

Atualidades

OS EMPRESÁRIOS DO SETOR AÉREO E OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO DE AERONAVES NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA (LEI 11.101/2005, ART. 199)*

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

1. Introdução. 2. A crise econômica dos empresários exploradores de serviços aéreos e de infra-estrutura aérea: 2.1 Processos de recuperação de empresas (e concordata) – 2.2 Falência – 2.3 Intervenção extrajudicial – 2.4 Liquidação extrajudicial e falência de iniciativa do Poder Público – 2.5 Síntese sobre os processos concursais e procedimentos extrajudiciais. 3. Os contratos de arrendamento e locação de aeronaves nos processos de recuperação de empresas: 3.1 Regime original da Lei de Recuperação de Empresas e Falência – 3.2. Regime atual da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 4. Conclusões.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar os principais impactos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência/LRF, a Lei 11.101, de 9.2.2005, sobre as empresas exploradoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e sobre os contratos de arrendamento (locação, arrendamento mercantil e qualquer outra forma de arrendamento) de aeronaves e suas partes. O que se pretende – através da análise dos processos concursais e paraconcursais aos quais se submetem os empresários do setor aéreo (item 2) e do estudo do regime jurídico dos contratos de arrendamento de aeronaves (item 3) – é, em suma, verificar se, realmente, o legislador avançou consideravelmente na regulamentação da crise das empresas aéreas, dando-lhes condições mais justas e factíveis de reerguimento, ou,

ao contrário, se persiste em nosso Direito a visão curta e restritiva introduzida pelo Decreto-lei 669, de 3.7.1969, e repetida no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565, de 19.12.1986).

2. A crise econômica dos empresários exploradores de serviços aéreos e de infra-estrutura aérea

O mercado aéreo nacional, ninguém duvida, apresenta excepcional potencial de crescimento, seja no segmento de transporte de passageiros como no de transporte de cargas. Na prática, porém, o crescimento efetivo sempre fica longe das margens potenciais, notadamente porque se trata de setor da atividade econômica fortemente influenciado por elementos vários, tais como política tarifária, carga tributária, encargos trabalhistas, investimentos públicos, preço do combustível, variação cambial, apreensão gerada no consumidor por conta de ataques terroristas e conflitos armados etc. – para, aqui, ficar com apenas

* O presente estudo foi preparado em dezembro/2006 para integrar obra coletiva sobre direito aeronáutico.

alguns exemplos. Bem por isso, não só em nosso País, mas também em Países de economia exuberante, as crises têm apanhado fortemente as empresas aéreas. Entre nós são conhecidos os casos da *Panair*, *Cruzeiro*, *Transbrasil*, *VASP* e *VARIG*. Mundialmente, é possível citar as crises da *Continental*, *American Airlines*, *Aerolineas Argentinas*, *TAP* e *Swissair*, dentre tantas outras empresas, algumas das quais conseguiram superar suas dificuldades, e outras tantas sucumbiram ou foram adquiridas por concorrentes.

Conquanto o setor aéreo brasileiro possa estar mais vulnerável ao impacto de alguns dos fatores citados, suas crises, assim, não são exclusividade nacional, mas uma constante mundial.¹ Contudo, o que realmente singulariza o Brasil nesta área é o modo de se lidar com o problema, isto é, são os instrumentos de que dispõem os empresários para superar suas dificuldades operacionais e financeiras. É que, num ambiente econômico de parcos investimentos públicos e de altas taxas de juros, as alternativas de refinanciamento estatal ou bancário nem sempre são factíveis ou suficientes. Teoricamente, portanto, restaria ainda a via dos processos concursais, mas também neste ponto o panorama nacional é algo desolador, pois até o advento da atual lei concursal brasileira prevaleceu uma concepção legislativa refratária às soluções concursais, não obstante seu largo emprego em vários outros Países. O que se pretende analisar, doravante, é se essa visão, que no passado predominou, continua a prevalecer, ou não, em nosso sistema jurídico.

1. Sobre o tema, Eduardo Teixeira Farah registra que, mundo afora, as empresas aéreas estavam em crise antes mesmo do atentado de 2001, e a sensibilidade acentuada do setor explica-se pelo *modus operandi* das companhias aéreas, com alta alavancagem financeira e pequena margem de lucro (*"Leasing" de Aeronaves Civis no Direito Brasileiro: Aspectos Jurídicos Relevantes*, Roi de Janeiro, Forense, 2007, pp. 118-128).

Nesta linha, procurar-se-á, doravante, fornecer um panorama atual dos vários processos concursais e paraconcursais aos quais estão sujeitos os empresários atuantes no setor aéreo, colocando em destaque o regime pretérito e aquele inaugurado com o advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101, de 9.2.2005), sempre destacando as principais controvérsias presentes na interpretação da atual lei.

2.1 Processos de recuperação de empresas (e concordata)

Sob a esquelética justificativa de que "a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do vôo", o Decreto-lei 669, de 3.7.1969, pela primeira vez em nosso sistema jurídico excluiu do benefício da concordata as empresas exploradoras de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica.² Depois

2. O art. 1º do Decreto-lei 669, de 3.7.1969, dispunha: "Art. 1º. Não podem impetrar concordata as empresas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objeto, exclusivamente ou não, a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica". Para tentar legitimar a edição dessa regra, três foram as considerações inseridas no corpo do decreto-lei, a saber: (i) "a navegação aérea só pode ter eficiência, isto é, segurança, regularidade e precisão, se a empresa que a explora estiver em condições econômico-financeiras que permitam, em termos de planejamento, execução, manutenção, supervisão e controle, a perfeita sustentação de serviços através de uma sólida estrutura, capaz de plena atividade"; (ii) "se a empresa de navegação aérea entra em falência, concordata ou liquidação, sua estrutura técnico-econômico-financeira não tem mais condições adequadas e necessárias a merecer a confiança de proporcionar serviços regulares, eficientes e, sobretudo, dotados da imprescindível segurança, que compete ao Governo fiscalizar e garantir"; e, por fim, (iii) "a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é

dele, a mesma orientação foi repetida no Código Brasileiro de Aeronáutica/CBA, a Lei 7.565, de 19.12.1986, que, em seu art. 187, dispunha: “Art. 187. Não podem impletar concordata as empresas aéreas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”.³⁻⁴

de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do voo”.

3. Neste art. 187 do CBA e, antes dele, no art. 1º do Decreto-lei 669/1969 o legislador pátrio fez referência, de maneira pouco técnica, às “empresas (...) que tenham por objeto a exploração de serviços aéreos” e “empresas (...) que tenham por objeto a exploração de serviços de infra-estrutura aeronáutica”. Na realidade, a exploração dos serviços aéreos e a exploração dos serviços de infra-estrutura aeronáutica constituíam – e ainda hoje constituem – atividades (empresas) às quais podem se dedicar os empresários; são objeto de uma atividade empresarial. Ou seja, “empresa”, em seu perfil funcional e estrito, é a própria atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado (CC, art. 966), e o titular da empresa, a pessoa que a explora e a quem a atividade é juridicamente imputada, é o empresário. Portanto, nas citadas regras o legislador pátrio negou o benefício da concordata aos empresários que se dedicavam à exploração dos serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica, e não às empresas, como a literalidade dos preceitos acenava. Sobre a necessária distinção a ser feita entre *empresa* (atividade), *empresário* (sujeito de direito) e *estabelecimento* (objeto de direito), consulte-se, além do conhecido estudo de Alberto Asquini (“Perfis da empresa”, trad. de Fábio Konder Comparato, *RDM* 104/109-126, São Paulo, Malheiros Editores), também a precisa síntese conceitual exposta por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “Empresa, empresário e estabelecimento: a nova disciplina das sociedades”, *Revista do Advogado* 71/15-25, São Paulo, AASP).

4. As definições de “infra-estrutura aeronáutica” e “serviços aéreos” são dadas pelo próprio CBA, nos arts. 25 e 174, respectivamente. Cumpre observar que os serviços aéreos se subdividem em “serviços aéreos privados” (arts. 177-179) e “serviços aéreos públicos” (arts. 160-221), sendo certo que a exploração dos serviços públicos de transporte aéreo regular depende sempre de prévia concessão administrativa; e a exploração dos serviços de transporte aéreo não-regular e a de serviços especializados requerem autorização administrativa (arts. 180-

O afastamento destes empresários (comerciantes, pelo regime então vigente) do benefício da concordata era criticável e, sem dúvida, contestável.⁵ Criticável porque, ao mesmo tempo em que taxativamente lhes recusou o benefício da concordata, o legislador não concedeu um instrumento alternativo e eficaz de socorro para suas respectivas crises econômico-financeiras. Contestável era, ainda, essa diretriz restritiva na medida em que a sujeição das empresas aéreas ao regime geral concursal em vários outros Países não se revelou perniciososa à regularidade ou mesmo à segurança dos serviços, notadamente porque, bem

183). Esses conceitos são relevantes, pois a intervenção do Poder Executivo só tem cabimento nas empresas concessionárias ou autorizadas (art. 188), e não nas demais. Ainda assim, o benefício da concordata foi negado não só às concessionárias ou autorizadas, mas a quaisquer empresários exploradores de serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica – o que significa dizer que o legislador negou a concordata a um universo subjetivo muito mais extenso que aquele potencialmente coberto pela intervenção. Não havia, pois, uma perfeita identidade entre os sujeitos excluídos da concordata e aqueles sujeitos a intervenção e liquidação extrajudiciais.

5. Fábio Konder Comparato anteviu nessa restrição à utilização da concordata uma clara manifestação do dualismo pendular do direito falimentar brasileiro, desta feita para a proteção dos interesses dos credores, em detrimento do devedor e com total alheamento da figura da empresa. E, com razão, dirigiu crítica mordaz: “Exemplo sugestivo do desfavor atual do instituto da concordata é o recente Decreto-lei 669, de 3.7.1969, que suprimiu-a para ‘as empresas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objetivo, exclusivamente ou não, a exploração dos serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica’, sob a excelente justificativa de que ‘a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança de voo’. Como se percebe, a concepção que o legislador atual faz da concordata não é das mais largas (...). Mas qual é, então, o remédio jurídico aplicável à insolvência desses comerciantes? O remédio é simplesmente ... não ficar insolvente – o que talvez ainda acabe sendo editado por decreto-lei” (Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970, n. 37, pp. 100-101).

vista a questão, o receio e o risco de que as manutenções das aeronaves não estejam sendo realizadas adequadamente existem pelo só estado de crise da empresa, independentemente da submissão do empresário a regime concursal, ordinário ou não. Inclusive, sob tal ótica, talvez tivesse sido preferível e, de certo, teria sido mais muito honesto permitir que todos ficassem sabendo do estado de crise de determinada companhia aérea (e pudessem, assim, exigir das autoridades o fiel cumprimento de suas atribuições) que escamotear a realidade e sujeitar os consumidores incautos aos perigos e percalços da utilização dos serviços de companhias aéreas insolventes.

Presentemente, porém, com o advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falência/LRF – Lei 11.101, de 9.2.2005 –, o quadro legal alterou-se de maneira significativa. Realmente, pela letra do art. 199, *caput*, da LRF, os empresários exploradores de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica passam a ter o direito de pleitear recuperação, judicial ou extrajudicial. Desfrutam dos bônus e ficam sujeitos aos ônus comuns aos empresários em geral, sem exceções. Trata-se de sensível opção de política legislativa que traz, como lógica contrapartida, a assunção de responsabilidades pelos órgãos governamentais, aos quais caberá o poder-dever de fiscalizar, de perto e com redobrada cautela, os aludidos empresários em regime concursal, sem descurar de seus deveres e sem ignorar os riscos próprios da atividade de navegação aérea. Resta saber como o usuário irá reagir à sujeição de empresa aérea a procedimento concursal, especificamente se ainda assim continuará a utilizar seus serviços com a mesma intensidade, ou se o receio de que a manutenção não esteja sendo feita a contento irá levá-lo a se valer dos serviços de concorrente.

Como quer que seja, ao menos do ponto de vista teórico, a atual lei concursal brasileira assegura àqueles empresários que se dediquem à exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-

estrutura aeronáutica a faculdade de requerer recuperação judicial ou extrajudicial. Em termos práticos, porém, as modificações não foram tão expressivas, pois, como adiante se verá, ao mesmo tempo em que concedeu aos empresários do setor aéreo a possibilidade de se valerem dos processos de recuperação de empresas, o legislador pátrio criou na LRF regras especiais que excepcionam os contratos de arrendamento mercantil e locação de aeronaves e suas partes dos efeitos do concurso, com o quê eliminou ou restringiu consideravelmente a eficácia desses processos.

2.2 Falência

No regime anterior à Lei 11.101/2005 era assaz controvertida a questão de saber se os empresários exploradores de serviços aéreos, sujeitos a intervenção e liquidação extrajudicial nos termos da legislação especial, poderiam ter sua falência requerida diretamente por credor⁶ nas situações previstas na antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661/1945), ou, pelo contrário, se a quebra apenas poderia vir a ser decretada a pedido do interventor ou do Poder Público na hipótese prevista no art. 188, § 2º, II, do CBA.⁷ Os defensores da legitimação ativa

6. Neste sentido (pela admissibilidade do pedido de falência de empresa aérea formulado por credor): TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, ACi 232.140-4/0, rel. Des. Antônio Vilenilson, j. 16.4.2002, m.v.; TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, ED 232.140-4/603, rel. Des. Evaldo Veríssimo, j. 16.9.2003, v.u.; TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 316.571-4/9-00, rel. Des. Magno Araújo, j. 27.11.2003, v.u.; TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 333.169-4/9-00, rel. Des. Magno Araújo, j. 20.5.2004, v.u., *JTJ* 285/100; e TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 338.032-4/0-00, rel. Des. Percival Nogueira, j. 29.4.2004, v.u..

7. Neste sentido (pela inadmissibilidade do pedido de falência de empresa aérea formulado por credor): TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 386.336-4/4-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 30.11.2005, v.u., *JTJ* 300/95; TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 387.586-4/1-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 30.11.2005, v.u.; TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 422.885-4/0-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j.

exclusiva do liquidante ou do interventor (e que, portanto, negavam a possibilidade de ser apresentado pedido de quebra amparado nas regras do Decreto-lei 7.661/1945) e sustentavam, em síntese, que: (i) em que pese ao emprego do verbo “poder” nas *verba legis* do art. 188 do CBA, o legislador, aí, não teria instituído qualquer faculdade, mas, sim, e de conformidade com os princípios regentes da atividade administrativa, teria previsto efetivo poder-dever, a impor ao Poder Público a obrigação de intervir nas empresas aéreas, desde que presentes os pressupostos legais legitimadores da medida; não haveria discricionariedade administrativa, mas poder-dever vinculado;⁸ (ii) a submissão das concessionárias e autorizatárias de serviços públicos de navegação aérea a procedimentos de intervenção e liquidação do CBA já por si geraria, como lógica consequência, seu afastamento do regime concursal geral, porquanto de outro

29.3.2006, v.u.; TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 430.963-4/0-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 9.8.2006, v.u.

8. “Falência requerida – Empresa aérea – Impontualidade – Processo extinto sem julgamento de mérito (...) – Interpretação do art. 188 do CBA, que, ao prever que o Poder Executivo poderá intervir nas empresas aéreas em crise financeira, não estabelece uma faculdade, mas, sim, poder-dever, ato vinculado e não discricionário – Regime especial das empresas aéreas, que só poderão ter contra si pedido de falência após a intervenção administrativa do Poder Público, se caracterizadas as hipóteses legais, albergadas *numerus clausus* – Extinção do processo mantida” (TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 386.336-4/4-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 30.11.2005, v.u., *JTJ* 300/95).

“Pedido de falência (Decreto-lei n. 7.661/1945, art. 2º, I) – Empresa concessionária de transporte aéreo – Pedido formulado por credor – Inadmissibilidade – Falência que somente pode ser pedida por interventor (Lei n. 7.565/1986, art. 188) – Extinção do processo mantida – Prejuízo das demais matérias alegadas – Recurso não provido” (TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 422.885-4/0-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 29.3.2006, v.u.).

No mesmo sentido, ainda: TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 387.586-4/1-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 30.11.2005, v.u.; e TJSP, Câmara Especial Fal. e Rec., ACi 430.963-4/0-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 9.8.2006, v.u.

modo não se explicaria a razão da própria criação dos regimes extrajudiciais; vale dizer: a partir do momento em que o legislador criou regimes extrajudiciais para as empresas aéreas em crise, tê-las-ia, *ipso facto*, afastado da Lei Falimentar geral, visto que de outra forma se estaria violando o próprio interesse público que norteou a criação dos regimes extrajudiciais; (iii) o afastamento de certos empresários do regime concursal geral, sob essa perspectiva, não pressuporia a existência de regra expressa que os declarasse imunes a requerimento direto de falência formulado por credor, sendo certo que, em termos práticos, esse afastamento foi, inclusive, construído e aceito pelos tribunais noutras situações, justamente a partir da constatação de que, se certas pessoas estão sujeitas a processos paraconcursais específicos, não poderiam ficar simultaneamente sujeitas à quebra por iniciativa de credores; e, de resto, (iv) seria não apenas gravemente ilógico, mas inclusive de duvidosa constitucionalidade, negar-se a certa categoria de empresários a concordata e, ao mesmo tempo, mantê-los sujeitos ao regime falimentar geral. No entanto, contrariamente a essa visão – e, portanto, em prol da legitimação ativa dos credores e da possibilidade jurídica do pedido de quebra de empresas aéreas em geral –, objetou-se que: (a) no art. 188 do CBA o legislador pátrio teria apenas previsto a faculdade (e não o dever) do Poder Público de intervir e, se o caso, liquidar as concessionárias e autorizatárias de serviços públicos aéreos,⁹ de sorte que, à vista da não-cogência dessas medidas, delas não se poderia extrair óbice à atuação direta dos

9. No art. 188 do CBA diz-se que “o Poder Executivo poderá intervir (...)”. Diversamente, porém, nos arts. 2º e 15 da Lei 6.024/1974 (que trata da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras) o legislador foi imperativo: “far-se-á a intervenção”, “decretar-se-á a liquidação”. Também em tom imperativo são os comandos da legislação sobre seguradoras (Decreto-lei 73/1966, art. 96) e operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei 9.656/1998, art. 23, § 1º).

credores;¹⁰ (b) no art. 187 do CBA, por sua vez, o legislador teria apenas excluído a possibilidade de os empresários exploradores de serviços aéreos de qualquer natureza e de infra-estrutura aeronáutica requererem concordata, mas não os declarou, em momento algum, imunes à quebra pedida por credor ou às prescrições do Decreto-lei 7.661/1945 (a antiga Lei de Falências), cumprindo observar que o proibir a lei impetire certa pessoa concordata não significa esteja ela livre de falência;¹¹ e, por fim, (c) não se poderia divisar na inter-

venção e na liquidação extrajudiciais, previstas no art. 188 do CBA, real impedimento ao pedido de falência de iniciativa dos credores, pois, de um lado, a intervenção do Poder Público teria em mira primordialmente a prestação de serviço público, e não propriamente o empresário em dificuldade financeira, e, de outro lado, a intervenção e a liquidação só se aplicariam a um universo restrito de empresários do setor aéreo (as concessionárias e as autorizadas de serviços públicos), sem abranger outros tantos empresários aos quais o legislador, mesmo assim, negou o benefício da concordata, de sorte que ao menos quanto a esses outros empresários não se poderia justificar a exclusão da falência por iniciativa dos credores num suposto efeito preclusivo gerado pela previsão legislativa da intervenção e da liquidação extrajudiciais (precisamente porque, repita-se, a medida não se aplica a todos os empresários do setor aéreo aos quais o legislador negou a concordata).¹²

No regime da Lei 11.101/2005 essa questão não foi abertamente regulada pelo legislador pátrio. De modo expresso, a LRF, em seu art. 199, *caput*, cingiu-se a dispor que os empresários do setor aéreo estariam doravante legitimados a se valer dos processos de recuperação judicial e extrajudicial, mas não dispôs o legislador, em

as entidades de previdência privada, com as cooperativas, é que não estão sujeitos à falência”.

12. Tanto o art. 187 como o art. 188 do CBA encontram-se dentro da Seção III – “Da Intervenção, Liquidação e Falência de Empresa Concessionária de Serviço Público” – do Capítulo III – “Serviços Aéreos Públicos” – do BA. No entanto, no art. 187, excludente do benefício da concordata, foi feita referência genérica às “empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”; no art. 188, porém, há alusão somente às “empresas concessionárias ou autorizadas”. Sendo assim, a não ser que se quisesse antever na alocação topográfica do art. 187 do CBA um argumento para sustentar sua aplicabilidade apenas às concessionárias e autorizadas de serviços públicos aéreos, fato é que o alcance subjetivo das normas parecia diverso.

10. “Ação falimentar julgada extinta sem apreciação do mérito, por ilegitimidade de parte, por ser a ré empresa de transporte aéreo – Descabimento – Inteligência do art. 188 do CBA – Hipótese em que a intervenção do Poder Executivo é facultativa e não obrigatória – Possibilidade de requerimento de falência de companhias aéreas – Precedente deste egrégio Tribunal de Justiça – Recurso provido” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 316.571-4/9-00, rel. Des. Magno Araújo, j. 27.11.2003, v.u.).

“Pedido de falência – Extinção sem exame de mérito, por ser a ré empresa de transporte aéreo – Descabimento – Intervenção do Poder Executivo é facultativa e não obrigatória – Inteligência do art. 188 do CBA – Precedentes, inclusive, da Câmara – Sentença reformada – Apelo provido” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 338.032-4/0-00, rel. Des. Percival Nogueira, j. 29.4.2004, v.u.). Onde se lê: “O fato de ser a apelada empresa concessionária de transportes aéreos não impede que ela se sujeite ao pedido de falência, porquanto a legislação especial invocada (Código Brasileiro de Aeronáutica) apenas faculta a intervenção do Poder Executivo, não tendo o condão de fazê-la obrigatória. Tal entendimento advém da redação do art. 188 daquele diploma legal, que logo em seu início reza que: ‘O Poder Executivo poderá intervir nas empresas concessionárias ou autorizadas (...)’”. No mesmo sentido (a intervenção administrativa seria facultativa): TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, ED 232.140-4/603, rel. Des. Evaldo Veríssimo, j. 16.9.2003, v.u.; e TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, ACi 333.169-4/9-00, rel. Des. Magno Araújo, j. 20.5.2004, v.u., *JTJ* 285/100.

11. “As companhias de viação aérea estão sujeitas à falência” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, ACi 232.140-4/0, rel. Des. Antônio Vilenilson, j. 16.4.2002, m.v.). Onde se lê: “O proibir a lei impetire certa pessoa jurídica concordata não significa esteja ela livre de falência. Só os comerciantes e as sociedades que a lei declara expressamente excluídos, como sucede com as companhias seguradoras, com

momento algum, sobre o requerimento de falência. Surge, assim, a dúvida em saber se os empresários exploradores de serviços públicos aéreos poderiam ter sua falência decretada, e sob quais condições isso se poderia dar. É dizer: se, à luz da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, apenas o interventor e o liquidante administrativo estariam legitimados a requerer a falência, tal como parcela da doutrina e da jurisprudência defendia em face do regime pretérito, ou, ao revés, se agora seria viável também aos credores requerê-la nas situações previstas no art. 94 da LRF.

A nosso ver, presentemente, a viabilidade do requerimento de falência de iniciativa direta dos credores exsurge como lógico desdobramento da própria submissão destes empresários do setor aéreo ao regime concursal geral. *Primo* porque, se o legislador deu a ditos empresários a possibilidade de pleitearem sua recuperação, extrajudicial ou judicial, *ipso facto*, sujeitou-os ao pedido de falência dos credores. Pois quem tem os bônus deve também sofrer os correlatos ônus. E nem seria razoável, de outro modo, imaginar que o empresário do setor aéreo pudesse requerer a recuperação judicial da empresa mas, em caso de rejeição do plano proposto aos credores, ou na hipótese de descumprimento das condições assumidas, não pudesse o juiz decretar sua falência (LRF, arts. 56, § 4º, 73, I-IV, e 94, III, “g”). *Secundo* porque, se os credores têm legitimidade para deliberar sobre a concessão de recuperação pedida pelo empresário do setor aéreo (LRF, art. 42), também haverão de tê-la para requerer a quebra do seu devedor, dentro desse procedimento (LRF, art. 73, I) ou fora dele (LRF, art. 94). *Tertio* porque os empresários exploradores de serviços aéreos de qualquer natureza e de infra-estrutura aeronáutica simplesmente não foram inscritos no rol taxativo dos empresários aos quais não se aplica diretamente a lei concursal (LRF, art. 2º); ao revés, os exploradores de serviços aéreos são empresários (CC, art. 966) e, por isso, estão sujei-

tos à disciplina concursal geral da atividade econômica (LRF, art. 1º).¹³ Assim, na vigência da Lei 11.101/2005 reputamos viável o pedido direto de quebra formulado por credor de companhia aérea.¹⁴

Assentada a possibilidade de o empresário do setor aéreo ter sua falência decretada a pedido de credor, coloca-se, na sequência, o problema de saber se na vigência da Lei de Recuperação de Empresas e Falência ainda seria possível o pedido de falência calcado no art. 188, § 2º, do CBA; isto é, se ainda hoje seria viável o pedido de falência formulado por interventor ou liquidante na hipótese especial prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica. Antes de enfrentar este delicado problema, porém, faz-se necessária a prévia averiguação de outra questão: é mister verificar se o Poder Executivo continuaria ainda legitimado a decretar a intervenção e a liquidação de concessionárias ou autorizatárias de serviços públicos aéreos. É o que faremos nos itens seguintes, para, posteriormente, volver à questão do pedido de falência escorado no art. 188, § 2º, do CBA.

2.3 Intervenção extrajudicial

De conformidade com o Código Brasileiro de Aeronáutica, a intervenção extrajudicial nas empresas concessionárias ou autorizatárias de serviços aéreos tem lugar nos casos em que sua situação operacional,

13. De igual forma, Sérgio Campinho afirma que “aquelas sociedades que têm por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica encontram-se sob a disciplina da Lei 11.101/2005, por serem sociedades empresárias e não estarem expressamente excluídas de sua aplicação” (*Falência e Recuperação de Empresa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, n. 20, p. 29).

14. Conquanto não expressa em relação à legitimação direta do credor, esta parece ser também a posição de José da Silva Pacheco (*Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. XXXVIII) e Eduardo Teixeira Farah (“*Leasing*” de *Aeronaves Civis no Direito Brasileiro*: aspectos jurídicos relevantes, cit., pp. 126 e 132).

financeira ou econômica ameaçar a continuidade dos serviços, a eficiência ou a segurança do transporte aéreo (CBA, art. 188, *caput*). Declaradamente, a intervenção extrajudicial tem por objetivo o restabelecimento da normalidade dos serviços, e vigora pelo prazo a tanto necessário (CBA, art. 188, § 1º) – o qual, em todo caso, não poderá exceder a dois anos (CBA, art. 320).

Essa possibilidade de o Poder Público intervir nas empresas aéreas para restabelecer a normalidade dos serviços, a nosso ver, continua a existir mesmo após o advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, essencialmente porque a medida interventiva não conflita com as regras ou os princípios da atual lei concursal geral brasileira. Em sentido contrário a dita conclusão, poder-se-ia objetar que, se a Lei de Recuperação de Empresas e Falência submeteu os empresários do setor aéreo ao regime concursal geral, não haveria mais razão para subordiná-los a procedimento paraconcursal que só se justificaria porque no passado, com pouca ou nenhuma razão, o legislador pátrio recusou a ditos empresários os benefícios da concordata. Contudo, contra semelhante objeção deve-se contra-argumentar, de forma incisiva, que os empresários exploradores de serviços de transporte aéreo regular e os exploradores de serviços de transporte aéreo não-regular ou de serviços especializados são prestadores de serviços públicos e, como tais, estão sujeitos à intervenção do poder concedente. E esta intervenção, verdadeira intervenção *rationae muneris*, em nada é incompatível ou excludente do regime concursal geral; do contrário ter-se-ia, então, que forçosamente concluir, de forma harmonicamente absurda, que nenhum concessionário de serviço público, e não somente os que vêm referidos no art. 188 do CBA, poderia ter sua falência decretada a pedido de credor, porquanto também os outros concessionários de serviços públicos estão sujeitos à intervenção do poder concedente (*não* nos termos do art. 188 do

CBA, a toda evidência, mas, *sim*), de conformidade com os arts. 32 a 34 da Lei 8.987, de 13.2.1995 (a vigente Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) – o que, sob todas as luzes, seria um rematado despautério.¹⁵ Além disso, insta advertir que a intervenção do poder concedente, tanto pelo Código Brasileiro de Aeronáutica como de conformidade com os preceitos gerais da Lei de Concessões, não é propriamente a intervenção do poder concedente na concessionária, mas uma intervenção na prestação dos serviços públicos, visando à sua normalização e à sua continuidade; tanto assim que não abrange atividades outras porventura exploradas pelo empresário ou bens não-afetados ao exercício da concessão (inferências, essas, aplicáveis tanto às concessões em geral¹⁶

15. A Lei de Recuperação de Empresas e Falência dispõe que “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão na forma da lei” (art. 195); e, *a contrario sensu*, a conclusão óbvia é a de que elas não estão imunes à falência, notadamente porque não foram arredadas da sua incidência direta (LRF, arts. 1º e 2º). Quanto à legitimação ativa, a análise sistemática da Lei 8.987/1995 deixa claro, notadamente ao tratar da assunção dos bens reversíveis pelo poder concedente, que a falência não pressupõe o prévio decreto de intervenção e pode resultar de pedidos feitos por terceiros, que não o próprio concedente.

16. Referindo-se ao regime jurídico das concessões de serviços públicos em geral, Marçal Justen Filho traça, com precisão, os limites da intervenção do poder concedente: “A intervenção autoriza o poder concedente a assumir a administração dos bens relacionados com a prestação do serviço público. Se, eventualmente, o concessionário for titular de empreendimentos outros, não poderão ser eles atingidos pela intervenção. Essa interpretação deriva dos fundamentos constitucionais do instituto e decorre de sua natureza instrumental. Como que a ratificar essa orientação, o art. 32 da Lei 8.987 determina que a intervenção versa sobre a ‘concessão’ – vale dizer, sobre a atividade relacionada à prestação de serviço público” (*Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 486). Também Marcus Vinicius Corrêa Bitencourt é de igual sentir: “A intervenção só poderá afetar os direitos do concessionário que estiverem relacionados à prestação do serviço. Eventuais atividades desempenhadas pelo concessionário que não estejam destinadas a esse serviço não poderão so-

como também às concessões de serviços aéreos¹⁷). Ou seja, a intervenção do poder concedente nas concessionárias e autorizadas de serviços públicos aéreos continua a ser viável, pois se cuida, aqui, de medida afeta ao regime jurídico público (não é procedimento paraconcursal criado para, em caráter primário, lidar administrativamente com as crises econômico-financeiras de

frer a interferência de tal medida" (*Controle das Concessões de Serviço Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, n. 5.2, p. 125). Na mesma linha, ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que a intervenção, medida admissível somente "em situações excepcionais", se presta a investir o concedente na "gestão direta do serviço" (*Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 700).

17. Precisamente porque a intervenção do Poder Executivo nas concessionárias aéreas constitui uma espécie do gênero intervenção do poder concedente nas concessionárias de serviços públicos em geral, Caio Tácito sustentou a nosso ver, com inteira razão – que as mesmas balizas da lei geral seriam aplicáveis ao art. 188, *caput* e § 1º, do CBA: "A intervenção administrativa, prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, não é figura peculiar nas concessões de serviços aéreos, nem representa criação original do Direito Brasileiro. É medida disciplinar que compõe o instituto da concessão de serviço público desde sua origem (...). Na intervenção, o concedente assume temporariamente a execução direta do serviço, em substituição ao concessionário omissivo ou tardio no cumprimento de sua obrigação. Obviamente, não lhe cabe, ou ao interventor que o representa, praticar quaisquer atos de gestão da sociedade estranhos ao funcionamento do serviço concedido. No hiato da intervenção, o objetivo do contrato deixa de ser gerido pelo concessionário. Os bens ou direitos próprios da sociedade que não integram nem se vinculam ao serviço continuam sob a administração dos órgãos da sociedade (...). O interventor não se torna órgão da sociedade, nem assume a direção de seus negócios. Delegado do concedente, sua competência não excede o âmbito do serviço concedido, que tem como missão exclusiva restabelecer em seu normal funcionamento". E, ainda, acrescentou: "Nenhuma norma ou princípio de Direito autoriza que a intervenção – medida disciplinar na concessão – possa ultrapassar a esfera de assunção do serviço e de seu acervo vinculado, para atingir a intimidade da vida societária do concessionário" ("Intervenção no serviço: concessão de transporte aéreo", in *Temas de Direito Público: Estudos e Parcerias*, 2º vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 1.966-1.967).

certos empresários) e, bem por isso, como tal, não preexclui os requerimentos de falência formulados por credores destes mesmos empresários.

2.4 Liquidação extrajudicial e falência de iniciativa do Poder Público

Afora a medida de intervenção no serviço público, o CBA contemplou, no seu art. 188, § 2º, I e II, a possibilidade de o Poder Executivo decretar a liquidação extrajudicial das concessionárias ou autorizadas do setor aéreo ou, conforme o caso, requerer em juízo sua falência. Assim, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, na hipótese de se apurar, por perícia técnica, antes ou depois da intervenção, a impossibilidade do restabelecimento da normalidade dos serviços, foram previstas as seguintes soluções: a liquidação extrajudicial do empresário, quando, com a realização do ativo, puder ser atendida pelo menos a metade dos créditos; ou, do contrário, o requerimento de falência, quando o ativo não for suficiente para sequer atender pelo menos à metade dos créditos, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

O que agora cumpre averiguar é se mesmo após o advento da Lei 11.101/2005 (LRF) poderiam as concessionárias e autorizadas de serviços públicos aéreos ter sua liquidação extrajudicial decretada pelo Poder Executivo ou, ainda, sua falência requerida nas situações previstas no art. 188, § 2º, I e II, do CBA. O questionamento tem sua razão de ser, pois, com efeito, o largo feixe de poderes previsto no art. 188, § 2º, do CBA (que, indo muito além do âmbito dos serviços públicos concedidos, acaba por afetar a própria estrutura do empresário) parece ser de difícil conciliação com o sistema concursal instituído pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Em primeiro lugar porque, se é verdade que os empresários do setor aéreo, enquanto concessionários ou autorizados de serviços públicos, estão sujeitos ao transitório de-

creto de intervenção do poder concedente na gestão dos serviços públicos, sempre na exata medida necessária a assegurar sua correta, segura e contínua execução, de outro lado, também se nos afigura exato assentar que, precisamente sob o prisma da concessão ou da autorização administrativa, nada parece justificar a possibilidade de o Poder Público, para além do âmbito da fiscalização do serviço público, decretar a liquidação extrajudicial do empresário ou requerer sua falência, certo de que, nesta seara, o decreto de caducidade se apresenta como medida suficiente (e, portanto, proporcional) a prevenir eventuais danos aos usuários dos serviços públicos concedidos e à coletividade em geral. Ou seja, o poder concedente pode e deve intervir e até cassar a concessão ou a autorização, se presentes os pressupostos legais; mas, a bem do serviço público e da proteção da coletividade, não precisa decretar a liquidação do próprio empresário ou requerer sua falência.¹⁸ Em segundo lugar, ambas as medidas extremas previstas no citado dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica parecem ainda se chocar com a regra da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que facultou aos empresários exploradores de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica se socorrerem dos processos de recuperação de empresas (LRF, art. 199, *caput*), na medida em que retiram a eficácia deste procedimento, ao deixar em aberto a possibilidade de o poder concedente dissolver o empresário paralelamente ao concurso. Em terceiro lugar, e conexamente ao

que se acaba de expor, a liquidação extrajudicial e a falência pedida pelo Poder Público nas hipóteses previstas no art. 188, § 2º, do CBA atitam com a própria *ratio* dos processos de recuperação de empresas introduzidos pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência e o princípio informador da “autonomia dos credores”, na medida em que retiram da coletividade dos credores o poder de decisão sobre a preservação da empresa do devedor comum e concedem a pessoa que não é (ou pode não ser) credora – qual seja, o Poder Público – a iniciativa de dissolver o devedor, isto é, de decretar sua liquidação extrajudicial ou requerer sua falência em juízo. Por tais razões, e reconhecendo expressamente a complexidade e a aridez do tema (sobre o qual pouco ou nada se escreveu em nosso Direito), reputamos revogado o art. 188, § 2º, do CBA (LICC, art. 2º, § 1º) e, portanto, consideramos não ser mais possível ao Poder Público decretar a liquidação extrajudicial das concessionárias ou autorizadas de serviços públicos aéreos ou requerer sua falência sem delas ser credor. De toda forma, mesmo se se pudesse considerar vigente a regra do art. 188, § 2º, do CBA (hipótese em que os empresários do setor aéreo estariam submetidos cumulativamente a procedimentos diversos e ao decreto de falência em situações especiais, além daquelas previstas para os empresários em geral), sempre se haveria de concluir pela inadmissibilidade da cumulação de concursos – e, portanto, pela eficácia preclusiva da precedente recuperação judicial e da falência sobre as medidas contempladas na lei especial.

18. Neste ponto, portanto, as medidas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica diferem, a nosso ver, das homônimas previstas em leis que tratam da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, seguradoras e operadoras de planos de saúde, nas quais a intervenção é mais abrangente (pois não se restringe a serviço concedido ou autorizado) e a liquidação extrajudicial e o decreto de falência se justificam como medidas necessárias e indispensáveis (proporcionais, pois) às situações por elas abrangidas; a cassação da autorização administrativa não seria suficiente a evitar os riscos sistêmicos ou os danos coletivos correlatos.

2.5 Síntese sobre os processos concursais e procedimentos extrajudiciais

Em suma, os empresários exploradores de serviços de navegação aérea e infra-estrutura aeronáutica: (i) podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial (LRF, art. 199); (ii) podem ter sua falência decretada em caso de recusa do plano de re-

cuperação judicial pelos credores ou, ainda, nas hipóteses em que, de maneira geral, a recuperação judicial possa se convolar em falência (LRF, arts. 56, § 4º, e 73, I-IV) ou legitimar subsequente pleito de quebra (LRF, art. 94, III, “g”); (iii) podem ter sua falência decretada a pedido de credor, atendidos os pressupostos previstos na lei concursal geral (LRF, art. 94), porquanto, se os credores têm legitimidade para deliberar sobre a concessão de recuperação judicial, também detêm legitimidade para pedir a quebra diretamente, até mesmo porque os empresários em questão não foram arredados do alcance da lei concursal geral (LRF, art. 2º); (iv) os empresários exploradores de serviços públicos aéreos, tal como as demais concessionárias de serviço público, podem sofrer intervenção pelo poder concedente, com a só diferença de que para eles incidem regras próprias (CBA, arts. 188 e 189), diversas daquelas previstas na Lei Geral sobre Concessões de Serviços Públicos; mas, (v) como corolário da sujeição das empresas de navegação aérea ao regime concursal geral, não assiste mais a possibilidade de o poder concedente requerer a falência delas nas situações previstas no art. 188, § 2º, do CBA, nem decretar sua liquidação extrajudicial¹⁹⁻²⁰ (LICC, art. 2º, § 1º).

19. Em sentido contrário, Mauro Rodrigues Penteado sustenta que a falência dos empresários do setor aéreo somente poderia ser decretada por convalidação de pedido de recuperação judicial (LRF, art. 73) ou na situação referida no art. 188, § 2º, II, do CBA, *in verbis*: “Desde o advento da Lei 11.101, tais sociedades podem requerer recuperação judicial e extrajudicial (art. 199), mas sua falência somente poderá ser decretada indiretamente, seja pelo interventor ou liquidante, seja por convalidação da recuperação em falência (art. 73), uma vez verificados os eventos mencionados ou a situação patrimonial, referidos no já citado art. 188 do CBA, quando todo o Capítulo V da Lei 11.101 lhes será aplicável, com as modificações desta lei especial (especialmente os arts. 145, 152, 191, 208, 210 e 313). Também não está excluído o pedido direto de falência formulado por credores, caso sejam constatados os eventos acima mencionados no curso do processo

3. Os contratos de arrendamento e locação de aeronaves nos processos de recuperação de empresas

Ao mesmo tempo em que sujeitou os empresários exploradores de serviços de navegação aérea e infra-estrutura aeronáutica ao regime concursal geral (dando-lhes, assim, a possibilidade de requerer recuperação, judicial ou extrajudicial), o legislador pátrio contemplou, na Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), um regramento especial para os contratos de arrendamento mercantil, locação e qualquer outra forma de arrendamento de aeronaves e suas partes, afastando-os paradoxalmente dos efeitos de eventual processo de recuperação de empresa. Fruto de pressão habilmente exercida durante o processo legislativo pelas sociedades arrendadoras de aeronaves, turbinas e outras partes (sociedades vinculadas a grupos finan-

administrativo, e o liquidante não adote essa iniciativa” (Mauro Rodrigues Penteado, in Francisco Sattiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo(coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (obra coletiva), São Paulo, Ed. RT, 2005, n. 31, p. 111). Em relação ao pedido de falência nossa posição segue rota oposta: aderiríamos à posição defendida pelo ilustre comercialista se as empresas aéreas estivessem englobadas pela regra do art. 2º da LRF.

20. Ainda em sentido diverso, Sérgio Campinho sustenta que, sem prejuízo dos processos concursais previstos na Lei de Recuperação de Empresas e Falência, os empresários do setor aéreo estariam ainda sujeitos ao decreto de liquidação extrajudicial e ao pedido de falência previstos no art. 188, § 2º, do CBA, vedada apenas a simultaneidade de medidas. Ou seja, segundo o citado autor, os empresários em questão “submetem-se ao regime falimentar da Lei 11.101/2005 em todas as suas dimensões, sem prejuízo, entretanto, da intervenção, de competência do Poder Executivo, da sua liquidação extrajudicial ou da hipótese especial de requerimento de sua falência, previstos no art. 188 da legislação específica, qual seja, a Lei 7.565/1986 (...). Por dedução lógica, determinando o juiz se processe a recuperação judicial, não pode haver nem intervenção, nem liquidação extrajudicial, nem modalidade de falência prevista no art. 188 da lei especial” (Sérgio Campinho, *Falência e Recuperação de Empresa*, cit., 2ª ed., n. 20, pp. 29-30).

ceiros), as regras especiais para esses contratos, se não eliminaram, pelo menos minaram grande parte da eficácia da recuperação porventura requerida por empresário do setor aéreo, na exata medida em que um universo significativo de credores (e, mui provavelmente, o mais expressivo) ficou imune aos efeitos, ainda que secundários, do concurso.

Originariamente, a exclusão dos contratos de arrendamento mercantil de aeronaves e de suas partes dos efeitos da recuperação judicial estava prevista no parágrafo único do art. 199 da LRF (já agora revogado). Ocorre, porém, que, em razão de um lapso de redação (involuntário ou não; concretamente, ninguém alheio às entranhas do Congresso Nacional sabe bem afirmar), a regra excepcionadora se revelou inábil a garantir o exercício pleno das potestades das arrendadoras, as quais, por isso, e muito a contragosto, de um modo ou de outro acabaram por se ver enleadas nos rumorosos e expressivos pedidos de recuperação judicial formulados por duas grandes empresas de navegação aérea brasileiras, que, assim, graças à “imprevidência” do legislador, literalmente lograram curso.

Contudo, de molde a remendar a falha existente no originário parágrafo único do art. 199 da LRF, adiante explicadas com maior vagar, as sociedades arrendadoras, uma vez mais, se mobilizaram e, em substituição, conseguiram que, através do art. 122 da Lei 11.196, de 21.11.2005 (publicada no *DOU* 22.11.2005),²¹ o originário pa-

rágrafo único do art. 199 da LRF fosse revogado, e em seu lugar fossem introduzidos três novos parágrafos, que extirparam as falhas verificadas na redação originária da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Considerando, porém, que, por força de regra de direito intertemporal, o primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF continuará a se aplicar transitoriamente aos processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial em curso na data da publicação da Lei 11.196/2005²² (com destinatários certos e de todos bem conhecidos), parece-nos, em tudo e por tudo, oportuno analisar, aqui, ambos os regimes, o originário da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e o vigente. É o que faremos nos itens seguintes.

3.1 Regime original da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (contratos de arrendamento mercantil)

O primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF dispunha simplesmente que “na recuperação judicial e na falência das sociedades, de que trata o *caput* deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício dos direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes”.

vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (Lei Complementar 95/1998, art. 7º, I e II). Entre nós, todavia, o desatendimento aos postulados da Lei Complementar 95/1998 até hoje têm passado incólume pelo crivo do Poder Judiciário. Por isso, tem sido muito comum encontrar leis que tratam simultaneamente de tudo o que se possa imaginar, e normalmente de tudo muito ruim...

22. O art. 123 da Lei 11.196, de 21.11.2005, ressalvou a inaplicabilidade das novas regras dos §§ do art. 199 da LRF aos processos em andamento: “Art. 123. O disposto no art. 122 desta Lei não se aplica aos processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial que estejam em curso na data de publicação desta Lei”. Observe-se, porém, que, ao menos expressamente, o legislador também não ressalvou a ultratividade da regra antiga aos processos em curso.

21. A Lei 11.196, de 21.11.2005, resultou da célebre tramitação de um projeto de lei de conversão (de medida provisória em lei ordinária) que versava sobre tema estranho ao da Lei de Recuperação de Empresas e Falência – e que, portanto, nem deveria dispor conjuntamente sobre esta matéria, ao menos segundo as regras vigentes de técnica legislativa: “Art. 7º. O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II – a lei não conterá matéria estranha ao seu objeto ou a este não

De início, assente-se que essa regra do primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF não era idêntica à prevista no art. 49, § 3º, da LRF.²³⁻²⁴ Em primeiro lugar porque aquele preceito fazia expressa referência à recuperação judicial e à falência, enquanto este se refere apenas à recuperação judicial e, remissivamente, à recuperação extrajudicial (LRF, art. 161, § 1º). Em segundo lugar porque, enquanto o art. 49, § 3º, da LRF se reporta genericamente aos contratos de arrendamento mercantil (qualquer que seja o bem arrendado), o art. 199, parágrafo único, da LRF, ao revés, aplicava-se exclusivamente a contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes. Em terceiro lugar, por fim, as regras ainda diferiam porque, pelo primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF, o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes “em nenhuma hipótese ficará suspenso”, ao passo que, diversamente, nos demais contratos de arrendamento o exercício dos direitos, ao menos parcial-

23. LRF, art. 49, § 3º: “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatibilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial”.

24. Cf. Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 405-406. Apertadamente, em sentido contrário: Paulo Penalva Santos, “Os contratos na recuperação judicial e na falência”, in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, n. 4.1, p. 437 (para quem, neste preceito, o legislador teria apenas voltado a “ênfatizar” a regra geral aplicável ao contrato de arrendamento mercantil).

mente, ficará suspenso pelo prazo máximo de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial (LRF, art. 6º, § 4º), dentro do qual não será permitida a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. Dir-se-á que o legislador não pretendeu instituir diversidade de tratamento para os contratos de arrendamento mercantil. Pode ser que não, mesmo, e que tenha apenas pretendido ratificar no primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF aquilo que já havia afirmado anteriormente no art. 49, § 3º. Contudo, depois de sancionada a lei, o eventual desejo do legislador é e era dado de somenos importância. Não se sobrepõe às *verba legis*. E num caso afirmava-se peremptoriamente que “em nenhuma hipótese” o exercício de direitos ficará suspenso; noutro, ainda que por tempo determinado, existe a previsão de suspensão dos atos de remoção – sendo que, numa ação de reintegração de posse, impedir a retirada do bem durante certo tempo constitui eufemismo para assentar que nesse período o proprietário ficará privado do exercício de um dos mais expressivos poderes inerentes ao domínio, que é o de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (CC, art. 1.228).

Estabelecida a distinção entre as duas regras legais, poder-se-ia indagar: seria, então, possível sustentar que os contratos de arrendamento mercantil de aeronaves se sujeitariam aos efeitos de recuperação extrajudicial, já que, pelo art. 161, § 1º, da LRF, dela foram excepcionados apenas os credores referidos no art. 49, § 3º, da LRF, sem que existisse regra excluindo os credores mencionados no primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF? A resposta negativa a essa questão se impunha e se impõe, sem hesitações: o arrendador não ficava sujeito aos efeitos da recuperação extrajudicial. Em primeiro lugar porque, se o contrato de arrendamento mercantil de aeronaves se encontrava imune aos efeitos da fa-

lência e da recuperação judicial, *a fortiori*, não poderia ser atingido por procedimento de menor intensidade. Em segundo lugar porque seria aberrante entender-se que o gênero foi excluído (= contratos de arrendamento mercantil), mas não a espécie (= contrato de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes).

Por fim (e eis a falha antes referida), a regra do parágrafo único do art. 199 da LRF em sua redação originária não abrangia os contratos de arrendamento ou locação de aeronaves, turbinas e outras partes (Lei 7.565/1986, arts. 127-132), para os quais prevalecia regra diversa (LRF, art. 119, VII). O primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF, na realidade, aplicava-se apenas aos contratos de arrendamento mercantil ou *leasing* financeiro (Lei 6.099/1974). Pois, criando sistema de privilégio para os contratantes dentro dos procedimentos de recuperação de empresas (LRF, arts. 49, § 3º, e 161, § 1º) e, portanto, constituindo exceção ao princípio da universalidade (LRF, art. 49), as regras sobre tratamento privilegiado aos arrendadores mereciam exegese restritiva, sobretudo se se tivessem em conta os princípios regentes da recuperação (LRF, art. 47). Assim, quando no aludido parágrafo único o legislador referiu-se a contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes, abarcou apenas aqueles contratos de *leasing* financeiro, nacionais e internacionais, referidos no art. 137 da Lei 7.565/1986 (sob a denominação de “contratos de arrendamento mercantil de aeronaves”) e, também, regulados pela Lei 6.099/1974.

Em termos práticos, por isso mesmo, o primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF não surtiu o efeito desejado pelas empresas arrendadoras, notadamente porque, por força de particularidades próprias da nossa legislação tributária e do próprio *modus operandi* do setor, as aeronaves e suas partes usualmente não constituem objeto de contratos de arrendamento mercantil propriamente dito (*leasing* financeiro),

mas são objeto de contratos de *leasing* operacional (regidos essencialmente por regras próprias de locação) ou arrendamento simples (CBA, arts. 127-132), aos quais, por isso, não se aplicava o excepcional parágrafo único do art. 199 da LRF. De maneira geral, as empresas aéreas acabaram se beneficiando de medidas liminares impedindo a retomada de bens no prazo do art. 6º, § 4º, da LRF, e outras, por razões e caminhos os mais distintos, obtiveram proteção possessória ainda mais extensa.²⁵ Eis o que sucedeu à luz do regime primitivo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, e que motivou as arrendadoras a se mobilizarem para modificar a lei e instituir novo regime, comentado a seguir.

3.2 Regime atual da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (contratos de locação, arrendamentos em geral e arrendamento mercantil)

Conforme já explicado anteriormente, as empresas arrendadoras atuantes no setor aeronáutico, à vista das limitações do primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF, novamente se mobilizaram e, pouco tempo após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, conseguiram fosse reformulada a regra sobre contratos de arrendamento de aeronaves e suas partes. Pelo art. 123 da Lei 11.196, de 21.11.2005 (em vigor na data de sua publicação no *DOU* 22.11.2005), foram introduzidos três novos parágrafos no art. 199 da LRF, os quais eliminaram as possíveis dúvidas acima suscitadas em relação ao primitivo parágrafo único do mesmo artigo e, sobretudo, estenderam seu regime excepcional a quaisquer tipos de contratos de arrendamento ou locação de aeronaves e suas partes, e não mais apenas aos

25. Sobre o ponto, v. Manoel Justino Bezerra Filho, *Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, São Paulo, Ed. RT, 2006, notas ao art. 199, pp. 395-401.

contratos de arrendamento mercantil (*leasing* financeiro).²⁶

Doravante, portanto, na recuperação judicial (e, *a fortiori*, na recuperação extrajudicial) bem como na falência de empresários exploradores de serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica o exercício dos direitos derivados de quaisquer contratos de locação ou arrendamento de aeronaves ou de suas partes não ficará suspenso, em nenhuma hipótese. A nova regra legal, lata e redundante, abarca os contratos de arrendamento ou locação (CBA, arts. 127-132), arrendamento mercantil ou *leasing* financeiro (CBA, art. 137), *leasing* operacional e qualquer outra modalidade de arrendamento que tenham por objeto aeronaves ou suas partes.²⁷ Em casos que tais, até mesmo os atos de apreensão e remoção poderão ser praticados ainda durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da LRF sem que se possa, quanto a eles,

26. LRF, art. 199, §§ 1º a 3º.

“§ 1º. Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes.

“§ 2º. Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 desta Lei.

“§ 3º. Na hipótese de falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa relativos a contratos de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes.”

27. A regra é lata, mas ainda assim contém uma limitação material intransponível e insuperável por métodos exegéticos ampliativos (inaplicáveis ao direito excepcional): se a “outra modalidade de arrendamento” não reunir os elementos essenciais da relação jurídica de arrendamento ou locação de coisas (CC, art. 565; e CBA, art. 127), o regime do art. 199 da LRF não incidirá. Comodato, promessa de compra e venda, compra e venda a crédito (com ou sem reserva de domínio), negócios fiduciários etc. escapam do alcance da regra em comento.

aplicar a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 da LRF. Os créditos decorrentes dos citados contratos, portanto, não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo sempre os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais ajustadas.

De resto – como, aliás, nem diferente poderia ser –, no caso de falência de sociedade exploradora de serviço aéreo ou de infra-estrutura aeronáutica prevalecerão os direitos de propriedade sobre os bens objeto de contratos de locação ou arrendamento de qualquer espécie de aeronaves ou de suas partes.

Em termos práticos, o atual regime praticamente inviabiliza (ou torna muito difícil) a eventual recuperação das empresas de aviação aérea.²⁸ Por isso, independentemente do estado de crise econômico-financeira, o devedor não terá outra alternativa senão continuar a cumprir suas obrigações para com as arrendadoras dos bens em questão, nos exatos termos contratuais; do contrário, positivado o inadimplemento, a arrendadora poderá exercer as pretensões apropriadas para resolver o contrato e reaver a posse direta do bem de sua propriedade, pouco importando se o devedor se encontra em recuperação, judicial ou extrajudicial, ou em falência. Com razão, anota Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa que esta situação poderá inviabilizar a recuperação das empresas de navegação aérea em crise.²⁹ É a lei vigente, da

28. Manoel Justino Bezerra Filho, com razão, também entende que “a alteração pela Lei 11.196/2005 tornou ainda mais precária a situação das companhias aéreas que acaso pretendem a recuperação, pois afastou o benefício da suspensão (de que trata o art. 6º, § 4º, da LRF) também para quaisquer casos de locação ou para qualquer modalidade de arrendamento” (*Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 415).

29. V. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência”, in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de*

qual se pode discordar e à qual se pode criticar, mas não descumprir, porque *dura lex sed lex*.

4. Conclusões

Passados praticamente 40 anos do reprocesso legislativo resultante do Decreto-lei 669, de 3.7.1969 (que afastou os empresários exploradores de serviços aéreos de qualquer natureza e de infra-estrutura aeronáutica dos benefícios da concordata), o que se constata é que, malgrado o tempo decorrido e os avanços jurídicos e tecnológicos alcançados no entretanto, o decepcionante legislador pátrio nada ou muito pouco avançou na regulamentação das crises econômico-financeiras das empresas de navegação aérea. Essa constatação pode não se revelar *prima facie* da leitura insulada do art. 199, *caput*, da LRF, mas, sem dúvida, sobressai evidente quando se analisa o preceito em harmonia com as regras de seus próprios parágrafos. Assim, conquanto o legislador pátrio tenha em teoria facultado aos empresários atuantes no setor aéreo o amplo recurso aos processos de recuperação judicial e extrajudicial, essa possibilidade acaba por se revelar uma via meramente ilusória, porquanto deixou de fora o principal universo de credores e colaboradores envolvidos no segmento aéreo, assim como seus respectivos contratos – isto é, as empresas arrendadoras e os contratos de arrendamento (mercantil, simples ou de qualquer outra espécie) de aeronaves e suas partes. Portanto, excluídas as recuperações judiciais em curso – para as quais, a bem da verdade, foi confeccionado por encomenda o primitivo art. 199, *caput*, da LRF, e que conseguiram ainda se favorecer do “lapso” de redação de seu parágrafo único (intencional ou não, sabe-se lá o que se passa realmente nos meandros do Congresso Nacional...) –, a verdade é

que, de futuro, novas recuperações de empresas aéreas dificilmente frutificarão em juízo se não sobrevier nova interferência legislativa de ocasião ou, então, se o devedor não capitular com os credores extracursais, em detrimento da coletividade dos credores concursais. Avanços com a Lei de Recuperação de Empresas e Falência houve, sim, mas foram muito tímidos e claramente insuficientes. Some-se, ainda, a isso os melifluos acenos de redução da taxa de juros, também inverídicos, e as liberalidades que se têm tomado em juízo contra a letra da lei, sempre sob o belo argumento da preservação da empresa em crise e da correção dos equívocos do legislador – e, como resultado, o retrato atual da Lei de Recuperação de Empresas infelizmente ainda não é dos melhores. Vejamos, porém, se, aqui, o tempo cuidará de torná-lo mais belo.

Bibliografia

- ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Trad. de Fábio Konder Comparato. *RDM* 104/109-126. São Paulo, Malheiros Editores.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2005; 4ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- . *Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*. São Paulo, Ed. RT, 1970.
- FARAH, Eduardo Teixeira. “Leasing” de Aeronaves Civis no Direito Brasileiro: *Aspectos Jurídicos Relevantes*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novas. "Empresa, empresário e estabelecimento: a nova disciplina das sociedades". *Revista do Advogado* 71/15-25. São Paulo, AASP.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo, Dialética, 2003.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (obra coletiva). São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- PENALVA SANTOS, Paulo. "Os contratos na recuperação judicial e na falência". In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (obra coletiva). São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (obra coletiva). São Paulo, Ed. RT, 2005.
- PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (obra coletiva). São Paulo, Ed. RT, 2005.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (obra coletiva). São Paulo, Ed. RT, 2005.
- TÁCITO, Caio. "Intervenção no serviço: concessão de transporte aéreo". In: *Temas de Direito Público: Estudos E Pareceres*. 2º vol. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência". In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (obra coletiva). São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (obra coletiva). São Paulo, Ed. RT, 2005.