

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONVERSA COM O JUDICIÁRIO  
**UM CÓDIGO CIVIL PARA AS  
GERAÇÕES FUTURAS**

DIREITO DA SAÚDE  
**JORNADA TERMINA COM 47  
ENUNCIADOS APROVADOS**

ANADEP  
**40 ANOS DE TRABALHO,  
POR RIVANA RICARTE**



COORDENADO PELO MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEMINÁRIO DEBATEU  
FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS, CRIMES CIBERNÉTICOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

## VII ENCONTRO DE MAGISTRADOS BRASIL & EUA

# EXTRAONCURSALIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA INTERVENÇÃO EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO DE FALÊNCIA

MAURO HAUSCHILD

Advogado

## Introdução

Quando o mercado se revela incapaz de, livremente, resolver suas contradições internas e corrigir seus desvios pelas mãos nem sempre invisíveis de seus agentes nem sempre racionais, o Estado é chamado a intervir nas instituições privadas. Uma das formas mais diretas de intervenção se dá pelos mecanismos de soerguimento das entidades. O grau de intervenção será tanto mais intenso quanto mais crítico for o setor para o país<sup>1</sup>, e isso se reflete no ordenamento.

Nessa linha, verifica-se progressiva intensidade quando comparados os mecanismos de restabelecimento da viabilidade econômica das empresas em geral e das atuantes em campos submetidos a regimes especiais de tutela.

Esses regimes especiais podem ser justificados pelo caráter estratégico<sup>2</sup> do setor produtivo (caso das empresas estatais<sup>3</sup>), pelo risco sistêmico da natureza do negócio (como o setor bancário<sup>4</sup>) ou pelos impactos sociais da insolvência da entidade (hipótese das entidades de previdência complementar<sup>5</sup>), entre outros<sup>6</sup>.

Apenas as empresas em geral se submetem francamente à lei de recuperação e falência<sup>7</sup>; os setores especialmente protegidos contam com normas específicas. Se no regime geral o Estado pode atuar até mesmo como mero homologador de acordos extrajudiciais<sup>8</sup>, nos regimes especiais pode-se impor ao Estado papel ativo de fiscalização administrativa da regularidade das atividades e contas privadas<sup>9</sup>, bem como atuação direta na direção da entidade em crise.

Até aqui, não há dúvidas<sup>10</sup>. O recorte que se pretende explorar, porém, diz respeito a uma questão: diante de uma situação havida em um regime de soerguimento econômico especial não tutelada pelo ordenamento específico, é cabível a aplicação analógica do regime geral? Nesse passo, particulariza-se a análise sobre um problema destacado: os honorários advocatícios devidos por serviços prestados durante o regime de intervenção extrajudicial em entidades abertas<sup>11</sup> de previdência complementar possuem natureza extraconcursal?

As respostas a essas questões dependerão, como será visto, tanto da singularização dos respectivos institutos e regimes quanto de sua interpretação contrastada e comparativa.

## 1. O soerguimento de entidades empresárias em geral e de previdência complementar: identidade de fins

A análise da norma geral sempre pode se revelar um bom ponto de partida na análise comparativa de institutos especiais similares. Assim, dispõe a Lei nº 11.101/2005<sup>12</sup> que a finalidade da recuperação judicial é permitir a superação da crise da empresa sem comprometimento de sua capacidade produtiva nem prejuízos aos trabalhadores e demais credores, tudo em linha com os princípios da preservação da sociedade empresária e de sua função social, servindo, ainda, de estímulo à atividade econômica<sup>13</sup>. Exige-se do requerente a comprovação da efetiva crise de insolvência da empresa<sup>14</sup>.

A lei geral não trata de forma apartada da recuperação extrajudicial, mas não há dúvidas de que tem os mesmos fins<sup>15</sup>, apenas colocando o Estado no máximo grau de restrição no que diz respeito à intervenção no processo de restabelecimento econômico da empresa.

O regime de restabelecimento econômico das entidades de previdência complementar é tratado na Lei Complementar nº 109/2001<sup>16</sup>. O termo adotado na norma é intervenção extrajudicial. Sua finalidade primordial é proteger os direitos dos beneficiários dos planos de previdência complementar<sup>17</sup>.

Para ser decretada, exige-se a presença de ilegalidades ou, no que aqui importa e de forma sintetizada, insuficiência patrimonial atual ou em perspectiva, como aquela verificada em cálculo atuarial<sup>18</sup>.

Ela é antecedida, no que tange às entidades abertas objeto da presente análise, da nomeação pelo

órgão fiscalizador de diretor-fiscal, a quem compete verificar a viabilidade da entidade e, caso contrário, propor ao órgão de controle a decretação da intervenção na sociedade ou a sua liquidação. Essa etapa preliminar deve ter prazo determinado, mas pode ser renovado a critério do órgão fiscalizador<sup>19</sup>.

Não parece haver dúvidas de que o propósito de ambos os regimes, geral de recuperação judicial e especial de intervenção extrajudicial, é a manutenção das atividades e proteção do patrimônio e dos indivíduos envolvidos com a entidade objeto das respectivas normas. Passemos a avaliar o grau de identidade, ou mais acertadamente, de distinção, entre os procedimentos.

## 2. O soerguimento de entidades empresárias e de previdência complementar: distinção de meios

Partindo-se, novamente, da lei geral de falências, vê-se que o juiz, recebendo o pedido de recuperação judicial, entre outras medidas<sup>20</sup>, nomeará administrador judicial e suspenderá as execuções contra a empresa. A empresa segue, a princípio<sup>21</sup>, com sua administração, competindo ao administrador judicial supervisionar a atividade e o plano de recuperação. Havendo afastamento dos administradores da empresa, haverá a constituição de gestor judicial, que não se confunde com o administrador judicial<sup>22</sup>.

É a empresa devedora, porém, que formula o plano de recuperação, no prazo de 60 dias do início do procedimento<sup>23</sup>. Esse plano (ou um substituto) deve ser aprovado pelos credores, nos termos da lei<sup>24</sup>, sob pena de falência. Compete à pessoa julgadora, observados os respectivos requisitos, conceder a recuperação ou convertê-la em falência<sup>25</sup>. A medida pode durar até 2 anos<sup>26</sup> e o administrador judicial submete-se a controle judicial e do comitê de credores<sup>27</sup>.

No que diz respeito à intervenção extrajudicial das entidades previdenciárias, a normatização é mais abreviada em comparação com as empresas em geral. O legislador parece ter realizado um *trade-off* normativo, ampliando as regras fiscalizatórias preventivas e simplificando o regramento positivado quanto à intervenção.

Quanto ao procedimento, a lei diz, apenas, que a intervenção irá durar "pelo prazo necessário ao exame da situação da entidade e encaminhamento de plano destinado à sua recuperação"<sup>28</sup>.



Foto: Divulgação



A descrição sucinta evoca ainda a natureza administrativa própria da intervenção, submetida ao controle próximo da entidade fiscalizatória<sup>29</sup>. Tanto é assim que ela se encerra com a aprovação do plano de recuperação pelo órgão responsável ou pela liquidação extrajudicial da entidade<sup>30</sup>.

Há algumas outras distinções diante da recuperação judicial ligadas ao procedimento de intervenção extrajudicial que foram positivadas, porém. Notadamente, o interventor tem amplos poderes de gestão<sup>31</sup> e a decretação da intervenção afasta os administradores da entidade em crise<sup>32</sup>.

Verifica-se, portanto, que embora os objetivos sejam essencialmente similares, os procedimentos se alinham às respectivas naturezas das empresas em geral e das entidades abertas de previdência para justificar tratá-las de forma distinta, conforme necessário. Enquanto as distinções dizem respeito, principalmente, às relações procedimentais que envolvem os poderes ligados ao órgão fiscalizador, as identidades se alinham e concentram no campo dos direitos dos credores e dos funcionários da entidade em crise.

Impõe-se agora comparar a liquidação extrajudicial das entidades abertas de previdência complementar e a falência.

### 3. Da liquidação extrajudicial à falência nas entidades submetidas e regimes especiais de crise econômica

Seguindo-se no método adotado nesta análise, a falência é instituto típico da lei geral das empresas em crise. Configura-se como uma espécie de execução coletiva<sup>33</sup> contra a empresa em estado de insolvência irrecuperável, adotada apenas em último caso<sup>34</sup>. Ela pode ocorrer no curso da recuperação judicial<sup>35</sup>, quando inviabilizada, ou diante dos ditos “atos de falência”<sup>36</sup> e implica, de forma derradeira, a liquidação forçada do patrimônio do devedor.

Quanto a seus objetivos, ela visa salvar os ativos, inclusive intangíveis, da empresa insolvente e devolvê-los à circulação econômica, bem como restabelecer com agilidade o agente econômico falido, incentivando o empreendedorismo mesmo diante do fracasso eventual<sup>37</sup>. Afasta-se o devedor de seus bens, destinando-os a quitação do máximo possível de dívidas, conforme prioridades e critérios da lei<sup>38</sup>.

As empresas em geral submetem-se à falência, mas há exceções. Entre outras, não se submetem ao insti-

tuto as empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as entidades **fechadas** de previdência complementar (organizadas obrigatoriamente sob a forma de fundação ou associação).

Algumas entidades submetidas a regimes especiais de crise econômica são passíveis de falir, em condições específicas. Pode ser que a falência somente possa ser requerida pelo liquidante, e não pelos credores, e dependa de autorização do órgão regulador<sup>39</sup>, ou siga critérios próprios da regulamentação do setor<sup>40</sup>.

No que diz respeito ao objeto específico deste estudo, a falência é possível para as entidades **abertas** de previdência complementar por dupla remissão legal expressa. É que se aplica a essas sociedades a legislação relativa a intervenção e liquidação das instituições financeiras<sup>41</sup> e esta, a seu turno, prevê hipóteses de falência<sup>42</sup>. Para as entidades fechadas, como dito, o instituto é expressamente vetado<sup>43</sup>.

Pode-se entender que, em certas circunstâncias, cessa o interesse público justificador da liquidação extrajudicial e o Estado entende por encerrar sua intervenção administrativa, submetendo o que resta da execução coletiva aos meios comuns, com participação mais direta dos credores e maior passividade estatal, na forma do regime geral das empresas.

É fato que, nos regimes especiais, quando admitida a falência, há normalmente uma fase de liquidação extrajudicial. No que nos interessa neste estudo, a liquidação extrajudicial das entidades de previdência complementar aberta deflagra-se quando verificada a inviabilidade de sua recuperação ou o desatendimento das condições mínimas estipuladas pelo órgão regulador<sup>44</sup>.

Não há disposição expressa quanto aos objetivos da liquidação, porém pode-se extrair do procedimento que ele visa, nessa ordem: i) assegurar o pagamento das obrigações **trabalhistas** e tributárias<sup>45</sup>; ii) proteger os participantes, em especial os que já gozem de benefícios<sup>46</sup>; e iii) quitar as dívidas da entidade<sup>47</sup>.

Fica evidente a similitude de objetivos e princípios tanto com a falência quanto com a recuperação judicial das empresas em geral, ressalvada a especial proteção conferida aos participantes do plano de benefícios: agiliza-se o retorno dos ativos viáveis à circulação econômica, com a peculiaridade de resguardar o retorno das reservas individuais a seus titulares, **depois** de quitados os débitos **trabalhistas** e tributários.

Chega-se, assim, à discussão sobre a ordem de preferência dos créditos nas hipóteses de recuperação, falência, intervenção e liquidação extrajudicial. Ou, mais própria e especificamente, à natureza dos débitos contraídos pelas entidades em crise no curso dos processos de restabelecimento ou encerramento forçado das atividades.

### 4. A natureza extraconcursal dos créditos derivados de obrigações assumidas durante a crise: o regime das empresas em geral

Voltando-se ao regime geral da falência, no que tange à prioridade e natureza dos créditos, alteração legislativa recente afastou polêmicas doutrinárias quanto à ordem de preferência entre créditos trabalhistas prioritários<sup>48</sup>, os extraconcursais e as restituições em dinheiro, consolidando o regramento em um único dispositivo<sup>49</sup>.

Portanto, atualmente, os débitos trabalhistas prioritários e os de quitação antecipada necessária à manutenção provisória das atividades da empresa, bem como os valores referentes a bens alheios detidos pelo devedor, são também considerados expressamente extraconcursais, com ordem especificada de preferência dentro dessa categoria. Esses somam-se, assim, aos já antes tratados como extraconcursais, como os decorrentes de contratos firmados no curso das atividades de reerguimento ou de liquidação forçada. Os demais débitos integram o concurso de credores, com a respectiva ordem de pagamento<sup>50</sup>.

No caso da recuperação judicial e da falência, os valores devidos pelas obrigações firmadas no curso da recuperação<sup>51</sup> ou da falência são expressamente considerados extraconcursais<sup>52</sup>. A jurisprudência vinculante do STJ, ademais, equipara os honorários advocatícios a verbas trabalhistas e alimentares, atribuindo-lhes natureza extraconcursal<sup>53</sup>.

A teleologia da lei e de sua interpretação é que quem negocia com o devedor nessas circunstâncias de crise inequívoca submete-se a riscos ampliados com o intuito de, especialmente na fase de possível restabelecimento empresarial, colaborar para a solução da penúria, em favor de terceiros (os credores, notadamente os concursais), devendo ser compensado por isso<sup>54</sup>. Não por outra razão é que as obrigações assumidas no curso da falência preferem às assumidas durante a recuperação judicial, embora ambas sejam

extraconcursais<sup>55</sup>: o risco na fase falimentar é ainda maior que na fase de recuperação.

Assim, há débitos contraídos pela massa falida que a falta de reconhecimento como devidos antes daqueles contraídos pela empresa devedora, implicaria, em última análise, em prejuízo aos próprios credores da empresa<sup>56</sup>. Isso porque, sem a prioridade de recebimento diante do risco ampliado, a sociedade em crise deixará de contar com serviços essenciais para seu restabelecimento ou mesmo, se afinal for inviável a recuperação, para a liquidação de seus ativos nas melhores condições possíveis, de modo a ampliar o universo de dívidas sanadas e credores saciados.

Dito de outro modo, esses sujeitos econômicos “são credores dos credores”; suas obrigações são assumidas pela massa falida, em vez de a comporem<sup>57</sup>. Por isso, sua natureza extraconcursal, como forma de compensação do risco a que se submeteram. Passemos ao regime especial das entidades abertas de previdência complementar.

### 5. O microsistema de reerguimento das entidades em crise: natureza dos créditos por serviços contraídos na intervenção extrajudicial, na recuperação judicial e a falência superveniente

No que tange ao regime especial das entidades abertas de previdência privada, não há norma manifesta sobre a natureza dos créditos devidos pelas obrigações firmadas no curso da intervenção ou da liquidação. Mas disso não decorre, de forma automática, que inexistam créditos sujeitos a ordens de preferência ou, pior, que, sendo tais **regimes especiais parafalimentares** seguidos pelo regime geral falimentar, não se possa delinear sua natureza extraconcursal.

No âmbito do regime especial parafalimentar afeto a entidades de previdência, há, apenas, a previsão de **preferência dos créditos trabalhistas** e tributários inclusive sobre os dos participantes, além de ordem entre créditos destes<sup>58</sup>.

Dado que os honorários advocatícios possuem caráter trabalhista<sup>59</sup>, não parece restar margem de dúvidas sobre a prioridade de sua quitação quando a entidade é submetida à intervenção e à liquidação extrajudiciais, à luz das normas indicadas no parágrafo anterior.

Uma primeira analogia deveria ser logo divisada aqui: dentre tais verbas, as contraídas durante a liqui-

dação prefeririam àquelas decorrentes de serviços prestados na fase de intervenção e estas às demais.

A maior perplexidade, porém, decorre da omissão ou obscuridade normativa quanto à natureza desses créditos quando a entidade é, afinal, submetida ao regime falimentar.

Lendo-se a lei de forma compartimentalizada, poderiam ser colhidas estas hipóteses: i) havendo intervenção, os débitos da entidade previdenciária com honorários advocatícios (mesmo anteriores à medida) preferem os demais, dada sua natureza trabalhista<sup>60</sup>; ii) havendo liquidação, a situação não se altera; iii) se, porém, a crise da entidade alcança a falência, esses créditos perderiam a prioridade e se submeteriam ao concurso, ainda que na condição de verbas trabalhistas<sup>61</sup>.

O ordenamento, porém, repudia contradições lógicas e visa a organicidade, por vezes obtida somente após inevitáveis operações interpretativas<sup>62</sup>. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece<sup>63</sup> que, em havendo lacunas jurídicas ou omissões legais, opera-se a integração de normas em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nessa linha, como bem leciona Francisco Amaral: "A lacuna é a ausência de norma jurídica ao caso concreto"<sup>64</sup>. Isto é, não há lacuna apenas se a norma é genericamente omissa, mas também se falta regra expressa para solucionar o caso especificamente submetido ao juízo, diante de peculiaridades não previstas pelo legislador.

Assim, ante a falta de literalidade na norma que estabeleça a natureza extraconcursal dos créditos constituídos na vigência da intervenção (ou liquidação) extrajudicial, é absolutamente adequada e razoável a interpretação extensiva ou integrativa para incluir esses créditos como extraconcursais na falência, em paralelismo ao tratamento feito aos créditos decorrentes do regime de recuperação judicial<sup>65</sup>.

Percebe-se, portanto, que a finalidade da norma precisa ser alcançada na sua inteireza, sendo descabida a eliminação de direitos divisíveis pela mera carência de previsão literal.

No caso dos honorários advocatícios, não é crível que o legislador quisesse a proteção do prestador de serviços na recuperação judicial das empresas e não a quisesse para o mesmo prestador de serviços que atuou na intervenção extrajudicial de pessoas jurídicas

do sistema regulado. Ou que quisesse proteger as verbas trabalhistas em geral dos contratados para serviços na fase de intervenção e liquidação<sup>66</sup>, mas não de todos eles, excluindo os advogados.

Ademais, o reconhecimento da natureza extraconcursal dos referidos créditos para o regime de intervenção extrajudicial, em paralelo ao regime de recuperação judicial, não significa criar direitos indevidos para prestadores de serviços alheios ou distantes da situação fática de socorro e suporte da entidade em crise patrimonial. Ao contrário, serve para promover a igualdade de direitos a prestadores de serviços em situação similar (senão idêntica) que não podem sofrer tratamento distinto por simples ausência de comando normativo literal.

Essa aproximação é nada menos que necessária. É certo que a norma específica não dispõe de forma expressa sobre essa natureza extraconcursal. Há, contudo, normas positivadas que autorizam a incidência analógica dos institutos do regime geral aos casos regidos pelos processos parafalimentares.

Isso ocorre, como já dito, quando a Lei Complementar nº 109/2001 remete à Lei nº 6.024/1974 quanto à intervenção e à liquidação extrajudiciais. Ocorre que a lei aplicável às instituições financeiras não só prevê a possibilidade de falência desses entes em casos determinados<sup>67</sup>; ela impõe, de forma direta, a aplicação das disposições da Lei de Falências à liquidação extrajudicial, no que couberem e não colidirem<sup>68</sup>.

Essa previsão é reiterada pela própria Lei nº 11.101/2005<sup>69</sup>, bem como repetida na Lei nº 10.190/2001<sup>70</sup>. A vigência atual desta última norma, aliás, reforça de maneira ilustrativa a atecnia dos regimes de soerguimento no país, por ser redundante a partir da edição da Lei nº 109/2001, realizada poucos meses após sua entrada em vigor. Mas o pleonismo normativo deve, no mínimo, sugerir ao intérprete haver certa clareza na intenção do legislador e na orientação do ordenamento.

Desse modo, não condiz haver dúvida de que os créditos decorrentes de serviços prestados às entidades abertas de previdência complementar, que nas fases parafalimentares possuem prioridade ante os demais por seu caráter trabalhista — o que inclui os honorários advocatícios contratuais — seriam indevidamente prejudicados pela simples perda dessa condição privilegiada quando alcançada a fase falimentar.

Como já se viu<sup>71</sup>, as normas falimentares são historicamente fragmentárias, atécnicas e algo desconectadas da dinamicidade do mundo real. Essa condição é outro sinal ao intérprete de que soluções simples nem sempre estarão à disposição.

Por outro lado, há um conjunto normativo sólido que aponta para a existência de um verdadeiro microsistema de superação de crises econômico-financeiras das entidades privadas. Esse é um outro indicativo relevante ao intérprete, no caso, das possibilidades de integração entre as normas.

Nessa toada, no que diz respeito aos regimes de superação de crise econômico-patrimonial, cada conjunto de entes, dentro de suas respectivas particularidades, seguem procedimentos adequados e peculiares ao ramo de atividade. Mas a existência dos regimes distintos não autoriza concluir pela estanqueidade das normas, principalmente quando elas expressamente reportam-se mutuamente umas às outras e, ainda mais especialmente, quando tutelam diretamente direitos trabalhistas. As deficiências do legislador devem ser corrigidas pela função interpretativa, não reforçadas por ela.

### Conclusão

No que diz respeito aos regimes de soerguimento de pessoas jurídicas privadas, o ordenamento brasileiro aponta para a existência de um efetivo microsistema de superação de crises econômico-patrimoniais. As proximidades entre os diferentes regimes especiais parafalimentares são mais evidentes, mas não se restringem a eles. Há normas próprias do regime falimentar geral aplicáveis, inclusive por remissão legislativa expressa, aos procedimentos especiais.

Esse microsistema é historicamente atécnico e descompassado diante das situações fáticas efetivamente vivenciadas pelos agentes econômicos. Essa condição exige do intérprete uma leitura menos textual e mais sistêmica, de modo a suprir as deficiências legislativas, notadamente diante tanto das imbricações normativas quanto de suas omissões, sob pena de reforçar contradições lógicas e suprimir direitos.

Há uma série de leis do microsistema de empresas em crise que autorizam a incidência de institutos do regime geral às entidades submetidas a regimes especiais, especificamente quando não colidirem e conforme cabíveis. Essa necessidade é reforçada quando

a omissão diz respeito a direitos de trabalhadores que assumiram riscos ampliados ao prestarem serviços às empresas durante as etapas de crise econômica dos empregadores.

Nessa linha, as finalidades dos procedimentos geral de recuperação judicial e especial de intervenção extrajudicial são similares a ponto de autorizar a aproximação analógica entre eles no que diz respeito à natureza dos créditos por contratos assumidos pela entidade em recuperação, por ocasião da falência superveniente.

A proteção das verbas de caráter trabalhista e alimentar desses prestadores de serviço, que atuam na defesa dos interesses dos demais credores, deve ser intensificada, sob pena de prejudicar tanto o interesse privado da entidade quanto o público.

Nesse segundo aspecto, sem proteção a sua remuneração, é de se supor que profissionais capacitados terão incentivos econômicos negativos para tomar parte nos esforços das entidades em crise, prejudicando de forma sistêmica todos que eventualmente se encontrem em tal situação, além dos próprios credores e da sociedade em geral.

Se os créditos devidos aos profissionais, ante seu caráter trabalhista, são merecedores de tutela especial nas fases de intervenção e liquidação extrajudiciais, é ilógico que percam esse privilégio quando a entidade em crise é submetida a falência superveniente.

Desse modo, a equiparação analógica das verbas de caráter trabalhista por serviços assumidos pela entidade em crise durante os procedimentos especiais de intervenção e liquidação extrajudiciais com aqueles assumidos no regime geral de recuperação judicial, por ocasião da falência, é a solução que mais corresponde à organicidade do ordenamento, diante da convergência de fins das normas materiais desses procedimentos.

Essa identidade se manifesta, principalmente, na proteção do patrimônio da entidade, em sua viabilização econômica, no máximo atendimento dos credores e na especial tutela daqueles que assumem o grave risco de negociar com o ente em crise declarada, bem como do interesse público na minimização dos prejuízos e na maximização do proveito econômico dos ativos.

São, portanto, extraconcursais os honorários advocatícios contratuais devidos pela entidade em crise por serviços prestados a ela, em sua defesa e de seu patrimônio, durante os procedimentos administrativos dos regimes especiais de reerguimento econômico-patrimonial. 