usada para o pagamento for produto de colheita, com ela deverá ser paga, prioritária e integralmente, o trabalhador agrícola que para ela contribuiu.

3) Há no dispositivo (inciso I) uma novidade em seu final: "e os decorrentes de acidentes de trabalho".

Em nosso anterior trabalho, já supra-referido, dissemos que, no regime da ALF, as indenizações por acidente de trabalho gozavam, na conformidade do seu art. 102, § 1º, de prioridade absoluta, inclusive sobre os demais créditos decorrentes da legislação do trabalho, o que era, também, ressalvado no art. 186 do Código Tributário Nacional.

Manifestamos nosso entendimento no sentido de ser "justa, pois, se de um lado o trabalhador credor de salários pode, enquanto aguarda seu recebimento, laborar em outro emprego, o acidentado, portador de seqüela às vezes definitiva, nem sempre poderá fazê-lo, ou terá sua capacidade diminuída, devendo, portanto, receber rapidamente e antes de qualquer outro".

Ali também assinalamos que, em face do que dispunham os arts. 158, XVII, da então vigente Constituição Federal, 1º da Lei nº 5.316, de 14.09.1967, e 2º do Decreto nº 61.784, de 28.11.1967, que obrigavam a realização de seguro de acidentes do trabalho pela empresa no INPS, o debate sobre a prioridade desses créditos tornara-se meramente acadêmico.

Já agora, vigendo a Lei nº 6.367, de 19.10.1976, que, em seu art. 1º, mantém como obrigatório o seguro contra acidente do trabalho na Previdência oficial, e que não contém as exceções antes previstas no art. 22 da Lei nº 5.316, de 14.09.1967, totalmente inócua seria a previsão legal, porquanto jamais o empregador irá pagar a indenização, da forma que antes era estabelecida na lei, sem culpa do empregador.

A Constituição Federal de 1988, no § 10 do seu art. 201, manteve a obrigatoriedade de cobertura do risco desse tipo de acidente, mas passou a permitir que o setor privado também possa dele participar.

Desta sorte, embora diante da legislação ordinária possa parecer letra morta a previsão da NLF, em face da Constituição Federal não o é, pois pode o legislador, a qualquer tempo, permitir à iniciativa privada assegurar o seguro acidentário.

§ 5º Créditos com Garantia Real Até o Limite do Valor do Bem Gravado

No projeto aprovado pela Câmara Federal, apenas se mitigaram os direitos dos credores cobertos por garantia real, que, basicamente, foram equiparados aos fiscais.

O texto então aprovado (art. 11, I, *a*.) estabeleceu igualdade de condições, na proporção de um para um, entre os créditos garantidos e os fiscais. Vale dizer

que, para cada real pago pela massa para solver tributo, outro deveria ser pago para aqueles resgatar.

No Senado Federal foi modificado o projeto, passando o art. 83, II, a estabelecer que o crédito com garantia real prefere aos tributários, mas, evidentemente, dentro da força do bem que o assegura, sendo que, se saldo restar, passará para a categoria de quirografário (art. 63, VI, *b*).

Desta forma, vendido o bem gravado, o credor com garantia real recebe a totalidade do seu crédito, se o produto foi para isso suficiente. Se não, o que faltar ser pago passa para a categoria quirografária. Se, pago o credor, houver sobra, ela passará a integrar o ativo da massa.

O pagamento desses créditos nessa ordem de classificação, contudo, inclusive dos juros estipulados, que continuam fluindo (parágrafo único do art. 124 da NLF), será feito apenas com o produto dos bens a eles vinculados, pois, se não for suficiente, o remanescente do crédito passa a ser da categoria quirografária, consoante dispõe o art. 83, VI, *b*, da NLF.

O Código Tributário Nacional foi alterado pela Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, passando a ressaltar a preferência desses créditos sobre os tributários no inciso I do parágrafo único do seu art. 186.

1) Ao credor pignoratício só pode ser concedida prioridade se estiver na posse do bem gravado. Caso contrário, seu crédito será quirografário (Ag. de Pet. nº 64.874, TJSP, *RT*, 222/307, e *Revista Forense*, 130/411).

2) Aqui se incluem os créditos decorrentes de emissão de *warrants*, com prioridade estampada no art. 26, § 1º, do Decreto nº 1.102, de 21.11.1903.

3) O art. 143 do Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece que o crédito hipotecário aéreo prefere a qualquer outro, com exceção dos resultantes das despesas judiciais, créditos trabalhistas, tributários, provenientes de tarifas aeroportuárias (inciso I), despesas por socorro prestado; gastos efetuados pelo comandante da aeronave, no exercício de suas funções, quando indispensáveis à continuação da viagem; e despesas efetuadas com a conservação da aeronave (inciso II).

Com a nova lei, quedam revogadas as referências feitas aos créditos trabalhistas, no que excederem ao limite de 150 salários mínimos, e aos tributários, por isso que ela elevou os créditos com garantia real.

Persistem, no entanto, as preferências estabelecidas em relação às demais despesas, por ser aquele Código lei especial, regulando especificamente o direito aeronáutico.

§ 6º Créditos Fiscais

Esses créditos, por sua integralidade, são prioritários (art. 83, III, da NLF), não estando aí incluídas as multas, que têm outra classificação, como abaixo se verá.

1) *Créditos fiscais da União*

Persiste no direito positivo a preferência dos créditos da União sobre os dos Estados e destes sobre os Municípios, uma vez que continua em vigor o disposto no art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, pois não expressamente modificado pela Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, que o adaptou à NLF, a qual apenas modificou o seu *caput*.

Entre os créditos fiscais, o referido parágrafo único do art. 187 do CTN regulamenta a ordem de prioridade entre a União, Estados e Municípios, dando prevalência àquela sobre os demais.

Sob a égide do art. 9º da Constituição Federal de 67, que vedava à União, Estados e Municípios a criação de "... distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios", surgiu séria dúvida acerca da constitucionalidade desse dispositivo do CTN. Após a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que alterou a redação do art. 9º da Constituição ("... em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra"), incluindo a União entre as pessoas de direito público a quem era vedado atribuírem-se preferências, a discussão acirrou-se, com os Estados pretendendo igualar seus créditos aos dela.

O Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Lei Magna se referia apenas à criação de distinções entre pessoas físicas ou jurídicas, considerou não haver conflito entre as normas, fazendo incluir na Súmula de sua jurisprudência predominante o nº 563, que encerrou, à época, as discussões a respeito (para melhor compreensão, ver RE 80.398-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *RTJ* 74/285; RE nº 79.660-SP, Rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* 75/851; RE nº 80.762-MG, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ* 82/508).

A vigente Carta Magna esposou o entendimento do Pretório Excelso, e o seu dispositivo que hoje se refere à proibição de estabelecimento de distinção é o inciso III do art. 19, que veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios apenas a criação de "distinções entre brasileiros ou preferências entre si", não mais mencionando as pessoas jurídicas de direito público.

Não há mais, portanto, qualquer razão para que se não admita a prevalência dos créditos da União.

2) *Créditos Previdenciários*

A Lei nº 3.807, de 26.08.1960, com a redação do DL nº 66, de 21.11.1966, em seu art. 157, equiparou esses créditos aos da União Federal, ressalvando, todavia, que só serão pagos após solvidos estes, preferindo, destarte, aos créditos

fiscais estaduais e municipais (RE nº 79.660-SP, *RTJ* 75/851; RE nº 81.154-SP, *RTJ* 76/914; RE nº 79.915-SP, *RTJ* 78/848; RE nº 85.354-MO, *RTJ* 80/276, etc.).

Já o art. 51 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, que dispôs sobre a organização da Seguridade Social e instituiu seu Plano de Custeio, não contém tal ressalva quanto à União Federal, equiparando seus créditos aos da Previdência, sem qualquer distinção.

Não há, porém, conflito entre as normas, pois ambas equiparam os créditos, sendo que a Lei nº 3.807/60 estabelece momentos distintos para o pagamento e, nisso, não foi derogada pela Lei 8.212/91, permanecendo os créditos previdenciários, portanto, subordinados aos da União.

A prioridade dos créditos previdenciários atinge apenas as contribuições que deveriam ter sido efetuadas pela própria empresa, uma vez que as descontadas do salário do trabalhador não lhe pertencem, sendo ela mera depositária dos mesmos. Assim, a Previdência deverá pedir, na falência, a restituição dessas quantias (*Rev. Jur. Trib. Just. Est. GB*, 2/29, 31/103, 6/106, 6/120), conforme garante o parágrafo único do mencionado art. 51 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991.

3) *Créditos fiscais dos Estados e Distrito Federal*

Após os créditos fiscais da União, vêm os dos Estados e do Distrito Federal, todos em igualdade de condições. Sua preferência decorre das disposições do art. 83, III, da NLF, sendo classificadas entre os créditos fiscais da Previdência Social e dos Municípios por força dos arts. 157 da Lei nº 3.807, de 26.08.1960, com a redação do DL nº 66, de 21.11.1966, e 51 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, como explicitado nos itens 1 e 2 supra.

4) *Créditos fiscais dos Municípios*

Em seguida, estão os dos Municípios, aqui estando classificados pelas mesmas razões relativas aos Estados e ao Distrito Federal.

a) Incluem-se nos créditos fiscais os decorrentes do PIS, na forma da Lei Complementar nº 7, de 07.09.1970, art. 10.

b) O verbete nº 191 da Súmula da jurisprudência predominante no STF, que, proibindo a cobrança da multa fiscal com efeito de pena administrativa, permitia ao Estado cobrar da falência a simplesmente moratória, foi completado pelo de nº 565, que também vedou a cobrança da multa fiscal moratória, por entender o Pretório Excelso que também constituía pena administrativa.

Com a nova lei e diante dos termos do inciso VII do art. 83, restam superados esses verbetes, pois ele permite, expressamente, a cobrança das multas, que, contudo, somente serão pagas após a satisfação de todos os créditos quirografários. Abaixo serão novamente referidas.

d) A Fazenda não se habilita no procedimento falimentar, podendo prosseguir com as execuções fiscais já iniciadas e podendo propor novas no seu

juízo privativo (arts. 6º, § 7º, da NLF, 5º e 29 da Lei nº 6.830, de 22.09.1980, e 2º do DL nº 858, de 11.09.1969).

Significa que a verificação das ações se dará no Juízo privativo, mas o juiz não poderá efetuar o pagamento, devendo, após o trânsito em julgado, comunicar ao Juízo falimentar o montante do crédito, para que esse o classifique e, no momento próprio, pague, segundo a ordem de preferência. A Corte Especial do colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 188.148-RS, Proc. nº 1998/0067254-0, julgado em 19.12.2001, Relator o Min. Humberto Gomes de Barros (DJ de 27.05.2002, p.121), decidiu que "I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até a alienação dos bens penhorados. II - Os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL 7.661/45, art. 126) III - Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa". Tal entendimento foi reiterado pela 1ª Turma, no REsp 422.112-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado 08.10.2002.

Essa disposição, contudo, só se aplica às ações de cobrança de créditos fiscais, não sendo aplicável a outro tipo qualquer de ação (Ag. de Instr. nº 34.944, 8ª CC, Rel. Desemb. Sampaio de Lacerda, unân., in *Rev. Jur. do Trib. Just. do Est. do Rio de Janeiro*, 42/59).

§ 7º Créditos com Privilégio Especial

Equivale o disposto no art. 83, IV, da NLF ao que dispunha a ALF em seu art. 102, II. Só que ali eram eles referidos como "créditos com privilégio especial sobre determinados bens", o que traduz melhor técnica, vez que, após a lei, novos dispositivos legais surgiram concedendo privilégio especial, sem, contudo, discriminar sobre quais bens especificamente recairiam.

O art. 17 do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969, por exemplo, referia que os créditos decorrentes de nota de crédito industrial teriam privilégio especial sobre os bens discriminados no art. 1.563 do antigo Código Civil. Esses são: os bens móveis do devedor, não sujeitos a direito real de outrem; os imóveis não hipotecados; o saldo do preço dos bens sujeitos a penhor ou hipoteca, depois de pagos os respectivos credores; e o valor do seguro e da desapropriação.

Quer dizer, todo o patrimônio remanescente da falida, após pagos os credores com precedência.

Não havia, como visto, um crédito especial sobre determinado bem, mas sim sobre a totalidade do patrimônio da falida.

Logo, a terminologia agora adotada responde a uma técnica mais aprimorada, eis que não mais se refere a um bem determinado, o que não impede que a lei que cria o privilégio a ele o vincule.

Os créditos com privilégio especial são a) os previstos no art. 964 do novo Código Civil; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais; e c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia.

1.1 Os créditos com privilégio especial criados pela própria lei são os relacionados no art. 964 do novo Código Civil, que se destina a regular a insolvência civil e que, por força do art. 83, IV, *a*, passam a vigor também para a falência.

São eles:

I - o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação, sobre a coisa arrecadada e liquidada;

II - o credor por despesas de salvamento, sobre a coisa salva;

III - o credor por benfeitorias necessárias ou úteis, sobre a coisa beneficiada;

IV - o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento, sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções;

V - o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita, sobre os frutos agrícolas;

VI - o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior, sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos;

VII - o autor da obra existente na massa do editor, ou seus legítimos representantes, sobre os exemplares, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais.

1.2 O crédito especificado no inciso VI (do credor de aluguéis sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos) entra em confronto direto com o que dispõe a Lei n° 8.009, de 29.03.1990, que, em seu art. 1º, criou a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, nele abrangidos não só o terreno sobre o qual se assentam a construção, mas também as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e

todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa.

Nas hipóteses de falência de firma individual, um enorme debate se acenderá acerca da possibilidade de arrecadação desses bens, principalmente diante do texto da NLF, que é posterior à Lei 8.009/90 citada.

Este é um outro caso em que o legislador do novo Código Civil apenas repetiu o que existia na legislação anterior, sem considerar as alterações posteriores.

1.3 O crédito referido no inciso VIII do novo Código Civil, já se viu no início desse trabalho, está, na NLF, inserido em local errôneo, uma vez que, sendo decorrente de relações de trabalho, é o primeiro prioritário e, entre os da mesma espécie, tem preferência se a verba utilizada no pagamento é produto da colheita de que participou o credor.

2.1 Além dos enumerados na alínea *a* do inciso IV do art. 83, a alínea *b* permite que leis extravagantes atribuam privilégios especiais a outros títulos, e eles existem à fartura, como, por exemplo: arts. 28, 45 e 53 do Decreto-Lei nº 167, de 14.02.1967 (nota de crédito, nota promissória e duplicata rurais); art. 17 do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969 (nota de crédito industrial); art. 5º Lei nº 6.840, de 3 de novembro de 1980, c.c. art. 17 do Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969 (cédula de crédito comercial); art. 143 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica); arts. 470, 471, 475, 626, 627, 632, 633, 651, 652, 662 e 738 do Código Comercial.

Antes ainda se poderiam citar os arts. 97, 108, 117, 118, 189 e 190 do Código Comercial, mas eles foram revogados pelo art. 2.045 do novo Código Civil (sobre os arts. 97 e 189, v. art. 14 do Decreto nº 1.102, de 21.11.1903).

Outros casos certamente há, mas escaparam ao autor.

2.2 Sempre que o Código Comercial referir-se a "hipoteca tácita", compreende-se que corresponde a privilégio (Lacerda, J. Cândido Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 8.ed. Freitas Bastos, 1973, p.197; Mendonça, J. Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial*. 4.ed., Freitas Bastos, 1947, v.III, nota à margem da p. 188).

2.3 Igualmente deve ser considerado como privilegiado especialmente o crédito oriundo de saldo de conta corrente garantido por crédito do falido (acórdão do TJSP no Ag. de Pet. nº 65.078, cit. por Arruda, Roberto Thomas. *Processo das Falências e Concordatas*. 2.ed., Juriscredi, v.II, p. 462).

3) Em relação ao direito de retenção, *vide*, por exemplo, os arts. 319, 527, 571, 578, 644, 664, 681, 708, 740, § 3º, 742, 1.219, 1.433, II, e 1.455, parágrafo único, do novo Código Civil e 96, e os revogados arts. 156 e 198 do Código Comercial.

Note-se que as disposições do art. 1.433, II, são relativas às despesas feitas pelo credor pignoratício com a manutenção da coisa empenhada e são essas, e não o crédito garantido pelo penhor, que conferem o direito de retenção que assegura o privilégio especial. O próprio crédito garantido pelo penhor, como direito real que é, tem classificação superior.

§ 8º Créditos com Privilégio Geral

Estabelecidos no art. 83, V, da NLF, na mesma linha dos créditos com privilégio especial, adotou a definição feita pelo novo Código Civil, atribuindo tal privilégio aos referidos no seu art. 965 e remetendo às leis extravagantes a definição de outros casos.

1) Nesse art. 965 são contemplados:

I - o crédito por despesa de funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida.

Os incisos I, III, IV, V, VI e VII somente podem ser aplicados nos casos de responsabilidade ilimitada, pois somente aí poderá a massa arcar com despesas pessoais, não relativas à atividade comercial. Seria estapafúrdio permitir a lei que fossem pagas com o dinheiro da massa, em uma sociedade por ações, as despesas de funeral de um dos acionistas. Já quando a responsabilidade é ilimitada, todo o patrimônio do comerciante garante a massa e, assim, algo há de ser destacado para seus gastos mais importantes.

2.1 Entre os privilégios gerais previstos em outras leis, há, por exemplo, os dos arts. 707 do novo Código Civil; art. 24 da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil); art. 58, § 1º, da Lei das S.A.; art. 43, III e VII, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Condomínio em Edificações e as Incorporações Imobiliárias).

Aliás, com a mudança de sua legislação específica, os advogados perderam e ganharam, pois o art. 102 da revogada Lei nº 4.215, de 27.04.1963, lhes conferia privilégio especial sobre o produto objeto do seu mandato e a seu novo Estatuto, Lei nº 8.906, de 04.07.1994, apenas confere privilégio geral, mas sobre todo o patrimônio livre da falida.

2.2 Sampaio de Lacerda aqui incluía os créditos decorrentes dos salários e soldadas da equipagem (art. 449, 4, do Código Comercial) (*ob. cit.*, p.198), no que, com toda a vênia, se enganou, pois esses créditos são previstos no art. 470 do Código, que lhes atribui "hipoteca tácita", ou seja, privilégio especial. A discussão, contudo, se tornou acadêmica, diante da prioridade quase absoluta hoje concedida aos créditos decorrentes de relação de trabalho.

§ 9º Créditos Quirografários

Por definição do art. 83, VI, *a*, da NLF, são os créditos não enquadrados nas demais categorias, inclusive o saldo dos créditos não cobertos pelo produto dos bens vinculados ao seu pagamento, como os hipotecários, da ultrapassagem do limite previsto para os trabalhistas, decorrentes de restituição e privilégios especiais, etc., mas não se esgota aqui a classificação dos créditos, porque muitos outros ainda devem vir.

1) Aí, por exemplo, estão os credores pignoratícios que não estiverem na posse do bem gravado (v. § 5º 1), *supra*).

2) Aqui se pode incluir o crédito dos acionistas dissidentes que se retiraram da sociedade e ainda não tiverem sido totalmente reembolsados, obedecendo-se à determinação do art. 45, § 7º, da Lei das S.A., acrescentado pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e as debêntures sem garantia e sem cláusula de subordinação aos credores quirografários (art. 58 da Lei das S.A.).

3) Quando o credor fiduciário, preferindo não exercer seu direito de pedir restituição na forma do art. 7º do Decreto-Lei nº 911, de 01.10.1969, habilitar-se na falência, seu crédito será quirografário. A hipótese pode parecer inusitada, mas não é. Já assistimos, até com perplexidade, à constituição de alienação fiduciária em garantia de bens que, após instalados, jamais poderão ser retirados do local sem sua destruição (ex.: tijolos, altos-fornos industriais, etc.). Nessa hipótese, ao credor fiduciário nem adianta requerer a restituição, pois receberá entulho e/ou sucata, com ínfimo valor econômico. Só lhe restará habilitar-se na falência, como qualquer dos infelizes credores quirografários, o que, de resto, merece, por ter feito tão mau negócio.

4) Igualmente é quirografário o crédito dos trabalhadores autônomos, decorrendo essa conclusão da interpretação *acontrario sensu* do art. 24 da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Se atribui essa lei privilégio geral aos determinados honorários de

autônomos (advogados), conclui-se que, nos demais casos, não existe qualquer privilégio.

5) Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, podendo ser cumpridos pelo administrador.

Na forma do § 2º do art. 117 da NLF, caso interpelado ele manifeste intenção de não cumpri-los ou fique silente, terá o outro contraente direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

6) Muito embora goze o crédito trabalhista de prioridade, se for cedido a terceiro, passa a deter natureza meramente quirografária (art. 83, § 4º, da NLF), o que é incompreensível, pois, visando a prioridade à proteção do trabalhador, a desclassificação decorrente da cessão praticamente a impedirá, pois impossível será ao obreiro encontrar quem queira adquirir um crédito apenas quirografário.

7) Igualmente quirografário é o crédito da sociedade em conta de participação em face da falência do sócio ostensivo (art. 994, § 2º, do novo Código Civil).

§ 10 Multas Contratuais e Penas Pecuniárias por Infração das Leis Penais ou Administrativas, Inclusive as Multas Tributárias

O inciso VII do art. 83 foi incluído no Senado Federal e veio solucionar a classificação das multas e penas, questão que se avizinhava como complicada, por não existir, antes, uma regra clara a respeito, norteando-a a jurisprudência, como acima já visto.

Antes dessa mudança, apenas diante do texto aprovado na Câmara, ao estudar a lei, estávamos classificando-as entre as debêntures com cláusula de subordinação aos credores quirografários e as partes beneficiárias, por razões que já não mais interessam.

O Senado solucionou uma possível fonte de conflito.

§ 11 Créditos Subordinados (Art. 83, VIII, da NLF)

Encerra aí a lei sua relação dos créditos, nomeando os que seguem aos quirografários de subordinados, deixando para o intérprete uma série de problemas a serem resolvidos.

Diz ela serem subordinados a) os assim previstos em lei ou em contrato e b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Fica claro, na alínea *a*, que não foram revogadas as leis extravagantes que tratam da questão, nem a relação de subordinação de um crédito a outro nelas previstos.

Tem-se, então, uma grande classe, que contém subclasses, com preferências entre si, decorrentes da aplicação desses outros diplomas legais.

Seguem essas subclasses.

1) Debêntures com cláusula de subordinação aos credores quirografários

Começam as questões discutíveis quando se sabe que o § 4º do art. 58 da Lei das S.A. permite a emissão de debêntures com cláusula de subordinação aos credores quirografários.

Já havia uma dúvida, com a antiga legislação, acerca das debêntures e das partes beneficiárias, sendo que em 1979 escrevemos:

"Debêntures com cláusula de subordinação aos credores quirografários (art. 58 da Lei das S.A.) - em face do texto defeituoso da Lei das S.A., surge uma dúvida sobre a prioridade entre estas debêntures e as partes beneficiárias. Enquanto o art. 48, § 3º, determina que as partes beneficiárias sejam pagas *após solvido o passível exigível*, no seu art. 58, § 4º, manda que as debêntures prefiram aos *acionistas no ativo remanescente*. Temos de entender que as partes beneficiárias estão contidas na expressão 'acionista' do art. 58, *lato sensu*, por semelhança (desde que consiste na participação nos lucros anuais - art. 46, § 1º, da Lei das S.A.), e que as debêntures integram o passivo exigível, devido à sua característica de empréstimo feito à empresa (v. definição do D. nº 177-A, de 15.09.1893).

Esse raciocínio nos levará à conclusão de que as debêntures subordinadas aos credores quirografários preferem às partes beneficiárias."

Decorrendo as debêntures de um empréstimo de dinheiro feito à falida, receber seus credores primeiro é o que atende à intenção do legislador.

Então, entre os créditos subordinados, o primeiro a ser solvido é o atinente às debêntures com cláusula de subordinação aos credores quirografários.

2) Partes beneficiárias

Depois vêm as Partes beneficiárias, em face das conclusões expostas acima e na forma do art. 48, § 3º, da Lei das S.A., antes dos administradores e dos acionistas propriamente ditos, porque são os titulares desses títulos meros investidores, sem qualquer ingerência na sociedade.

3) Sócios e dos administradores sem vínculo empregatício

Finalmente a eles se chega, posto que estão em igualdade de condições pela lei (art. 83, VIII, *b*).

Não se pode, porém, conceder-lhes igualdade plena, pois pode haver, entre eles, diferenças, com alguns já tendo, inclusive, recebido parte daquilo a que teriam direito.

Há que ser feita nova distinção dentro desse subgrupo.

3.1) Administradores e portadores de ações anteriormente amortizadas pela sociedade e de fruição e gozo

Consoante permitem o art. 44 e seus §§ da Lei das S.A., pode haver ações anteriormente amortizadas pela sociedade, com ou sem emissão de ações de fruição e gozo, e, nesses casos, seus titulares já terão recebido parte do capital que na falida investiram.

Por isto, os administradores e os titulares das ações não amortizadas devem receber valor igual ao já anteriormente pago aos titulares de ações amortizadas, passando todos, a partir daí, a desfrutar da mesma posição perante a falida, com igualdade em seus créditos.

3.2) Saldo final

Somente após essa amortização se dará o rateio do saldo (que, disse antes e repito agora, só por milagre existirá) entre os administradores sem vínculo empregatício, acionistas portadores das ações anteriormente amortizadas, das de fruição ou gozo e das amortizadas na falência (art. 215 da Lei das S.A.). Depois de amortizadas as ações, que não o haviam sido antes da falência, o saldo que houver será rateado *pro rata* entre essas categorias (art. 166 da NLF).