



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ- UFC
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E ELABORAÇÃO DE
MONOGRAFIA JURÍDICA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA

Larissa Bezerra de Negreiros Lima
0260677

Fortaleza
Novembro – 2008

Larissa Bezerra de Negreiros Lima

ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA

Monografia apresentada à disciplina de Monografia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para aprovação na disciplina.

Prof. Dr. Orientador: João Luis Nogueira Matias

Fortaleza
Novembro – 2008

LARISSA BEZERRA DE NEGREIROS LIMA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prof. Orientador: João Luis Nogueira Matias

Apresentada em 25 de novembro de 2008.

Banca Examinadora

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

Juliana Cristine Diniz Campos

Daniel Gomes de Miranda

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o regime atualmente atribuído à falência, no Direito Brasileiro, mais particularmente no que tange a seus aspectos processuais. Para realizar esta tarefa, não pretende deixar de lado as normas de natureza material, porquanto reconhece seu vínculo indissociável às normas processuais, no campo da falência. Seu objetivo é realizar estudo que ressalte o procedimento, tendo em vista que, apenas com o processo, a falência passa a constituir fato jurídico. Para tanto, começa por buscar as raízes históricas do instituto, com o fito de compreender sua evolução. Nesse contexto, alcança o atual regime, disposto na Lei 11.101 de 2005. Passa a tecer um paralelo entre este e o anterior, bem como enfoca questões como caracterização da falência, natureza jurídica e o papel dado à falência no Ordenamento Jurídico brasileiro. Termina por identificar, no procedimento falimentar, elementos essenciais de processo, a exemplo dos princípios que o regem, ou dos sujeitos e órgãos envolvidos.

Palavras-chave: Direito Falimentar. Processo Falimentar Brasileiro. Lei 11.101/2005.

RÉSUMÉ

Le présent travail s'agit d'analyser le régime actuellement attribué à la faillite, dans le cadre du Droit Brésilien, plus particulièrement en ce que concerne ses aspects processuels. Afin de réaliser cette mission, il ne propose pas d'oublier les normes de nature matérielle, parce qu'il reconnaît son lien inséparable avec les normes processuels, dans le cadre de la faillite. Son objective est de réaliser un étude qui fasse ressortir la procédure, parce que seulement avec le procès la faillite devient fait juridique. Pour cela, il commence par la recherche des racines historique de l'institute, afin de bien comprendre son évolution. Dans ce contexte, il arrive au régime actuel, disposé dans la Loi 11.101 de 2005. Il passe à faire un parallèle entre cette loi et la précédente, et aussi à s'occuper de questions comme la caractérisation de la faillite, sa nature juridique et sa mission dans l'Ordre Juridique brésilienne. Il finit en identifiant, dans la procédure de la faillite, des éléments essentiels de procès, à l'exemple des principes que l'inspirent, ou des personnes et organes qu'y sont mêlés.

Mots-clé: Droit de la Faillite. Procédure de la Faillite dans le Droit Brésilien. Loi 11.101/2005.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. Origem e desenvolvimento do Direito Falimentar	9
I.1. Considerações iniciais.....	9
I.2. Evolução histórica do Direito Falimentar.....	12
I.3. A formação do novo regime jurídico da falência no Brasil.....	27
II. A falência e o Direito Falimentar	34
II.1. Caracterização do estado de falência.....	34
II.2. O caráter processual da falência.....	47
II.3. Natureza jurídica do Direito Falimentar.....	54
III. Aspectos processuais da falência	58
III.1. A substituição da Lei Falimentar: definições de Direito Intertemporal.....	58
III.2. Subsidiariedade do processo falimentar.....	60
III.3. Princípios do processo de falência.....	63
III.4. Competência.....	67
III.5. Sujeitos e órgãos do processo falimentar.....	76
III.6. Pedido e causa de pedir.....	88
III.7. Defesa.....	91
III.8. Sentença.....	95
III.9. Recursos cabíveis na falência.....	102
III.10. Efeitos da decretação da falência.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUÇÃO

Ainda sob o regime do Decreto-lei 7.661/45 – e cerca de 20 anos antes da promulgação do Diploma que o substituiu –, Rubens Requião afirmava sua *“convicção de que o escopo final do instituto falimentar não é outorgar ao Estado a função de assegurar a realização da 'par conditio creditorum' entre os credores, como sustentava o pensamento clássico. Mais do que a igualdade entre os credores na liquidação falimentar do patrimônio do devedor, muito mais do que a segurança do crédito – pontos de vista respeitáveis na doutrina antiga –, é o saneamento da atividade empresarial que constitui a finalidade primeira do instituto da falência, nas concepções modernas de atuação judicial do Estado”*¹.

Requião era uma dentre as muitas vozes que, em coro, advertiam sobre a necessidade de mudança de Regime Jurídico a ser aplicado, no Brasil, às empresas em estados falimentar e, sobretudo, pré-falimentar.

Com efeito, as críticas ao sistema seguiam uma mesma diretriz: apontavam a exigibilidade de regulamentação que se coadunasse com a (importante) função social da empresa. A idéia era fornecer ao empresário e à sociedade empresária meios adequados para que se recuperasse, restando a declaração da falência como hipótese derradeira. De toda forma, sendo ou não possível o restabelecimento do devedor, o indispensável seria proporcionar meios de preservação da empresa enquanto atividade.

Inseriu-se nesse contexto a Promulgação da Lei 11.101/05, propondo-se a atender tais reclames. Introduziu o instituto da Recuperação – Judicial e Extrajudicial – de Empresas e reformulou o regramento da Falência.

O art. 75 desta Lei traduz o objetivo da Falência:

“Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização

¹ *Apud* BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 5ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

O presente trabalho tem como escopo a pesquisa do procedimento a ser adotado para que tal objetivo se realize, enfocando seus aspectos processuais, desde a formação da relação jurídica até os efeitos decorrentes da decisão final.

Buscar-se-á, nesse passo, singularizar os elementos que compõem o Processo de Falência, bem como analisar suas peculiaridades.

Para esse mister, considerar-se-á, igualmente, o histórico do instituto no Direito Brasileiro, as razões determinantes da reforma, a influência de regimes estrangeiros no delineamento atual da Falência e as mudanças efetuadas em relação ao regramento anterior.

I – ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO FALIMENTAR

I.1 – Considerações iniciais.

No intuito de iniciar a análise do instituto da falência, na atual concepção do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso antes perquirir suas raízes, inserindo-o num contexto histórico e sistêmico.

Nessa linha de raciocínio, oportuno é lembrar, inicialmente, o pensamento aristotélico de que o homem é ser político, nos termos destacados por Eduardo Bittar:

“Na idéia evolucionista que move Aristóteles na prospecção do princípio das coisas, a cidade-estado (pólis) é mesmo o fim das comunidades primeiras, e isto porque é auto-suficiente, e esta característica é o fim e o melhor.

*Deste conjunto de reflexões se extrai que: a) tudo está ordenado para um fim, inclusive a conformação política; b) o fim há de ser algo que é o melhor; a pólis é fim, por sua auto-suficiência, e o é para as comunidades que a antecederam no tempo. **Tem-se, então, que a pólis é uma das coisas que existe por natureza, e, por consequência, que o homem é um animal político por natureza**”². (grifo nosso)*

Já a seu tempo, Aristóteles logrou perceber no homem um “instinto natural de gregariedade”, conforme coloca Bittar. Significa dizer que a necessidade de agrupamento faz parte da essência do ser humano. E essa observação é confirmada pela investigação histórica, na medida que se constata que mesmo os povos mais primitivos, inclusive aqueles que não tenham conhecido a noção de controle Estatal, não prescindiam da vida em comunidade.

E a principal razão para tanto parece ser invariável, ao longo dos sucessivos períodos históricos, a despeito da severa modificação de circunstâncias: o relacionamento entre homens parece ter sempre atuado como catalizador do

² BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de Filosofia Aristotélica*, 1ª Edição, Barueri, SP: Ed. Manole, 2003.

progresso.

A afirmação se torna mais clara ao se cogitar das condições em que viviam os homens pré-históricos: eram nômades, sobreviviam da caça, enfrentavam intempéries climáticas; a convivência em grupos facilitava, ou mesmo viabilizava a sobrevivência.

E assim sucedeu na história das civilizações, haja vista que a vida em grupos determinou, em proporções cada vez maiores, o surgimento de necessidades e, portanto, a descoberta de novos meios para atendê-las. Assim afirma Fábio Nusdeo:

“Sempre o homem experimentou novas necessidades ou descobriu maneiras diferentes de atender a necessidades antigas. A diferença reside apenas no ritmo. Quando as comunidades humanas eram pequenas, acanhadas, e, sobretudo, isoladas a força da tradição de cada uma delas se fazia sentir com maior vigor, os costumes cristalizavam-se e as inovações eram tão lentas a ponto de poderem passar quase despercebidas ao longo de uma geração. Aquele vagaroso processo inovador dava periodicamente alguns saltos, sob o impulso de contatos que uma dada sociedade viesse a ter com outra, muitas vezes até por razões bélicas. Aí, quando duas comunidades diferentes se encontravam, e passavam a se conhecer, assistia-se a uma explosão de novas necessidades e à diversificação dos meios para atender as já existentes”³.

E assim continua nos tempos atuais: de forma menos nítida, decerto, em razão do ritmo (fator já apontado no texto citado) e também da inviabilidade de se cogitar, no presente, situação de “não convivência”, mas não restam dúvidas de que o progresso é produto do esforço comum entre os homens.

Nesse contexto, sobressaem efeitos da evolução da convivência humana, apontados pelos historiadores: enquanto em um primeiro momento, a vida em comunidade se fundamentava tão-somente na necessidade de sobrevivência, aos poucos foi-se delineando o aspecto cultural das sociedades.

Esse processo se revelou em diferentes aspectos, como a arte, a religião, a economia. Um ponto a destacar seria o desenvolvimento das especializações profissionais, distinguindo-se agricultores, pastores, artesãos. De

³ NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

maneira geral, verifica-se que os vínculos foram se consolidando, na proporção em que aumentou a interdependência dos homens. Em síntese, as relações humanas, paulatinamente, tornaram-se mais complexas.

Dentre esses aspectos, destaca-se aqui a vida econômica, que, por longo período, baseou-se apenas na subsistência. O progresso do conhecimento, todavia, acarretou o crescimento da produção, que começou a gerar excedentes.

Por conseqüência, pôde-se verificar, ainda que de forma incipiente, o surgimento do comércio. Ressalte-se, todavia, que, pelo menos até a Idade Média, as escassas relações comerciais consistiam, quase que integralmente, na troca. Mas isso não impediu que o desenvolver das relações econômicas constituísse verdadeiro divisor de águas no seio das sociedades primitivas.

A partir desse ponto, são conseqüências diretas: o surgimento da noção de propriedade privada; o agregamento de valor ao trabalho; a formação da noção de obrigação.

O contexto que viabiliza o nascimento deste instituto corresponde ao desenvolvimento de um Direito primitivo, em que se verifica grau de organização social que comporte o estabelecimento de normas de convivência.

Importante ressaltar, nesse ponto, a observação de Caio Mário da Silva Pereira a respeito do conceito de obrigação:

“A noção fundamental de obrigação aí reside, mais ou menos a mesma nos diversos sistemas jurídicos, e em variadas épocas. É certo que fatores diferentes têm atuado na sua etiologia, sem contudo alterar-lhe a essência”.

E, após, complementa, definindo-a:

“Obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”⁴.

Estão colocadas, assim, as raízes do objeto deste trabalho: a origem e o desenvolvimento do Direito Falimentar estão indissociavelmente atreladas à evolução das relações comerciais e do Direito Obrigacional.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, Vol. II, 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

I.2. Evolução histórica do Direito Falimentar

“Ao deixar o devedor de pagar o credor, tem este o direito de executá-lo, singularmente, começando por citá-lo, em juízo, para pagar a dívida, sob pena de serem penhorados bens seus, tantos quantos bastem para o pagamento da dívida.

Longo foi o caminho da civilização para aperfeiçoar humanamente essa forma de execução patrimonial, pois a regra era, nas civilizações antigas, outorgar ao credor o poder de coagir fisicamente o devedor, à margem da prestação jurisdicional do Estado. O devedor era aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, caso não pagasse o devido” (Rubens Requião⁵).

Conforme indica o trecho transcrito da obra de Requião, a história dos povos antigos foi ilustrada por lentos processos de transformação, que desencadearam efeitos até hoje sentidos.

Numa perspectiva inicial, observou-se a formação da vida em sociedade, em meio à qual surgiram primitivas relações comerciais, consistentes, sobretudo, na troca. Apesar de sua simplicidade, tais relações determinaram o nascimento da noção de obrigação.

A relação obrigacional, por sua vez, se traduzia no vínculo que unia sujeitos de direito em razão do dever de cumprir determinada prestação. Por meio do acordo entre tais sujeitos, consolidava-se o crédito e passavam eles a assumir as posições de credor e devedor.

Ressalte-se, nesse ponto, que a lógica das obrigações prevê que elas se resolvam ao produzirem os efeitos a que se destinem. Em outras palavras, a extinção regular de uma obrigação se processa com a realização da prestação pactuada. O instituto se caracteriza, portanto, pelo intuito de efemeridade.

A experiência prática, contudo, revelou que nem sempre assim ocorre, verificando-se, por vezes, o descumprimento da obrigação.

Em face desta situação, atribui-se ao credor o poder de exigir do devedor a satisfação do crédito; em não logrando êxito, fica consubstanciada a situação de insolvência e passa-se a cuidar das sanções cabíveis. O que mudou ao

⁵ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

longo do tempo foi o *modus procedendi* para forçar o adimplemento, assim como as sanções que lhe são aplicadas.

Conforme assinala Waldemar Ferreira, “*não foram poucos, antes inúmeros, os tratadistas que divisaram no Direito Romano as origens da falência*”⁶.

Isso porque, no período chamado por Caio Mário⁷ de *pré-romano*, não se cogitava de um Direito Obrigacional, haja vista que nem eram reconhecidos direitos individuais.

Na mesma linha de raciocínio, Waldemar Ferreira fundamenta o que afirma, citando Alfredo Rocco:

*“Nesses prístinos tempos, a obrigação apareceu, como Alfredo Rocco observou, como vínculo estrita e unicamente pessoal, direito contra e sôbre o devedor”*⁸.

Significa dizer que emergiram, no período romano, dois marcos que viabilizaram o surgimento do Direito Falimentar: a idéia de obrigação, em si mesma, bem como a individualização do vínculo obrigacional.

Com efeito, da dita individualização decorreu, como conseqüência lógica, a personalização da responsabilidade pela obrigação assumida. De maneira mais clara, solidificou-se a tese de que todo aquele se obrigasse ao adimplemento de prestação de ordem econômica responderia pelo seu descumprimento.

Nesse sentido, observe-se o ensinamento de Caio Mário:

*“... a percepção de que o indivíduo pessoalmente respondia pelo pacto jurado ou pelo dano causado, o que sobremodo é de acentuar-se, pois que na origem a fonte delitual antecedeu à convencional, e, mesmo depois que esta surgiu, aquela exerceu função muito mais marcante do que a outra, como elemento gerador. Na passagem, então, da obrigação coletiva para a individual conservou-se ainda o sentido criminal ou mais tecnicamente delitual da responsabilidade...”*⁹.

Ademais da individualização da obrigação, o doutrinador apontou o

⁶ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 5.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, Vol. II, 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, pág. 8

⁸ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 5.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, Vol. II, 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, pág. 9.

caráter delitual, de que se revestia a insolvência. Por conseguinte, a título de sanção, esse primeiro esboço de Direito Falimentar, vigente no Direito Romano, se caracterizava pela marca da crueldade^{10 11}.

Com efeito, como afirma Agerson Tabosa, a relação obrigacional “firmou-se como jurídica, espiritual, mas foi primitivamente material ou corpórea, quando o devedor, por assim dizer, colocava o seu corpo à disposição do credor”¹².

Desse primeiro momento do Direito Romano, a Doutrina costuma apontar a ação de *manus injectio* como caracterizadora do período. Amador Paes de Almeida¹³ ensina que a introdução do instituto data da fase do Direito Quiritário, anterior à formulação da Lei das XII Tábuas, mas que o instituto foi mantido por essas leis (consta da Tábua III). Trata-se de instrumento que se destinava a forçar a execução da dívida mediante a adjudicação da pessoa do devedor.

Conforme relata Waldemar Ferreira¹⁴, a adjudicação era possível trinta dias após condenação do inadimplente e atribuía ao *addictus* o prazo de sessenta dias para pagar. Nesse ínterim, ficaria subjugado ao credor em estado de servidão. Passado o termo final, torna-se admissível a venda do devedor *trans Tiberim*. A medida era ainda mais drástica no caso de pluralidade de credores, situação em que se permitia matar o insolvente e *in partes secare*¹⁵.

¹⁰ Carvalho de Mendonça leciona: “Sob o primitivo direito romano crudelíssima era a situação do devedor: podia possuir casa, campos, escravos, gado e dinheiro; em nada disso tocar, ao credor era lícito. A pessoa do devedor constituía a garantia única dos credores. ‘Qui non habet in aere solvat in corpore’. Fôsse isto devido, como pensa IHERING, ao caráter da sociedade primitiva onde os primeiros movimentos do sentimento do direito lesado consistiam na violenta reação contra a injustiça causada, na defesa privada e na vingança, fôsse o resultado, como supõe NIEBUHR, de uma política resoluta dos chefes da plebe, que consideravam perigoso admitir a execução real, porque os patrícios podiam dessarte se apoderar dos domínios da sua ordem, ou fôsse a conseqüência do grande respeito que tinham os romanos pela propriedade, que era inerente à religião doméstica, é certo que a execução versava unicamente sobre a pessoa do devedor. Por obrigado se entendia o próprio corpo do devedor” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 12).

¹¹ Não só no Direito Romano são encontrados exemplos de execução contra a própria pessoa do devedor: na Índia, o Código de Manu continha previsão de submissão do devedor perante o credor a trabalho escravo. Assim também ocorria no Egito, durante curto período.

Quanto à Grécia, admitia-se a servidão pessoal do inadimplente ao credor, “não só quando o devedor vendia sua própria pessoa ao credor, como também quando não atendia à condenação judicial que lhe impunha a obrigação de pagar. Neste último caso, o credor podia alienar o devedor e até matá-lo” (REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 7).

¹² TABOSA, Agerson, *Direito Romano*, 2ª Edição, Fortaleza, FA7, 2003, pág. 257.

¹³ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 5.

¹⁴ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 6.

¹⁵ Não há consenso entre os pesquisadores sobre a aplicação fática dessa medida, muitos a interpretando como ficção legal (FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 6; REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 7).

Ainda que incidindo sobre o corpo do devedor, note-se que surgem, assim, as noções de execução singular e concursal.

Mais à frente, tem-se a *Lex Poetelia Papiria*, que, em 428 a.C., já no contexto do Direito Pretoriano, marca a introdução da execução patrimonial no Direito Romano.

A referida lei aboliu a *legis actio per manus injectionem*. O procedimento passou a consistir, preliminarmente, na decretação, após a condenação¹⁶ do devedor, da *missio in bona*, por meio da qual a posse¹⁷ do seu patrimônio era atribuída ao credor ou credores. Em seguida, procedia-se à *bonorum venditio*, descrita por Requião¹⁸ nos seguintes termos:

“Com esse sistema, os bens do executado eram alienados a uma pessoa, considerada por ficção semelhante ao sucessor-herdeiro, que recebendo-os se obrigava a pagar aos credores, oferecendo-lhes um determinado rateio, em percentual, para satisfação dos créditos”.

Por outro lado, a circunstância de recair a execução sobre o patrimônio do devedor não afastou a aplicação de sanções pessoais no aspecto moral: atribuía-se ao devedor a nota de *infâmia*, que tinha caracterização penal, porquanto determinava a perda de seus direitos civis, passando a ser considerado como morto.

Posteriormente, contudo, reconheceu-se a possibilidade de inadimplência sem fraude, e sim por infortúnio. Para a tutela de tais casos, foi instituída, pela *Lex Julia*, a *bonorum cessio*, que permitia “que o devedor insolvente, sem culpa, abandonasse seu patrimônio aos credores, para saldar suas dívidas”¹⁹. Neste caso, prescindia-se da concordância dos credores e não era aplicada a pena

¹⁶ Segundo Rubens Requião, por força da *Lex Poetelia Papiria*, o devedor era considerado inadimplente “independentemente de julgamento ou confissão”, submetendo-se ao credor.

¹⁷ Na verdade, o que se transferia era a administração dos bens. A medida constituía, assim, uma garantia para os credores.

¹⁸ O autor comenta, também, que, para a realização da *venditio*, os credores elegiam um *magister*, a quem “competia tomar todas as medidas para o sucesso da *bonorum venditio*, estabelecendo a *lex venditiones*, vale dizer, as regras da venda. Essas condições e o processo da venda eram submetidos à aprovação da assembléia dos credores e depois publicados para o conhecimento de terceiros. Dessa *lex* constava o quadro do ativo e passivo do devedor, a indicação dos bens e dos créditos, dos privilégios e a percentagem que o adquirente deveria pagar a cada um dos credores. No dia designado para a venda, o *magister* adjudicava os bens ao comprador, que oferecesse a mais alta percentagem. Era uma espécie de venda pública” (REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 8).

¹⁹ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 8.

de infâmia, conservando-se a honra do devedor.

A efetivação da *bonorum cessio* era uma das hipóteses que autorizavam a realização do *concurso creditorum*. Este procedimento também era possível quando, em razão das circunstâncias, a insolvabilidade dos bens do devedor fosse provável e ele não quisesse ceder, assim como, por exemplo, no caso de fuga do devedor.

O *concurso creditorum* constituiu o mais importante legado do Direito Romano para o Direito Falimentar: é decorrência do reconhecimento de que, em caso de pluralidade de credores, a atuação individual destes seria prejudicial à satisfação geral dos créditos; orientava-o, por conseguinte, o princípio da *par conditio creditorum*, por meio do qual se buscava proporcionar tratamento igualitário aos credores.

Sobre o assunto, Waldemar Ferreira ensina:

“Não poucos romanistas divisam na Lex Julia o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da par conditio creditorum.

Desde então, o credor, que tomava iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito da massa, ou seja, da massa falida”²⁰.

Outro ponto a destacar, quanto ao Direito Romano, é a inexistência de diferenciação acerca da pessoa do devedor; as regras ora comentadas eram aplicadas indistintamente a devedores civis e devedores comerciais.

A formação de regras especializadas para as relações comerciais teve início na Idade Média, o que tem explicação no contexto histórico.

Ocorre que, nesse período, se percebeu notório florescimento de atividades mercantis. As mudanças que marcaram a época são relatadas por Leo Huberman:

“Chegou o dia em que o comércio cresceu, e cresceu tanto que afetou profundamente toda a Idade Média. O século XI viu o comércio evoluir a passos largos; o

²⁰ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 8.

*século XII viu a Europa ocidental transformar-se em consequência disso*²¹.

O referido autor aponta vários fatores que se conjugaram para tanto: as Cruzadas, que eram acompanhadas por mercadores para prover as demandas dos participantes, e que também determinaram o surgimento de 'novas necessidades', por conta do intercâmbio cultural; o desenvolvimento das cidades comerciais italianas, como Veneza, Gênova e Pisa; a realização de grandes feiras comerciais.

Com a efervescência mercantil, delinear-se novas espécies de relações, que não encontravam regras que as tutelassem, até porque, como lembra Carvalho de Mendonça, *“desde a queda do império romano foram abandonados o estudo e o cultivo do direito”*²².

Como reação, foi-se materializando um corpo de regras jurídicas marcado pelo aspecto comercial, resultado da congruência dos *usos e costumes* da época, do Direito Canônico e do Direito Romano²³.

Alfredo Rocco, citado por Waldemar Ferreira²⁴, esclarece que foram fixadas no século XIV as linhas essenciais da falência, ainda hoje fundamentais para a disciplina jurídica da insolvência: a dação do patrimônio; o penhor; o princípio do pagamento proporcional fundado na igualdade; a administração de bens deferida a curador; o seqüestro, como medida assecuratória do crédito; a manifestação da situação de falência pela cessação de pagamentos, ou fuga para não pagar dívidas; verificação e classificação dos créditos; a assembléia dos credores, entre tantas outras medidas e princípios que continuam a inspirar o Direito Falimentar.

Nesse período, o Direito Falimentar era caracterizado pela severidade. Inspirava as regras então vigentes o axioma *Decoctor ergo fraudator*, ressaltando caráter de desonestidade na insolvência. Por essa razão, o regime falimentar era equiparado à repressão penal, de modo que era comum os

²¹ HUBERMAN, Leo, *História da Riqueza do Homem*, 21ª Edição, Rio de Janeiro, LTC, 2006, pág. 18.

²² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 16.

²³ Waldemar Ferreira retrata esse processo em sua obra: *“Assim, em Florença, em 1286, qual expôs JULIEN LUCHAIRE, o povo editou leis equiparando a falência aos maiores crimes: não somente o falido, mas sua mulher e filhos eram presos até completa solução do passivo, como seus herdeiros podiam ser banidos e multados seus parentes mais próximos. Corridos os tempos e modificadas as condições políticas e sociais, os jurisconsultos medievais, profundos conhecedores do Direito Romano, premidos por necessidades de ordem prática, viram-se forçados a adaptar a bonorum venditio às contingências da época”* (FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 15).

²⁴ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 16.

magistrados aplicarem penas de prisão e de infâmia.

Ao longo do tempo, todavia, logrou-se distinguir a falência de má-fé da falência accidental. Tratava-se de espécie de 'presunção relativa', já que, inicialmente, a insolvência dava margem à presunção de culpa, ou mesmo fraude; admitia-se, contudo, a prova da inocência. Neste caso, no lugar das referidas penas, o falido era forçado apenas à cessão de seus bens, na proporção das dívidas.

A evolução do instituto em direção ao período Moderno é ilustrada por Waldemar Ferreira, com base na obra de Giorgio de Semo:

“O sistema de processo concursal, escreveu GIORGIO DE SEMO, surgiu galhardo no medievo, por obra dos Estatutos italianos, que instituíram tribunais especiais, sem antes distinguir entre comerciantes e não comerciantes, prestigiando o processo de falência (de fallere) com severas sanções de caráter penal, destinadas à salvaguarda do patrimônio do falido, de molde a assegurar sua repartição entre os credores. Tais normas, acrescentou o professor florentino, se difundiram também na França, que as regulou na Ordenação de 1673 e mais completamente no Código de Comércio de 1807, de onde se irradiaram nas modernas legislações européias, e também nas latino-americanas, é de acrescentar”²⁵.

Com efeito, marca a origem do Direito Falimentar na França a edição da *Ordonnance* de 1673, durante o reinado de Luis XIV; conhecido como *Code Savary*, este diploma, muito embora seja reconhecido entre a doutrina francesa²⁶ por suas lacunas, teve o mérito de reunir as regras então adotadas entre os comerciantes, assim como introduzir no Direito Francês a *par conditio creditorum*.

O *Code Savary* é substituído em 1807, com a promulgação do Código Comercial Francês por Napoleão Bonaparte. Conforme relata Joël Monéger, o novo código foi editado *“após um momento de grande cólera do Imperador,*

²⁵ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 18.

²⁶ Monéger comenta o teor do Código de Savary: *“O 'Code Savary' simplificou e esclareceu o Direito Consuetudinário, significativa mudança para um comércio que desejava as mesmas regras em todo o reino. Em todo caso, tal circunstância não deve ocultar o fato de que ele em nada inovou. O Código fez apenas uma compilação ordenada do direito medieval em vigor”* (Tradução livre nossa. *“Le «Code Savary» simplifia et clarifia le droit coutumier, trop mouvant pour un commerce qui voulait les mêmes règles partout dans le royaume. Toutefois, cela ne doit pas cacher qu'il n'apporta rien de neuf. Il ne fut qu'une compilation ordonnée du droit médiéval en vigueur”*). MONÉGER, Joël, *De l'Ordonnance de Colber de 1673 sur le Commerce au Code de Commerce Français de 2000: Réflexion sur l'Aptitude du Droit Économique et Commercial à la Codification*, http://www.cairn.info/resume_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_182_0171, acesso em 22/09/2008, às 14:15, pág. 8).

provocado pela falência dos fornecedores das Forças Armadas e pelo risco de falência do novo Banco da França”²⁷ (tradução livre nossa).

Como resultado, um corpo de leis comerciais²⁸ marcados pela intolerância e pela severidade na repressão. Seu teor é demonstrado por frase do próprio Bonaparte, registrada por Locré:

*“Em toda falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade”*²⁹.

Posteriormente, como ressalta Requião³⁰, a influência das idéias humanistas e liberais teve o condão de amenizar tais regras, por força da legislação de 1832. Esse contexto, inclusive, justifica a mudança de enfoque quanto à função da falência: mais do que reprimir o devedor, ela passou a objetivar, sobretudo, a salvaguarda dos interesses dos credores.

No que concerne ao Direito Francês, todavia, indispensável destacar dois pontos fundamentais³¹: (1) foi mediante a elaboração do Código Comercial de

²⁷ “Le «Code Savary», en dépit des ses faiblesses, va s'appliquer au-delà de la Révolution jusqu'à la promulgation du Code de Commerce de 1807, après une grosse colère de l'Empereur, provoquée par les faillites des fournisseurs aux armées et le risque de faillite de la nouvelle Banque de France” (MONÉGER, Joël, *De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le Commerce au Code de Commerce Français de 2000: Réflexion sur l'Aptitude du Droit Économique et Commercial à la Codification*, http://www.cairn.info/resume_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_182_0171, acesso em 22/09/2008, às 14:15, pág. 6).

²⁸ Sobre o Código de Bonaparte, Monéger leciona: “Quanto ao fundamento e aos objetivos, o Código de Comércio de Napoleão é exemplar da falta de visão prospectiva e de acompanhamento da mutação econômica em curso. Ele cuidava não de encorajar a criatividade dos comerciantes, mas de controlá-los. Bonaparte desejava que os comerciantes que não cumprissem suas obrigações fossem punidos” (“Quant au fond et aux objectifs, le code de commerce napoléonien est exemplaire du défaut de vision prospective et d'accompagnement de la mutation économique en cours. Il s'agissait, non d'encourager la créativité des commerçants, mais de les contrôler. Napoléon 1^{er} voulait que les commerçants ayant failli à leurs engagements fussent punis. La plus importante partie du code fut donc consacrée à la faillite et à la banqueroute, puis aux livres de commerce pour mieux surveiller le commerçant, ce délinquant potentiel”). MONÉGER, Joël, *De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le Commerce au Code de Commerce Français de 2000: Réflexion sur l'Aptitude du Droit Économique et Commercial à la Codification*, http://www.cairn.info/resume_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_182_0171, acesso em 22/09/2008, às 14:15, pág. 10).

²⁹ LOCRIÉ, J. G., *Esprit du Code de Commerce*. Apud REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16^a Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 10.

³⁰ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16^a Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 10.

³¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6^a Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 18.

1807 que se consagrou a falência como instituição exclusivamente comercial; (2) o Direito Comercial Francês foi fonte de inspiração para o regramento adotado em Portugal e, por consequência, no Brasil.

Napoleão também foi responsável, ainda que indiretamente, pelo evento histórico que se traduziu como divisor de águas para a prática comercial no Brasil: foi fugindo de seus exércitos que, em 1808, a Corte Portuguesa se instalou nestas terras, ocasião em que D. João abriu os portos brasileiros para o comércio internacional, por meio da Carta Régia de 28 de janeiro daquele ano.

Antes disso, porém, mesmo sob as restrições da condição de colônia, vislumbra-se a aplicação, no Brasil, das regras de Direito Comercial portuguesas. Essas regras constavam das Ordenações do Reino.

Deram início à sucessão de Ordenações as *Ordenações Afonsinas*, promulgadas no Século XV como primeira compilação de leis vigentes à época.

Quanto ao conteúdo falimentar, caracterizava-se a *quebra* pela cessação de pagamentos do devedor. Nos termos de Waldemar Ferreira: “*não pagando o devedor no tempo prometido e sendo por isso condenado judicialmente ao pagamento, se em tal caso o devedor andasse com burla, escondesse os bens ou os alienasse, com o fim de não satisfazer a dívida, havendo todavia por onde, seria êle detido e preso na cadeia, até que pagasse, a menos que o credor quisesse que não o prendessem*”³².

Assume relevo, nessa narrativa, a previsão de prisão do insolvente. Todavia, conforme informa Rubens Requião³³, o encarceramento podia ser evitado pela cessão de bens, a exemplo da *bonorum cessio* romana.

Ademais desse aspecto repressor, marcava o diploma a realização de execução sobre o patrimônio do devedor, sob inspiração do regimento da Casa Real de D. Dinis³⁴, de 1258, como também a instituição da moratória³⁵.

³² FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 20.

³³ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 14.

³⁴ “*Prescreveu D. Dinis, em 1258, que a execução deveria correr primeiro contra os bens móveis, e só quando êstes não bastassem, se venderiam também os imóveis, contanto que, da parte do devedor, se fôsse casado, não tivesse havido fraude em prejuízo da mulher*” (FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 20).

³⁵ Informa Waldemar Ferreira, acerca das moratórias ou cartas de espaço: “*as Ordenações Afonsinas as regulavam, estabelecendo, como princípios fundamentais do uso dêsse poder majestático, as seguintes regras, reproduzidas na obra de GAMA BARROS, a saber: 1º) que o espaço fôsse razoável, de modo que o credor não tivesse justo motivo de se queixar; 2º) que a concessão atendesse a algum fundamento justo e evidente, alegado pelo devedor; 3º) que o pagamento da dívida ficasse assegurado por fiança idônea, que*

Em 1521, D. Manuel mandou rever as *Ordenações Afonsinas*, surgindo, assim as *Ordenações Manuelinas*. Com a mudança, modernizou-se o estilo e suprimiram-se leis revogadas, mas a base afonsina foi mantida.

Na ausência de modificações vultosas, destaca-se a introdução do princípio da *prioridade na satisfação do direito de crédito em favor do que primeiro executava*³⁶. Nesse particular, ressalte-se que, na hipótese de pluralidade de credores, proceder-se-ia ao *concursum creditorum*, que não seria inspirado, contudo, pela *par conditio creditorum*.

As regras manoelinas foram substituídas pelas *Ordenações Filipinas*, editadas em 1603, no contexto do domínio espanhol sobre Portugal. Segundo destaca Requião, as novas normas “*maior influência tiveram no Brasil, devido ao florescimento da Colônia e o despertar das suas atividades mercantis. Nessa Ordenação ficou delineado o direito falimentar*”.

A edição das *Ordenações Filipinas* foi conseqüência lógica da intenção de D. Filipe II, consubstanciada oito anos antes na Lei de 8 de março de 1595, de *proteger e desenvolver o crédito*³⁷. O instituto da falência passou a focar-se, de modo específico, nos comerciantes.

Conforme o ensinamento de Alfredo Buzaid³⁸, sobrevivendo a quebra de comerciante, realizar-se-ia o concurso de credores. Por força deste, caso o devedor fosse condenado, teria seus bens penhorados, se os possuísse em montante suficiente para solver a dívida; do contrário, seria preso e mantido em cárcere até que efetuasse o pagamento. Estipulava-se, também, a faculdade de, a qualquer tempo, seja para evitar a condenação, seja para livrar-se da prisão, efetuar a cessão de seus bens.

Ocorre que este era o regime genérico, aplicável aos “*mercadores que quebram*”, primeira parte do título do Livro que cuida da falência no diploma em análise. Isso porque as *Ordenações Filipinas* estabeleciam regime diferenciado para os mercadores “*que se levantam com a fazenda alheia*”.

subsistiria, ainda depois de finda a moratória, pôsto que os bens do devedor abonassem largamente sua responsabilidade” (FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 21).

³⁶ FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 22.

³⁷ FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 23.

³⁸ BUZAID, Alfredo, *apud*. REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 14

Assim eram considerados os comerciantes que, após a quebra, refaziam-se mediante uso de mercadoria alheia ou dinheiro fruto de câmbio. Incidiam nas mesmas regras os *quebrados* que fugissem ou se escondessem. A previsão legal para tais hipóteses era de que fossem “*havidos por ladrões públicos, roubadores, e castigados com as mesmas penas, que por nossas Ordenações, e direito civil os ladrões públicos, se castigam, e percam a nobreza, e liberdades que tiverem para não haverem pena vil*”³⁹.

Ademais das sanções penais, todos os comerciantes que se enquadrassem na referida previsão normativa estavam proibidos de realizar a cessão⁴⁰.

Mais de um século depois, em 1755, Lisboa foi atingida por um terremoto cujos efeitos se fizeram sentir, drasticamente, em suas estruturas materiais e em sua vida econômica.

Dentre os muitos problemas daí decorrentes, a crise do crédito exigiu do então Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra, o Marquês de Pombal, atenção direta.

Por conseqüência, foi promulgado o Alvará de 13 de novembro de 1756, que tentava evitar a aplicação das regras relativas aos mercadores que quebravam e dos que se levantavam com a fazenda alheia, no intuito de “*consolidar o crédito público das Praças dêste Reino e seus domínios e de remover do comércio delas as dilações e os enganos que, sendo em todo o tempo incompatíveis com o trato mercantil, se fazem absolutamente intoleráveis*”⁴¹.

Por força do alvará, foi introduzida a nomenclatura *falência* e foi criada a Junta Comercial, cujas funções se traduziam na assistência a comerciantes sem acesso a crédito, para que se realizasse regularmente o procedimento falimentar, também tutelando, portanto, os interesses dos credores.

Eram apurados os bens do devedor e as causas da falência. Recebiam-se as ações relativas ao crédito junto àquele devedor. Os bens eram

³⁹ *apud* FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 24.

⁴⁰ Alfredo Buzaid contemplou as normas filipinas: “*Estavam, porém, proibidos de fazer a cessão de bens: os burlões e os inliçadores; os falidos; os que, citados em ação de cobrança, não acudissem à citação; os que, depois de condenados a pagar, houvessem alienado bens; os devedores à Fazenda Real*” (BUZOID, Alfredo, *apud* REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 14).

⁴¹ *Apud* FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 26.

apreendidos, para que, ao fim do julgamento, lhes fosse dada a destinação adequada, seja sob a forma de rateio, seja com a devolução ao devedor.

Caso a falência fosse considerada acidental, sem culpa, os bens seriam vendidos em leilão público e o valor seria dividido entre os credores, na medida da dívida, mas sem que se cogite de privilégios creditícios.

Em se tratando de falência fraudulenta, o processo seria encaminhado ao juízo conservador do comércio, perante o qual se realizaria processo penal.

Outros efeitos da falência se referem aos direitos civis: o comerciante que tivesse seus bens arrecadados seria considerado “civilmente morto”, muito embora fosse possível sua “ressurreição” em razão da realização da partilha.

Waldemar Ferreira finaliza, acerca do alvará, afirmando: *“não haverá exagero em dizer, como já foi dito, que no alvará de 13 de novembro de 1756 se deparam as linhas fundamentais do instituto da quebra, que constituiria a parte terceira do Código Comercial do Império do Brasil, de 1850”*⁴².

No que concerne ao período imperial brasileiro, o Código Comercial brasileiro, promulgado em 25 de junho de 1850, revela o primeiro conjunto de normas disciplinadoras do instituto após a independência do país.

Até então, continuaram a ser aplicadas no país as leis portuguesas que vigoravam no período colonial. A despeito disso, segundo relata Carvalho de Mendonça, *“as disposições do Código Comercial francês eram preferidas às das leis portuguesas, para regular e decidirem tôdas as questões originadas das falências”*⁴³.

Quanto ao regime da falência, o dito Código estipulava que ela se configuraria com a cessação de pagamentos por parte do comerciante, ainda que não se verificasse déficit em seu patrimônio.

Mauro R. Penteadó sintetiza o procedimento adotado à época:

“A falência poderia ser (1º) casual, (2º) com culpa ou (3º) fraudulenta (art. 798); no primeiro caso, quando a

⁴² FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 29.

⁴³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 62.

insolvência decorresse de 'accidentes' de casos fortuitos ou força maior (art. 799), dentre os quais se incluíam os que sucediam com comerciantes em situação regular (livros, documentos e contabilidade) e solvente, porém insolável, isto é, com fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mas sem a liquidez necessária para fazê-lo pontualmente (art. 898). No segundo, a culpa decorria das hipóteses arroladas no art. 800, dentre as quais se incluía a venda de mercadorias a preços inferiores aos correntes, o que a Lei 11.101/2005 qualifica como liquidação precipitada de ativos (art. 94, III, a). Também era taxada de culposa (art. 801) a falência decorrente de escrituração irregular ou de ausência ou ocultação do devedor comerciante, valendo notar que esta última hipótese figura no art. 94, III, f, da Lei ora comentada. Por fim, a falência fraudulenta (art. 802), que comportava 'cúmplices' (art. 803), decorria, dentre outras causas, da verificação de despesas fictícias, desvio de fundos e ausência ou falsificação de livros, hipóteses hoje previstas nas disposições penais da Lei 11.101/2005 (art. 168 e ss.)⁴⁴.

Outra particularidade do Código era a previsão da moratória, concedida judicialmente, em face da comprovação de que o inadimplemento se devia a fatores imprevisíveis ou de força maior.

Ocorre, todavia, que tanto as disposições de direito material quanto as processuais deram ensejo a muitas críticas. Os defeitos não foram sanados pelos Decretos n. 697/1850 e n. 1.597/1855, que a regularam. Ao longo dos anos, por conseqüência, foram-se somando as reclamações, até que ficou evidente⁴⁵ a necessidade de reforma legal.

A edição do Dec. 917 de 1890, já na fase republicana, constitui outro marco histórico acerca do regramento falimentar brasileiro. A mudança legislativa, já há muito desejada, ganhou impulso com o advento da crise do *encilhamento*.

Por força deste Decreto, a impontualidade foi introduzida como fator determinante da declaração da falência. Criou-se, igualmente, a figura do

⁴⁴ PENTEADO, Mauro R., *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 62.

⁴⁵ Em 1866, o Ministro da Justiça NABUCO projeto de reforma, com a seguinte justificativa: “*Há quatorze anos o nosso comércio acolheu esperançoso a legislação de 1850. O tempo, porém, veio demonstrar que não era senão ilusória a proteção que o código prometia aos credores. Com efeito, o nosso processo das falências, lento, complicado, dispendioso, importa sempre a ruína do falido e o sacrifício do credor. Uma dolorosa experiência tem demonstrado que os credores, apesar das fraudes de que são vítimas, descoroçados do resultado, abstêm-se desses processos eternos, e querem antes aceitar concordatas as mais ruinosas e ridículas. Os exemplos são freqüentes e de cada dia, não há que duvidar daquilo que vemos e deploramos (...)*” (*Apud MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 64*).

administrador da massa falida, o síndico. Também nessa ocasião, foram instituídos, como meios de prevenção da falência, a moratória, a cessão de bens e o acordo preventivo.

Carvalho de Mendonça⁴⁶ comenta, contudo, que a aplicação prática desses institutos acabou por ensejar a maior onda de fraudes até então vista.

Mauro R. Penteado⁴⁷ destaca a edição da Lei nº 859 de 1902, por meio da qual foram instituídas as figuras do “estado dos negócios” - situação de impontualidade sem relevante razão de direito, mas que, igualmente, determinava a falência – e do “estado de falência”, traduzido por atos e negócios que em muito se assemelham com os descritos no art. 94, III, da Lei 11.101/05.

Na seqüência, foram promulgados a Lei 2.024 de 1908 e o Dec. 5.746 de 1929, que corrigiu algumas lacunas deixadas pela referida lei, sem, contudo, alterar-lhe o sistema. Nas palavras de Miranda Valverde, tal sistema se traduziu como “*uma síntese bem formulada dos princípios que animavam o Dec. 917 de 1890*”⁴⁸.

Em face das inúmeras deficiências que persistiam na prática falimentar, idealizou-se novo movimento reformista, culminando na promulgação do Decreto-lei 7.661/45, que regulou falência e concordatas até sua revogação pela atual lei 11.101 de 2005.

Conforme observa Rubens Requião⁴⁹, deu ensejo à reforma, no contexto do Estado Novo, o desejo de fortalecer os poderes do Estado, o que se traduziu, neste particular, no aumento dos poderes do magistrado.

Em linhas gerais, o diploma se destinava a coibir fraudes durante o

⁴⁶ “O Dec. n. 917, de 24 de outubro de 1890, continha defeitos, é certo. Não se lhe pode, porém, contestar o mérito de haver aberto novos horizontes ao direito comercial pátrio. Quantos institutos não foram aí reconhecidos, cessando as incertezas que tantas perturbações trouxeram às relações mercantis? Infelizmente, os juízes em sua grande maioria, que o tiveram de aplicar, nunca se esforçaram pela realização das idéias da reforma. A jurisprudência nada fez em benefício do prestígio e eficácia da lei e conseqüentemente em garantia dos grandes interesses que esta visava acautelar e proteger. Os credores abusaram das vantagens que se lhes deram e procuraram tirar todo o partido da situação dos devedores. Estes, por sua vez, não tiveram mais escrúpulos desde que contaram com a impunidade” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 71).

⁴⁷ PENTEADO, Mauro R., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 62.

⁴⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falência*, Vol. 1, pág. 17. Apud PENTEADO, Mauro R., *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 64.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 21.

procedimento falimentar e conduzir à efetivação da *par conditio creditorum*. Para tanto, ampliou os deveres do síndico, a quem também atribuiu estabilidade, eliminando a figura do liquidatário; suprimiu, quase que integralmente, a assembléia de credores, que só se realizaria caso prevista para deliberar sob a forma de liquidação; renovou a natureza da concordata, que se tornou um favor a ser concedido pelo juiz.

Este último ponto evidencia caráter a ser destacado do Decreto-lei 7.661: o restabelecimento do comerciante, longe de ser uma prioridade para o Estado, era tratado tão-somente como um benefício do qual se valeriam devedores infelizes e honestos, caso fosse concedido pelo juiz⁵⁰.

Com efeito, observe-se o perfil do Decreto-lei nº 7.661/45, traçado por Mauro Penteado:

“O Dec.-lei 7.661 desdobrava-se em 14 títulos, subdivididos em Seções, os 9 primeiros dedicados inteiramente à falência (art. 1º usque 138), disciplinadas, a seguir, as concordatas, preventiva e suspensiva, em apenas um Título (X, dos arts. 139 a 185). O Título seguinte trata dos crimes falimentares, e os três últimos das disposições especiais, gerais e transitórias. A disposição topológica da matéria, a própria sistematização da lei anterior e o número de artigos dedicados às concordatas evidenciavam que a preocupação maior do legislador residia no concurso de credores, no processo de execução coletiva, visto que a concordata era então tratada como “favor legal”⁵¹.

O autor quis demonstrar que o regime anterior atribuía à falência caráter prioritário diante das crises enfrentadas pelos comerciantes. Nessa perspectiva, a declaração da quebra, com a liquidação do patrimônio, no mais das vezes, era vista como principal remédio para o comerciante em dificuldades.

⁵⁰ Sobre a realidade da Concordata, durante a vigência do regime anterior, Manoel Justino Bezerra Filho comenta: *“na realidade, a concordata havia passado a funcionar mais como instrumento do empresário mal-intencionado, que em grande parte das vezes estava preparando sua falência, protelando apenas a declaração da quebra, para ter tempo de melhor desviar bens e fraudar seus credores de forma impune”* (BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, São, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 46).

⁵¹ PENTEADO, Mauro R., *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 65.

I.3. A formação do novo regime jurídico da falência no Brasil.

No regime do Decreto-lei 7.661/45, o Direito Falimentar era encarado, acima de qualquer outro aspecto, como instrumento de proteção do crédito. Isso se torna evidente pela mera análise superficial do diploma, no qual sobressaem normas destinadas à liquidação do patrimônio do insolvente, a fim de garantir a satisfação dos seus débitos.

Sustentava-se, portanto, no pensamento clássico de que a finalidade da falência era a efetivação da *par conditio creditorum*⁵².

Talvez porque, conforme indica Manoel Justino Bezerra Filho⁵³, não houvesse desaparecido a máxima *falliti sunt fraudatores*, as regras referentes às concordatas e, menos ainda, sua aplicação judicial, não eram dotadas da força necessária para conquistar efeitos positivos. De uma maneira geral, o ordenamento jurídico não oferecia aos comerciantes em crise meios eficazes de recuperação.

A situação chegava a ser ainda mais grave, conforme relatado por Rubens Requião, eis que *“a falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos”*⁵⁴.

Nelson Abrão⁵⁵ afirma que a raiz do problema reside nas circunstâncias em que foi promulgada a Lei de Falência e Concordatas, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial: a partir daí, decorreram numerosas mudanças na Sociedade e na Economia, que percebeu notório desenvolvimento. O problema é

⁵² Por outro lado, por conseqüência do caráter autoritário do regime ditatorial, *“a nova lei mostrou-se inexorável contra os credores, restringindo-lhes o exercício de seus direitos creditórios. Não mais lhes é dado intervir no processo liquidatório, elegendo o liquidatário. Nem, tampouco, intervir na concordata, preventiva ou suspensiva da falência, senão em termos que lhes impossibilitam verdadeiramente defender, eficientemente, seus créditos. Instituiu-se, com evidente espírito fascista, o que impropriamente se tem chamado de concordata de autoridade. Ainda que os credores, unanimemente, se lhe oponham, ao Juiz é dado outorgá-la. Tudo pode ser isso, menos concordata”* (FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, São Paulo: Saraiva, 1965, pág. 49).

⁵³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, São, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 40.

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, vol. 2, 7ª Ed., pág. 248, *apud* FILHO, Manoel Justino Bezerra, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, São, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 41.

⁵⁵ ABRÃO, Nelson, *O Novo Direito Falimentar*, *apud* FILHO, Manoel Justino Bezerra, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, São, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 44.

que tais mudanças não foram acompanhadas por necessária reflexão legislativa.

O referido autor ressalta, igualmente, que as normas do Decreto-lei 7.661 se destinavam ao comerciante individual. Isso, em um contexto de crescimento das sociedades, fez este corpo de normas, que já nasceu em descompasso histórico, se tornar cada vez mais distante da realidade social.

Nesse ponto, oportuno destacar a observação de Caveri⁵⁶ no sentido de que o regramento da falência é um problema sem solução, já que precisa evoluir de maneira proporcional ao desenvolvimento do comércio. Nesses termos, o autor traduz a percepção de que o Direito Falimentar há de ser tão dinâmico como o próprio comércio, porque tende sempre a tornar-se obsoleto.

Por conseguinte, a própria essência do Direito Falimentar já fomentaria necessidade de atualização das normas pátrias; no caso da Lei de Falência e Concordatas, mais do que isso, a conclusão sobre sua inaptidão uniu a Doutrina em protestos por mudança.

Com efeito, a realização de uma análise crítica do regime anterior deu ensejo à percepção de problemas decorrentes de sua aplicação junto à economia do país. Rubens Approbato Machado os sintetiza:

*"A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também **se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial**. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. **Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivida**. Com a manutenção do modelo constante do Decreto-lei 7.661, se extinguíam, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira. **Esse quadro levou à necessária produção de uma reforma substancial da Lei de Falências, com o objetivo principal de preservação da empresa, dentro de seu novo conceito de fonte geradora de bens patrimoniais,***

⁵⁶ "Il tema dei fallimenti è un problema insoluto ed insolubile" (Apud MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, pág. 58)

econômicos e sociais⁵⁷.

Segundo Mauro R. Penteadó relata, “a transformação substantiva experimentada pela economia brasileira na segunda metade do século passado levou o Executivo, no Governo Itamar Franco, apesar da xenofobia e atraso que lhe são atribuídos, a submeter Mensagem ao Congresso, convertida no Projeto de Lei 4.376/1993, já prevendo a fórmula moderna da 'recuperação de empresa', tanto através de 'plano de recuperação econômica e financeira' apresentado pelo devedor (arts. 9º e ss.), seja através de concordata preventiva, remoçada e também qualificada como meio de recuperação de empresa (art. 28)⁵⁸.”

Como o trecho citado explicita, a atuação concreta no sentido de reforma ocorreu no início da década de 1990, quase cinquenta anos depois da promulgação do Decreto-lei 7.661/45.

Por trás disso, a influência cada vez maior de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional, com quem o Governo Federal havia firmado compromisso de editar nova lei falimentar. Esta, naturalmente, seguiria seus princípios e diretrizes⁵⁹, a serem aplicados junto aos países em desenvolvimento econômico, com o fito de criar um *ambiente favorável* no mercado brasileiro.

No intervalo de tempo que antecedeu à conversão daquele Projeto na Nova Lei Falimentar, cumpre destacar a superveniência de outra expressiva mudança no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação do Código Civil de 2002.

⁵⁷ MACHADO, Rubens Approbato, *A nova lei de falências*. Apud SOUZA, Carlos Fernando Mathias de, *A legislação de falência no direito brasileiro: o regime anterior à Lei nº 11.101/05*, <http://www.aba.adv.br/index.php?action=verartigos&idartigo=60>, acesso em 02/10/2008, às 00:25.

⁵⁸ PENTEADO, Mauro R., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 58.

⁵⁹ “O fato tem confirmação oficial: Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa (os dois primeiros, Secretário e Secretário Adjunto de Política Econômica do Ministério da Fazenda, o terceiro, Coordenador-Geral daquela Secretaria, e a última, Analista do Depto. De Estudos e Pesquisas do BACEN) informam que 'a aprovação da nova Lei de Falências e recuperação de Empresas constitui um marco na agenda de aperfeiçoamento institucional que o governo vem implementando na economia brasileira. Em consonância com as melhores práticas adotadas internacionalmente (World Bank, 2001), a nova Lei estimula o investimento, o crédito e o emprego no Brasil” (PENTEADO, Mauro R., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 58).

Dentre as modificações que realizou, o novo diploma civil, ao introduzir a matéria intitulada *Do Direito de Empresa* no Livro II da Parte Especial, revogou toda a primeira parte do Código Comercial de 1850. Inovou ao substituir a Teoria do Atos de Comércio, utilizada pelo Código Comercial para caracterizar a figura do comerciante, pela Teoria da Empresa, importada do Direito Italiano.

Com efeito, o art. 4º da Lei 556 de 1850 estabelecia, como critérios para definir quem era considerado comerciante, a matrícula em algum dos Tribunais de Comércio do Império e a prática da mercancia como profissão habitual.

Doutrina e Jurisprudência, todavia, ressentiam-se da vagueza do conceito, que dificultava sua aplicação na prática. Um dos aspectos do problema era a caracterização do sujeito passível de falência.

O art. 966 do Código Civil de 2002, por sua vez, prescreve o seguinte:

*“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.*

Por força deste conceito, as normas de direito empresarial, assim como as reguladoras da falência, passaram a incidir sobre os sujeitos que exerçam atividade empresarial. A definição do sujeito passivo destas normas, portanto, foi inspirada por aspecto subjetivo, alcançando tanto empresários civis quanto comerciais, bem como objetivo, considerando-se os fatores economicidade, organização e profissionalismo.

Ademais, logrou-se distinguir⁶⁰ o sujeito empresário – seja empresário individual, seja sociedade empresária – da atividade empresarial, ponto que se coaduna integralmente com as novas idéias que passaram a inspirar o

⁶⁰ Essa distinção é feita à luz da doutrina do italiano Alberto Asquini, que, originalmente, demonstrou os vários aspectos, tal qual um poliedro, pelos quais poderia ser encarada a noção de empresa. O autor destacou os seguintes perfis: subjetivo, enquanto empresário; funcional, como atividade; objetivo, pelo aspecto patrimonial; “e corporativo, na acepção própria que esta palavra assumia no regime autoritário sob o qual o Código italiano foi editado” (PENTEADO, Mauro R., *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 97).

Direito Falimentar.

Com efeito, somou-se ao conjunto de fatores determinantes da reforma a constatação de que as repercussões advindas da falência empresarial transcendem os interesses dos credores. Em verdade, percebeu-se que crises empresariais produzem efeitos na órbita do interesse público, o que se traduz na lição de Waldírio Bulgarelli:

“Não se pode ocultar, por outro lado, o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas, uma série de interesses que gritavam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, o Estado, por meio dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa”⁶¹.

Em síntese, ganhou atenção e força a noção de função social da empresa. E o reconhecimento disso, em convergência com a distinção entre empresa e empresário, acarretou a consagração de princípio fundamental para a elaboração da nova lei: o princípio da preservação da empresa.

Com efeito, à luz deste princípio, realizou-se uma reforma que atingiu os alicerces do Direito Falimentar Brasileiro, porquanto representou a mudança de suas diretrizes, de suas metas, de seus fundamentos.

A promulgação da Lei 11.101 de 2005 acarretou a inauguração de fase largamente distinta no regime anterior, ao menos no tocante ao direito positivo.

Com o escopo de adaptar a lei falimentar à realidade social, alterou-se, quase que de modo integral, tanto matéria quanto estrutura legal.

A influência do princípio da preservação da empresa se evidencia tanto na recuperação de empresa quanto na falência. Observe-se:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁶¹ BULGARELLI, Waldirio, *A Reforma da Lei de Falências e Concordatas*. Apud PENTEADO, Mauro R., *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 57.

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

A idéia de função social da empresa está ligada à aceção da atividade empresarial. Quanto aos efeitos da quebra, constatou-se que o prejuízo mais relevante, porque interfere no interesse público, era a extinção da atividade econômica. Por conseqüência, o objetivo maior da lei é preservar a empresa em si.

Ademais disso, porém, buscar-se-á, por meio do novo instituto da recuperação de empresa, o restabelecimento do empresário. Sua introdução visa a garantir meios eficazes, não fornecidos pelo Decreto-lei 7.661/45, para que empresários individuais e sociedades empresárias saiam da situação de crise.

A falência ficou caracterizada como hipótese derradeira, no caso de a recuperação ser inviável. Ainda assim, tem, em comum com a recuperação de empresa, o objetivo de salvaguardar a atividade produtiva, responsável pela geração de riqueza e pelo desenvolvimento social e econômico do país.

Importante notar⁶² que a nova feição do instituto não renuncia à aplicação da *par conditio creditorum* e ao objetivo de saneamento do meio empresarial.

É evidente: o empresário insolvente e cuja recuperação seja inviável será afastado, com o fito de evitar o agravamento da situação, que abalaria a economia e a segurança do mercado. O crédito será protegido, seja por prevenção, seja pelos remédios dispostos na lei.

A diferença é que não constituirão aspectos principais da falência, mas tão-somente elementos seus. Subjugados pelo interesse público, figuram na lei como mecanismos da garantia geral do crédito.

Amador Paes de Almeida⁶³ destaca, ainda, os seguintes princípios orientadores da nova lei: proteção aos trabalhadores; redução do custo do crédito no

⁶² É a lição de Rubens Requião: “Na ordem da análise de Jaeger, tanto a *par conditio creditorum* como o saneamento empresarial constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, mas ambos os princípios não se sobressaem dominadores, mas se compõem ou se constituem como elementos imprescindíveis à garantia geral do crédito, que deve ser promovido e assegurado pelo Estado, através da lei” (Apud PENTEADO, Mauro R., *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 80).

⁶³ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006,

Brasil; celeridade e eficiência dos processos judiciais; segurança jurídica; participação ativa dos credores; maximização do valor dos ativos do falido; desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Em linhas gerais, é possível dizer que os princípios consagrados satisfazem, em tese, os pontos cuja mudança se impunha. É a aplicação da lei, contudo, que revelará em que nível serão atingidos os objetivos no caso concreto, assim como o modo de conciliação dos princípios com as normas consubstanciadoras de privilégios, notadamente do capital financeiro.

II – A FALÊNCIA E O DIREITO FALIMENTAR

A expressão “falência” designa fenômeno multifacetado. É composto por diferentes matizes, e a tarefa de defini-lo exige a adoção de alguma das perspectivas pelas quais pode ser encarado.

Em sua complexidade, deve ser considerado, primordialmente, enquanto fenômeno econômico e enquanto fenômeno jurídico.

Representa assim, a um só tempo, situação de fato e conseqüências jurídicas. O exame didático pressupõe a separação, na medida do possível, dessas feições. Diz-se *na medida do possível* porque são ângulos distintos da mesma questão, tendo existência conjunta.

II.1 – Caracterização do estado de falência.

A visão da falência enquanto fenômeno econômico está intrinsecamente relacionada ao seu caráter social; refere-se às circunstâncias que caracterizam a situação do *falido*.

Na atual conjuntura do Direito Falimentar brasileiro, a falência, como fenômeno econômico, se materializa com a superveniência de “crise econômico-financeira a partir da qual não se afirme alternativa de superação que seja viável”⁶⁴, nas palavras de Gladston Mamede.

Manoel Justino de Bezerra filho⁶⁵ esclarece a situação: a crise financeira se evidencia quando o devedor não tem dinheiro para pagar suas dívidas vencidas; essa circunstância viabilizará a realização de protesto pelo credor, em razão da inexistência ou insuficiência de recursos.

A crise econômica, por sua vez, é mais profunda. Por força desta, o

⁶⁴ MAMEDE, Gladston, *Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2006, pág. 307.

⁶⁵ FILHO, Manoel Justino Bezerra, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 204.

devedor não consegue responder por suas obrigações, sejam dívidas vencidas, sejam dívidas ainda por vencer. Isso porque seu negócio não apresenta rentabilidade suficiente para tanto. Na situação de crise econômica, a tendência é de acumulação de dívidas. Caso ela se demonstre irreversível, a configuração do quadro de quebra é inevitável.

Trata-se, portanto, de situação de fato, que traduz condição patrimonial desfavorável, em que se constata impossibilidade de recuperação⁶⁶.

Nesse ponto, duas observações são salutares:

(I) Pela consagração da função social da empresa, a falência deixa de ser encarada como um fim em si mesmo; constitui, assim, um meio de satisfação e preservação dos interesses envolvidos, mas não só: é, também, meio derradeiro, última hipótese a ser aplicada. Dessa maneira, apenas se cogitará da falência quando restar evidente a impossibilidade de recuperação daquela empresa, por quaisquer dos meios admitidos pela Lei 11.101/2005.

(II) O estado falimentar é, invariavelmente, estado de crise. Sua identificação, nesse passo, pressupõe a verificação de algum dos elementos que caracterize a crise do empresário ou da sociedade empresária, nos termos dispostos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Historicamente falando, a crise falimentar tem sido identificada pela cessação generalizada de pagamentos, ou seja, de modo genérico, pela circunstância de o patrimônio ativo do devedor ser incapaz de responder pelas dívidas componentes de seu patrimônio passivo.

É importante observar, todavia, que a visualização da crise

⁶⁶ O mestre em Administração de Empresas José Pereira da Silva enumerou causas que podem levar à falência de uma empresa: “(a) planos de expansão, quando se cresce em dinheiro emprestado; (b) administração de giro – uma inadequada administração de estoques, dos prazos de pagamento das compras e de recebimento das vendas; © margem e lucro – descuido, em época de inflação com a margem bruta, que pode ser enganosa, especialmente quando o giro do estoque for lento; (d) nível de endividamento – as despesas financeiras e a amortização do principal, fatores que recomendam extremo cuidado, especialmente em época de elevadas taxas de juros. Em muitos casos, mesmo com taxas de juro subsidiadas, a atividade da empresa pode não gerar recursos em tempo hábil para pagar juros e amortizar o principal; (e) os aspectos gerenciais (a competência administrativa) – fatores de primeira grandeza, até para suspeitar de previsões excessivamente otimistas” (apud JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 189).

empresarial não pode ser tão simplista, sob pena de ser temerária, como afirma Mamede.

Na prática, a utilização de conceitos como patrimônio ativo, patrimônio passivo, insolvência, insolvabilidade, pode se revelar dificultosa.

Com efeito, o resultado de uma operação puramente matemática relativa ao patrimônio ativo e passivo do devedor pode não ser condizente com a realidade; o fato da inadimplência não necessariamente implica crise econômica insolúvel. Nesse sentido, Carvalho de Mendonça afirma que *“vai perdendo cada dia mais terreno o critério preconizado pelos antigos juriconsultos italianos e abraçado pelo velho direito germânico, a ‘insuficiência do ativo para cobrir o passivo, conhecido na teoria sob a denominação de sistema de desequilíbrio econômico. O excesso do passivo sobre o ativo não passa de um fato apreciável no domínio da contabilidade’*⁶⁷.

Por conseguinte, ainda que, historicamente, o estado falimentar fosse identificado pela insuficiência do ativo diante do passivo, revelou-se necessária a mudança de orientação, a fim de que fossem atendidos os fins sociais da empresa e do instituto da falência.

A opção adotada pelo Direito Falimentar Brasileiro reflete essa nova orientação, retratada por Gladston Mamede:

*“Preferiu-se uma solução mista, na qual apenas para o pedido de autofalência, ou seja, apenas quando a falência é confessada pelo próprio empresário ou sociedade empresária, parte-se da demonstração contábil da existência de um quadro de insolvência, uma crise econômica-financeira que recomenda a liquidação da empresa em procedimento concursal. Em oposição, para as situações em que se pede a falência de outrem, não se faz necessário qualificar e caracterizar o estado falimentar por uma dimensão essencial, isto é, por elementos que busquem aferir a verdade intrínseca da situação patrimonial do empresário ou da sociedade empresária. Aceita-se que a demonstração do estado falimentar se faça por presunção ‘juris tantum’ (presunção relativa), a partir de elementos externos que seriam indicadores da situação falimentar”*⁶⁸.

⁶⁷ Apud PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 78.

⁶⁸ MAMEDE, Gladston, *Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2006, pág. 314.

Esse raciocínio abriu as portas para uma caracterização formal da falência, para a qual se utilizam os indícios entendidos pelo legislador como suficientes para apontar uma *provável falência*. Esses elementos determinam presunção relativa do quadro falimentar e, portanto, consubstanciam *insolvência aparente*⁶⁹, viabilizando o *pedido* de falência do devedor.

A distinção é tratada por Waldo Fazzio Júnior:

“O devedor pode ter capacidade de pagar, mas se descumprir a obrigação de pagamento, presume-se insolvente. De outra parte, pode descumprir essa obrigação e, no entanto, ter aptidão de pagar, ou seja, não estar insolvente. Quer dizer, embora economicamente solvente, o devedor pode se apresentar juridicamente insolvente. Para o direito concursal, a insolvência interessa como presunção de um descumprimento. A ação de falência promovida pelo credor emerge de uma presunção que, se não desfeita, cria o estado jurídico processual de falência. Em resumo, a presunção jurídica serve para deslindar as relações derivadas da inobservância do dever de cumprir obrigações de pagar. Todo o processo de falência está assentado, pois, numa presunção e num descumprimento”⁷⁰.

No regime da Lei de Falência e Concordatas⁷¹, tal estado se materializava por força de título líquido e certo ou pela prática de atos de falência,

⁶⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 393.

⁷⁰ JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, págs. 188/189.

⁷¹ “Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”.

“Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

I - executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens a penhora, dentro do prazo legal;

II - procede a liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos;

III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens;

IV - realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado, ou alienação de parte ou da totalidade do seu ativo a terceiro, credor ou não;

V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;

VI - dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos;

VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio”.

que autorizavam o pedido de sua decretação.

Já no contexto da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, a conduta caracterizada como ato de falência no art. 2º, I, do Decreto-lei 7.661/45 ganha destaque, passando a constar de inciso específico (art. 94, II, da Lei 11.101/05).

Observe-se a configuração dada pela nova lei ao elenco de hipóteses que determinam a presunção – *juris tantum* – da *insolvência econômica* do devedor:

- **“Sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência” (art. 94, I, da Lei 11.101/05);**

Na convergência dos requisitos desse dispositivo, configura-se ou, mais precisamente, presume-se o mero estado de falência, com existência limitada ao plano fático. Significa dizer que o não pagamento de dívida, objeto de título executivo protestado, no valor de 40 salários mínimos, por si só, não determina efeitos no mundo jurídico falimentar. Efeitos jurídicos dessa ordem pressupõem a efetuação do pedido de falência⁷².

Por força do dispositivo, a primeira circunstância que sobressai é a de que o devedor que não tenha efetuado o pagamento por *relevante razão de direito* não pode ter sua falência requerida.

O art. 96 da Lei 11.101/05 traz rol exemplificativo do que possa constituir razão de direito relevante, a exemplo da prescrição, da falsidade do título ou do vício no protesto. O rol não é exaustivo porque se admite a comprovação de qualquer causa que desconstitua a dívida.

Além disso, para que se peça falência com base *nesse* dispositivo, é

⁷² Manoel Justino Bezerra Filho comenta o tema: “*evidentemente, o empresário pode manter-se indefinidamente em situação de 'falência de fato', não passando desta para a situação de 'falência de direito', bastando, para tanto, que nenhum dos credores se interesse por pedir a falência. Aliás, trata-se de situação bastante comum, sendo grande o número de empresários que simplesmente 'fecham as portas' com dívidas e, mesmo assim, sua falência nunca vem a ser requerida*” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 248).

preciso que a dívida esteja vencida e seja líquida e certa, até porque deve estar materializada em título executivo.

No que concerne aos títulos executivos, a previsão genérica do art. 94, I, indica que o protesto é exigido tanto nos títulos extrajudiciais quanto nos judiciais.

Por força do disposto no inciso II do mesmo dispositivo, contudo, há quem interprete a nova regra da seguinte maneira: quanto aos títulos executivos extrajudiciais, não haveria dúvidas; só cabe o pedido de falência mediante protesto e com o atendimento do valor de alçada; no que concerne aos títulos judiciais, por outro lado, essa parcela da doutrina afirma que essas restrições não se aplicam. Isso porque o título judicial, a despeito do valor, pode ensejar – sem protesto – pedido de falência em razão de execução frustrada.

Em oposição a essa corrente, defendendo o texto legal, confira-se a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

*“A prova da impontualidade é sempre o protesto do título por falta de pagamento. **Qualquer que seja o documento representativo da obrigação a que se refere a impontualidade injustificada, deve ser protestado.** Se for título de crédito (letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédula de crédito etc.), o protesto cambial basta à caracterização da impontualidade, mesmo que extemporâneo, isto é, ainda que ultrapassado o prazo fixado na legislação cambial para a conservação do direito de regresso contra os co-devedores. Protestado o título por falta de pagamento a qualquer tempo, caracteriza-se a impontualidade injustificada do devedor principal (aceitante da letra de câmbio, subscritor da nota promissória, emitente do cheque ou sacado da duplicata). Para a decretação da falência de co-devedor (avalista, endossante etc.), hipótese mais rara embora igualmente possível, o protesto cambial deve ter sido providenciado pelo credor no prazo da lei cambiária, visto ser esta uma condição de exigibilidade da obrigação, no caso. De outro lado, **não se tratando de título sujeito a protesto cambial (sentença judicial, certidão de dívida ativa etc.), será ele também protestado como forma de caracterização da impontualidade (é o chamado protesto especial da falência). Nenhum outro meio de prova – testemunhal, documental etc. - é apto a essa finalidade, isto é, demonstrar a impontualidade para os fins da lei falimentar**”⁷³ (grifo nosso).*

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 254.

Como se vê, o autor entende a falta de protesto como um impedimento para o pedido de falência com base no art. 94, I, da Lei 11.101/05. Isso porque considera o protesto, nesse caso, como meio de prova da impontualidade, que é o critério fundamental adotado no inciso.

O fato, contudo, é que, independentemente de ser adotada interpretação literal ou extensiva, o credor munido de título judicial terá essas duas opções.

Por fim, quanto à exigência de que a dívida supere o valor de quarenta salários-mínimos, visa-se a evitar pedidos de falência abusivos, como na hipótese de dívida de pequeno valor e inexistência de pluralidade de credores.

Extrapolam a finalidade da norma, credores que pretendem, com o pedido de falência, cobrar o débito e/ou ver manchada a reputação do devedor, no meio empresarial. Pretendeu-se, portanto, instituir um patamar de razoabilidade para a falência.

Com efeito, é nesse sentido a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“A mudança mais significativa na definição do fato caracterizador da falência está na exigência, da nova lei, de impontualidade injustificada atinente a obrigações de pelo menos 40 salários-mínimos. Com o intuito de minar a vocação de ação de cobrança do pedido de falência, a lei impede que o credor titular de crédito inferior a esse limite mínimo se valha de qualquer outro meio processual senão a execução”⁷⁴.

Destaque-se, todavia, que não se exige que esse valor seja atingido por um só credor, uma só obrigação ou um único título. É possível, pois, que um credor, munido de vários títulos de pequena monta, reúna-os para atender ao requisito legal; igualmente possível que se unam vários credores, por força de obrigações autônomas, para pedir a falência do devedor comum.

- **“Executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal” (art. 94, II, da mesma lei);**

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 251.

Cuida-se de caso de execução frustrada. Ocorre quando, contra o devedor inadimplente por obrigação líquida e certa, se promove execução individual, que não logra êxito. A circunstância de o devedor não pagar, tampouco nomear bens à penhora constitui indicativo de que ele não possui recursos para satisfazer a dívida.

Também neste caso, fica presumida a crise econômica do devedor e, em atenção ao § 4º do mesmo dispositivo, “o exeqüente deve, então, solicitar uma certidão atestando a falta do pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora, para, em seguida, formular, perante o juiz competente, o pedido de falência instruído com aquele documento”⁷⁵. Nesse ponto, doutrina e jurisprudência divergem sobre a possibilidade de suspensão da execução ou exigibilidade de sua extinção, como condição para que se dê início ao processo de falência.

Manoel Justino Bezerra Filho⁷⁶ anota que, em sendo competente o juiz, a citação para fins de falência deve ser efetuada nos próprios autos da execução, em atenção aos princípios da celeridade e da economia processual, consagrados para o processo falimentar.

Nesta hipótese, o legislador entendeu por bem não estabelecer qualquer restrição de valor; a razão é de ordem lógica, já que não há como se cogitar de abuso quanto ao devedor que se mantém inerte em face de execução.

Conforme ressalta Vera Helena de Mello Franco, cuida-se, aqui, não de mero inadimplemento, e sim da impossibilidade de pagar, “já que quem não paga, nem nomeia bens à penhora no prazo legal está provavelmente falido”⁷⁷.

Essa afirmação é corroborada pela inadmissibilidade de aplicação, em tais casos, de justificativas para a impontualidade, ao contrário da hipótese anterior. Nesse sentido decidiu, recentemente o TJDF, no bojo do processo [20080020033106AGI](#) DF:

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 255.

⁷⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 252.

⁷⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 395.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE FALÊNCIA (ART. 94, INCISO II, DA LEI Nº 11.101/2005). SENTENÇA. NOTA PROMISSÓRIA. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ESCLARECIMENTO QUANTO À ORIGEM DA DÍVIDA. DESNECESSIDADE.

- AS EXCLUDENTES PARA A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA, CONTEMPLADAS NO ART. 96 DA LEI 11.101/2005, APLICAM-SE À HIPÓTESE DE PEDIDO DE QUEBRA COM BASE NO ART. 94, INCISO I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, MAS NÃO AOS CASOS DE EXECUÇÃO FRUSTRADA (ART. 94, INCISO II, DA LEI 11.101/2005).

- RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME”.

Cumprido destacar, todavia, a restrição de que a execução se refira a quantia líquida, de modo que restam excluídos os casos de execução para entrega de coisa certa e coisa incerta, assim como de obrigações de fazer e de não fazer. A sentença para pagar quantia certa, portanto, está albergada pela previsão legal.

Lembre-se que, na hipótese de sentença para pagar quantia certa – que continua, a teor do art. 475-N, I, do Código de Processo Civil – sendo considerada título executivo judicial, abrem-se duas possibilidades de pedido de falência:

1) Com fundamento no art. 94, inc. I, da Lei 11.101/05, hipótese em que o protesto, de acordo com o texto legal, será exigido;

2) Com finco no inciso II do mesmo dispositivo, caso em que a realização do protesto será facultativa, bastando a comprovação da incorrência de pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora.

Por fim, a observação de Manoel Justino Bezerra Filho:

“O cuidado maior a ser tomado a partir das alterações do CPC diz respeito ao art. 736, que permite a oposição de embargos do devedor, independentemente da penhora. Em tal caso, aquele que pretende prevenir-se para futuro requerimento de falência, deve peticionar ao juiz da execução, esclarecendo tal posicionamento e pedindo que o devedor seja intimado especificamente para pagar, depositar ou oferecer bens à penhora, sob pena de caracteriza-se a execução frustrada para fins falimentares”⁷⁸.

⁷⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 253.

- **“pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:**
 - a) **procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;**
 - b) **realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;**
 - c) **transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;**
 - d) **simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;**
 - e) **dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;**
 - f) **ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;**
 - g) **deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial” (art. 94, III, da Lei 11.101/05).**

Vera Helena de Mello Franco sintetiza a razão de ser da atenção dada pelo legislador falimentar aos chamados atos de falência:

“Não há ainda impontualidade ou o inadimplemento de qualquer obrigação. Mas a prática daqueles atos, independente da intenção de prejudicar, pode esvaziar o patrimônio do empresário em detrimento de seus credores. Representam, portanto, uma ameaça à esfera jurídica dos terceiros credores e é esta a ameaça que a Lei leva em consideração”⁷⁹.

Por conseguinte, note-se que a alínea *a* agrega duas situações distintas: a liquidação precipitada de ativos e a utilização de meios ruinosos ou fraudulentos para efetuar pagamentos. Compartilham o objetivo de proteger o credor de situação em que o devedor esteja, notoriamente, desfazendo-se de seu patrimônio ou dilapidando-o, de modo que se torne possível a visualização de um futuro inadimplemento ou mesmo execução frustrada.

⁷⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 395.

Conforme observa Miranda Valverde⁸⁰, na materialização destas hipóteses, pode-se perceber malícia do devedor, que não possui a intenção de satisfazer seus débitos. Mas tal elemento, por sua subjetividade, não é exigido para a configuração da norma.

Por liquidação precipitada, deve-se compreender “a venda apressada dos bens que compõem o seu ativo, por preços injustificados, inclusive, por vezes, inferiores ao do custo”⁸¹, o que não corresponde, contudo, às vendas de produtos em liquidação, com o objetivo finalizar o estoque.

A utilização de meios ruinosos ou fraudulentos, por sua vez, consiste no emprego, visando à obtenção de bens ou recursos financeiros, de artifícios antijurídicos ou prejudiciais ao credor.

Na lição de José da Silva Pacheco:

“Pode este se configurar quando o empresário realiza negócios desastrosos, abusa de responsabilidades de mero favor, toma empréstimos a juros excessivos, ou aliena máquinas ou instrumentos indispensáveis à atividade empresarial a que se dedica”⁸².

O autor lembra, ainda, que meios ruinosos e meios meramente onerosos não se confundem, porquanto estes não necessariamente prejudicam a atividade (e os credores). O requisito essencial é o comprometimento da continuidade da atuação empresarial, bem como diminuição da receita e do crédito.

A alínea *b*, por sua vez, aprecia a hipótese de negócio simulado ou alienação de bens que se realizem com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores; compreende, igualmente, a tentativa desses atos, que se demonstre inequivocamente. De uma maneira geral, refere-se à intenção do devedor de furto a garantia dos credores, consistente em seu patrimônio ativo.

Por força da alínea *c*, a transferência, venda ou cessão de estabelecimento a terceiro apenas não viabiliza o pedido de falência se ocorrer com

⁸⁰ *Apud* FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 395.

⁸¹ FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 395.

⁸² PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 232.

o consentimento dos credores e desde que restem, com o devedor, bens suficientes para saldar suas dívidas.

Relaciona-se com esse dispositivo o art. 1.146 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

É pertinente, entretanto, a observação de José da Silva Pacheco, no sentido de que *“o fato de constar do contrato de transferência a cláusula de responder o adquirente pelo passivo do alienante não elide a falência, se não houver a aquiescência dos credores”*.

Na seqüência, a hipótese da alínea *d* também cogita do ânimo de prejudicar o credor, ou burlar a legislação ou fiscalização, valendo-se o devedor, para tanto, de negócio simulado de transferência de seu principal estabelecimento.

O teor da alínea *e* é explicado por José da Silva Pacheco:

“Trata-se de composição de dívidas antigas, em que o devedor oferece garantia real (hipoteca, penhor, caução de títulos etc.) em favor de um ou alguns credores em detrimento dos outros ou da maioria, por não deixar bens livres e desembaraçados para atendê-los”⁸³

Já a alínea *f*, por sua vez, cuida da presunção de falência daquele que abandona a empresa, sem deixar representante para a administração dos negócios, tampouco recursos para pagar credores. Não se exige, nesse caso, o ânimo direto de prejudicar os credores, que pode estar ou não presente, haja vista que a tentativa de ocultação é tão-somente uma entre as hipóteses de concretização do dispositivo.

Configura a situação, na verdade, a ausência de gerência dos negócios e de meios para satisfazer dos débitos. Isso pode ocorrer a despeito de a

⁸³ PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 235.

empresa continuar em funcionamento.

Por razões de ordem lógica, consubstancia ato falimentar o descumprimento de obrigação que conste do plano de recuperação judicial, consoante disposto na alínea g. Evidentemente, a regra se destina aos devedores que, na tentativa de se reabilitarem junto ao meio empresarial, enfrentem esse tipo de procedimento.

Na realidade, o descumprimento de obrigação objeto do plano de recuperação judicial autoriza o juiz competente a decretar a falência *ex officio*, em face do art. 73, IV da lei em epígrafe; a previsão desta alínea tem em vista a omissão do juízo.

Ademais, em conhecendo as situações que implicam a sua presunção, cumpre lembrar que a condição de *falido* é própria do empresário, seja ele empresário individual ou sociedade empresária. Trata-se de pressuposto inafastável para a configuração da falência, uma vez que se trata de instituto essencialmente relacionado ao Direito Empresarial.

Tal exigência encontra-se positivada, por força do art. 1º da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

A definição destes sujeitos, por sua vez, decorre do texto do Código Civil Brasileiro:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais

O critério utilizado pelo legislador para definir quem seja empresário

é, assim, o exercício de atividade empresarial. As normas da nova lei falimentar não incidem, portanto, sobre pessoas físicas, fundações, associações e sociedades simples, desprovidas desse atributo. Em tais casos, o procedimento a ser seguido é o da insolvência civil.

Ainda por consequência da adoção desse critério, “*as sociedades civis que existiam no regime do Código Civil anterior, sujeitam-se às disposições desta lei se apresentarem o elemento de empresa*”⁸⁴.

Por fim, delimitando o rol de sujeitos passíveis de incidir em falência, a Lei 11.101/2005 dispõe:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, o fator determinante para sua exclusão foi o interesse público. No que concerne às demais, apontou-se a especificidade das atividades desenvolvidas, determinando necessidade de *tratamento especial*.

II.2 – O caráter processual da falência.

Conforme já se adiantou, a outra faceta a ser destacada é a *falência enquanto processo falimentar*. Essa acepção da falência assume importância fundamental, motivo que leva alguns autores, a exemplo de Provincialli e Augustín

⁸⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 57.

Vicente y Gella⁸⁵, bem como Fábio Ulhoa Coelho⁸⁶, a definir o instituto por esse ângulo.

Seu reconhecimento é consequência direta da evolução do instituto ao longo dos anos. À época em que se vislumbrava na falência finalidade primordial ou meramente punitiva, pode-se perceber que a falência – e seus efeitos repressores – era considerada um fim em si mesmo, a pena a ser aplicada ao devedor-fraudador.

Mesmo com o afastamento da caracterização penal, seguiu-se considerando a decretação da falência como fim, e não como meio, na medida que era entendida como alternativa mais favorável para os casos de insolvência empresarial, a exemplo do que se dava sob o regime anterior, do Decreto-lei 7.661/45.

A lei vigente inova ao tratar a falência como procedimento adequado para que, em última instância, sejam atingidos os fins de preservação da empresa que passa por crise de recuperação inviável. Consagra, destarte, a visão da falência como instrumento, e não mais como fim.

Nessa perspectiva, a lição de Rubens Requião expressa a razão de ser do instituto:

“A insolvência – importante é compreender – constitui um fato. Pertence ao domínio dos fatos econômicos no âmbito da empresa. O Direito Falimentar dele não conhece, a não ser quando, transpondo-se do campo fático, ingressa no terreno jurídico. Surge, então, através do conhecimento do magistrado, de sua sentença declaratória, a falência, como um estado de direito. Esse estado de direito, ordenado e sistematizado pela lei, é o que entendemos, no conhecimento jurídico, por falência”.

O processo falimentar, por conseguinte, tem o condão de transpor o estado de falência (insolvência) do campo dos fatos humanos ou, mais precisamente, fatos empresariais, para o campo dos fatos jurídicos.

Sua relevância se concentra no fato de constituir o instrumento para sanar a crise irreversível da empresa: ainda que não seja viável a recuperação do

⁸⁵ Apud ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 18.

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 192.

empresário ou sociedade empresária – uma vez que a falência, no regime atual, é *ultima ratio* –, consubstancia meio de salvaguarda dos interesses envolvidos e de preservação do *avviamento*⁸⁷.

Para tanto, é exigida a concorrência de três pressupostos⁸⁸:

- Pressuposto material subjetivo: agente econômico – empresário individual ou sociedade empresária;
- Pressuposto material objetivo: presunção não ilidida de falência, consistente em, pelo menos, uma das causas acima tratadas;
- Pressuposto formal: sentença de falência, veículo formal dos efeitos liquidatários do processo falimentar.

Em síntese, na configuração dada pela Lei nº 11.101/2005, trata-se do procedimento responsável pela concretização da situação jurídica de falência, por meio da sentença judicial; pela tentativa de preservação da empresa, em sua acepção objetiva; e pela liquidação do patrimônio do empresário insolvente, para saldar, na medida dos valores apurados, o seu patrimônio passivo, em atenção à *par conditio creditorum*.

Em função da proeminência desta última tarefa no regime anterior, criou-se o costume de caracterizar a falência como execução coletiva do devedor empresário. Isso porque, com a sua decretação, procede-se à formação da massa falida, com a apuração dos bens que compõem o patrimônio do devedor, bem como se delinea o quadro-geral de credores, entre os quais será rateado, segundo a ordem legal e no limite do valor dos bens, o produto da massa.

⁸⁷ “Durante os regimes falimentares anteriores, a decretação da falência tinha por pressuposto o desfazimento da unidade do fundo de comércio, ou seja, da unidade de bens organizados para o exercício dos atos de comércio. Esses bens e todos os direitos passíveis de transferência eram individualmente postos à venda e os valores apurados eram utilizados para pagar, na medida do possível, aos credores, segundo a ordem de preferência definida (*praeferentia creditorum in concursu*). O conceito de fundo de comércio, todavia, foi superado com o abandono, pelo vigente Código Civil, da Teoria do Ato de Comércio e a adoção da Teoria da Empresa. A idéia de ‘fonds de commerce’ (fundos de comércio ou, como se preferiu no Brasil, fundo de comércio) surge no Direito Francês, sob o predomínio da Teoria do Ato de Comércio. Em oposição, o Direito Italiano, exprimindo a Teoria da Empresa, prefere a idéia de ‘avviamento’ (aviamiento, em português). A razão desta conversão é muito simples: não se deve confundir o sujeito (empresário ou sociedade empresária) com o objeto (a empresa). E, no âmbito do vigente Direito Privado, é a empresa a somatória de um complexo de bens organizado (estabelecimento) e da atividade que é exercida, a manifestar determinado aviamento (‘avviamento’, na doutrina italiana) ou vantagem de mercado (‘goodwill of trade’, na doutrina anglo-saxônica)” (MAMEDE, Gladston, *Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2006, págs. 307/308).

⁸⁸ *Apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 190.

No que concerne ao caráter de execução coletiva, merece destaque a lição de Waldo Fazzio Júnior: o doutrinador informa a existência de corrente doutrinária que considera a pluralidade de credores como um quarto pressuposto do processo falimentar. Defende, contudo, posição contrária, no sentido de que a pluralidade de credores não constitui requisito essencial do procedimento, de modo que nada impede que a falência se dê em face de um único devedor.

Nessa perspectiva, a caracterização coletiva consistiria em generalização baseada no costume social. *Via de regra*, assim ocorre, já que uma empresa atuante tende a se vincular em muitas relações creditícias e, estando em crise, naturalmente não satisfará essas obrigações. Mas, por essa tese, necessário é reconhecer a possibilidade jurídica de falência com um único credor.

Seu fundamento é que, caso ocorra a situação excepcional em que apenas um credor tenha interesse na decretação, torna-se necessário atentar para a circunstância de a falência, muitas vezes, ser indispensável para o alcance de alguns efeitos, como a revogação de atos praticados pelo devedor, que comprometam seu patrimônio e causem prejuízos ao credor.

Corroborar tal posição a lição de Salvatore Satta:

“O interesse do credor na execução coletiva pode ser dado pela possibilidade que esta oferece de fazer considerar privados de efeito ou fazer revogar atos que com meios ordinários de tutela seriam inatacáveis ou menos facilmente atacáveis, e pelos proveitos que pode oferecer a gestão dos bens no juízo de quebra. Através da revogação, ademais, outros credores podem acudir-se da quebra; e portanto ninguém pode afirmar, até a verificação e após, se o único credor inicial permanecerá nessa condição durante todo o procedimento”⁸⁹ (tradução livre nossa).

Prosseguindo, quanto à finalidade do processo falimentar, cumpre tecer algumas observações: quando se falou sobre os critérios para a presunção da falência, notadamente quanto a restrições como o patamar de 40 salários-mínimos

⁸⁹ “El interés del acreedor en la ejecución colectiva puede ser dado por la posibilidad que ésta ofrece de hacer considerar privados de efecto o de hacer revocar actos que con los medios ordinarios de tutela serían inatacables o menos fácilmente atacables, y por los provechos que puede ofrecer la gestión de los bienes en el juicio de quiebra. A través de la revocación, además, otros acreedores pueden acudir a la quiebra; y por tanto nadie puede afirmar, hasta la verificación y después, si el único acreedor inicial quedará tal durante todo el curso del procedimiento” (Apud FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 197).

do inciso I do art. 94, comentou-se que sua inserção visava a evitar que o pedido de falência se reduzisse a um meio de cobrança.

Trata-se de medida arrazoada, no sentido de impedir a banalização da quebra empresarial; observa-se, contudo, que o caráter de *meio de cobrança* enseja divergência doutrinária.

Encontram-se doutrinadores negando-lhe, em absoluto, esse caráter, caso de Miranda Montenegro; outros, como Bento de Faria e Otávio Mendes, posicionam-se em sentido oposto; uma terceira vertente, em que sobressaem Carvalho de Mendonça⁹⁰ e Rubens Requião, considera tratar-se de um *meio extraordinário de cobrança*.

Quanto ao tema, observe-se a reflexão de Waldo Fazzio Júnior:

“O credor nunca deseja a falência do devedor. Não tem o altruísmo de sanear o mercado. Quer receber. O pedido de falência é o instrumento mais severo de cobrança, por mais que se procure apartá-lo desse caráter”⁹¹

Parece razoável, porquanto condizente com a realidade das relações sociais, esse posicionamento. No que concerne ao regime atual da falência, o que se demonstra possível afirmar, à luz da doutrina de Mauro R. Penteado, é que ela perdeu o caráter de cobrança no que concerne à *“cobrança imediata ou direta de dívidas de menor valor”⁹²*.

Em determinadas situações⁹³, torna-se difícil negar ao processo de falência o aspecto de meio de cobrança; salutar, na verdade, é lembrar que ele não

⁹⁰ Carvalho de Mendonça, além do aspecto de meio extraordinário de cobrança, destaca na falência a função de *remédio conservatório*, na medida em que tem a *“função de tutela preventiva contra a insolvência e a fraude do devedor”* (MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. 7, Freitas Bastos S/A: Rio de Janeiro, 1960, pág. 25).

⁹¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 191.

⁹² PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 79.

⁹³ *“O que vale dizer que esse meio de cobrança subsiste, com igual força coercitiva, pelo menos em duas hipóteses de cobrança direta: (i) quando um único credor pretender cobrar sua dívida requerendo, com base em obrigação líquida representada por título ou títulos executivos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta (40) salários-mínimos na data do pedido de falência – porque a cobrança nesse caso provoca a execução coletiva; (ii) quando um conjunto de credores, concertados, reunirem-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo referido no art. 94, § 1º”* (PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 79).

se resume a isso: por exemplo, na perspectiva do devedor que realiza pedido de autofalência, é meio de confissão de inviabilidade econômica; por outro lado, na perspectiva social, o procedimento encerra meio de saneamento do mercado e preservação do interesses públicos envolvidos.

A nova conformação do Direito Falimentar não exclui o aspecto de satisfação de débitos em prol dos credores, e sim cuida de deixá-lo numa posição secundária, dando mais relevo à finalidade de *“preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”*.

Uma de suas metas passa a ser a manutenção da atividade produtiva⁹⁴, que pode se realizar, por exemplo, com a venda da empresa em bloco⁹⁵, evitando que se realizem sucessão trabalhista e tributária.

Conforme indicado acima, o quadro de falência se materializa pela sua decretação por meio de sentença judicial, que tem caráter constitutivo; antes disso, portanto, não há que se falar em falência, em termos jurídicos. A causa de presunção, que possibilitou o pedido, é confirmada pelo provimento judicial.

A decretação da falência não pode ser feita de ofício, e sim mediante requerimento do credor ou pelo pedido de autofalência. A despeito disso, admite-se, excepcionalmente, a decretação por iniciativa do magistrado, nas hipóteses

⁹⁴ Não se pode negar, contudo, que, não obstante sejam inseridos, em favor dos interessados, meios jurídicos de preservação da atividade empresarial, esta só acontecerá caso se coadune com os interesses do mercado, já que, naturalmente, empresário algum irá assumir a posição de sucessor naquela empresa sem que lhe correspondam vantagens bastantes. Nesse sentido observou Ecio Perin Junior: *“Se é certo que a razão social, possui enorme relevância na manutenção de empresas sanáveis, por outro lado, a política indiscriminada de proteção e de defesa a todo custo das empresas em estado de crise econômico-financeira, para superá-la e conservar os postos de trabalho é uma ilusão. O alto custo de similares interventos pode revelar-se totalmente despropositado em relação às vantagens efetivamente obtidas”*. Para este autor, os custos da manutenção da empresa podem ser desfavoráveis não só para os empresários a quem caberia a sucessão, mas também para toda a sociedade (PERIN JUNIOR, Ecio, *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei nº 11.101/05) - Uma abordagem zetética*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10922>, acesso em 20 de outubro de 2008, às 16:00).

⁹⁵ A Lei 11.101/05, na Seção que trata da *Realização do Ativo*, dispõe que esta ocorrerá em seguida à arrecadação dos bens, nos termos do art. 140, *in verbis*:

“Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados”.

Orienta tal dispositivo o escopo de evitar, ao máximo possível, o fracionamento da empresa, para viabilizar sua preservação.

previstas no art. 73 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

“Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4o do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1o do art. 61 desta Lei”.

Trata-se da mesma *ratio* que, com fulcro nas normas correspondentes do Decreto-lei 7.661/45, inspirou o Superior Tribunal de Justiça a decidir:

“Em relação à ausência de vista dos autos após a perícia, não procede a alegação de ofensa aos § 1º e 2º do art. 151 do Decreto-Lei n. 7.661/45, uma vez que o caput do mencionado dispositivo legal diz respeito a requerimento do credor para rescindir a concordata, diferente do presente caso, em que o julgador entendeu por bem fazê-lo de ofício, fundamentando com base no art. 150, I, do Decreto-Lei n. 7.661/45, qual seja, o inadimplemento das obrigações das concordatárias, sendo necessário esclarecer que 'a rescisão da concordata não é ato de liberalidade do juízo. Ao contrário, é ato condicionado, restrito às hipóteses em lei' (fls. 1332).

Esse é também o entendimento doutrinário, ou seja, 'mesmo depois de deferida a concordata, pode ela ser rescindida, bastando que ocorra qualquer das hipóteses previstas no art. 150 da Lei de Falências' (in Curso de Direito Falimentar, 17ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 423)”.

Para chegar ao entendimento de que o caso em espécie está enquadrado no art. 150 da Lei de Falências, fundamentou o julgador que 'em duas oportunidades a lei admite a declaração da falência por iniciativa do magistrado, quais sejam, quando não satisfeitos os pressupostos legais da concordata ou quando presentes irregularidades no cumprimento do pedido moratório' (fls. 1335).

Nesse aspecto, não vejo presente o requisito do fumus boni iuris. Constata-se, tanto pela sentença (fls. 98/128), como pela decisão do Tribunal a quo (fls. 1314/1365), que vários fatores levaram o Poder Judiciário a decretar a falência da requerente, de forma que não pode o STJ, em processo de cognição sumária, rever toda a situação, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7 do STJ⁹⁶.

⁹⁶ AgRg na MC 11696 (2006/0131376-8 - 05/03/2007).

Nesse caso, conforme informa Gladston Mamede, “*não se trata de falência sentenciada de ofício porque, nessas hipóteses, a insolvência do devedor está confessada, até mesmo porque precisava de recuperação*”⁹⁷. Por conseguinte, segundo a lição do doutrinador, a iniciativa do magistrado na convolação da Recuperação Judicial em Falência – tal qual na rescisão da Concordata, nos termos do art. 150 da Lei de Falência e Concordatas – não se confunde com decretação de falência *ex officio*.

II.3 – Natureza Jurídica do Direito Falimentar

Em face do panorama geral que se delineou, é conclusão lógica a dificuldade para alcançar um conceito exaustivo da falência, bem como realizar sua caracterização jurídica.

Um fator que atrapalha bastante essa tarefa é a confusão feita quanto aos elementos da falência, por vezes utilizados para uma definição genérica. É assim, por exemplo, quando se conceitua a falência como “*execução coletiva do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, e que tem por fim arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos solver o passivo e liquidar o ativo, mediante rateio, observadas as preferências legais*”⁹⁸.

Ainda que, de uma maneira geral, essa definição possa ser considerada válida em face do regime anterior, ela é insuficiente diante do novo regramento; na definição citada, emprega-se *a parte* para explicar *o todo*.

Na verdade, em atenção à complexidade do instituto, que envolve diferentes matizes e pode ser encarado distintamente a partir de cada um deles, a alternativa encontrada pela Lei 11.101/05 parece se revelar mais satisfatória: em vez de se prender à essência do instituto, opta por defini-lo em atenção aos seus

⁹⁷ MAMEDE, Gladston, *Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2006, pág. 197.

⁹⁸ *Apud* PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 75.

objetivos⁹⁹.

O tema foi abordado por Mauro R. Penteadado:

“Trata-se de concepção atual, segundo a qual o instituto, embora conduza à dissolução e extinção da atividade empresária individual, e da sociedade empresária, deve obedecer ao que denominamos, em outra obra, a ‘lógica’ do capitalismo. Se entre a dissolução e a extinção do devedor falido medeia um procedimento de liquidação, nada mais natural que este se faça ‘otimizando’ os bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis, mercê seu melhor aproveitamento, na sua transferência ou re-inserção no mercado, ‘in natura’ ou em moeda, o que permite não só a preservação de toda a riqueza patrimonial da empresa, que não se limita à soma dos bens individuais, como melhor atende aos interesses dos credores, pela maximização dos valores a partilhar, por rateio”¹⁰⁰

Paralelamente, tem-se a questão da caracterização jurídica do instituto, ponto em que se destaca divergência doutrinária: há correntes que privilegiam o aspecto material do Direito Falimentar; outras preferem dar relevo ao caráter processual, havendo, ainda, uma terceira linha, intermediária, que considera se tratar de um instituto de natureza *sui generis*.

Rubens Requião, por exemplo, ao dizer que o Direito Falimentar não foi recebido em nosso Direito Processual, afirma que se trata de instituto inserido no Direito Comercial. Acentua-lhe, assim, o caráter substantivo, pecando por deixar de lado as normas de aspecto notadamente processual.

Mauro R. Penteadado, afirmando que a Lei 11.101/05 situa definitivamente a falência do âmbito do Direito Comercial, parece incorrer em contradição quando, em seguida, põe em destaque o caráter processual da falência:

“Por esses motivos, e por muito mais que não caberia aqui esmiuçar, a falência, tem, na nova Lei, no contexto do vigente direito positivo privado, a natureza jurídica de causa de dissolução e procedimento de liquidação judicial da atividade negocial do empresário e da sociedade, mediante execução coletiva empresarial, que se realiza em juízo universal e indivisível (art. 76), através de princípios processuais reclamados pela

⁹⁹ “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

¹⁰⁰ *Apud* PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 76.

*natureza da atividade (art. 75, parágrafo único), mercê procedimento conduzido por administrador judicial profissional (art. 99, IX, c.c. art.21), nomeado e supervisionado pelo juiz, e do Comitê de Credores, se houver (art. 27, I, 'a'), com a intervenção, quando expressamente prevista, do Ministério Público, e com a participação da Assembléia-Geral de Credores, em negócios jurídicos atípicos de alienação de bens, na realização do ativo*¹⁰¹

Muito embora sejam respeitáveis as opiniões em sentido diverso, parece-nos claramente correto o posicionamento que considera o instituto da falência como sendo de natureza mista. Com efeito, essa caracterização é muito natural, haja vista que se trata de um fenômeno complexo, cuja própria definição exige o desmembramento das diferentes feições que pode adotar.

Por conseqüência, na busca pela natureza jurídica da falência, qualquer entendimento que não vislumbresse suas peculiaridades seria, irremediavelmente, reducionista, em prejuízo da exatidão na análise jurídica.

É fato que o Direito Falimentar é permeado de normas de caráter substantivo, que não apenas definem o estado de falência. Cuida-se de normas que produzem efeitos sobre todos os interesses envolvidos na crise empresarial. Tais interesses, sabe-se hoje, não se confinam na órbita das relações envolvendo devedor e credores; as normas de direito falimentar envolvem interesses gerais da sociedade, integrando o próprio conceito de interesse público.

O teor material das normas falimentares foi evidenciado por Thaller, quando o autor destacou: *“não nos iludamos, a falência é a legislação civil inteira, é a teoria das obrigações e dos direitos reais de novo sondadas e investigadas desde os primeiros elementos”*¹⁰².

O problema é que a restrição a esse aspecto, como se disse, dá ensejo a uma caracterização reducionista, que ignora o semblante processual do Direito Falimentar, tão expresso quanto o material. Isso porque falência é *processo*. Sem a intervenção judicial, trata-se apenas de *estado de falência*, ou seja, a crise, mas sem quaisquer efeitos no mundo jurídico.

A realização dos objetivos da falência, seja quanto à liquidação do

¹⁰¹ PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 82.

¹⁰² THALLER, *apud* MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. 7, Freitas Bastos S/A: Rio de Janeiro, 1960, pág. 28.

patrimônio do devedor para satisfazer os credores, seja quanto à preservação dos bens e recursos da empresa, exigem seu reconhecimento judicial, por meio de sentença. Exigem, igualmente, que seja seguido o rito adequado.

O instituto, portanto, *é um complexo*. Qualquer uma de suas feições, sem a presença da outra, fica esvaziada de sentido. O presente trabalho, ao pôr em destaque o caráter processual da falência, pretende apenas fazer uma análise direcionada, em abstrato.

Em verdade, conforme dito por Carvalho de Mendonça, no Direito Falimentar, *“o direito material está tão preso ao processual, como no corpo humano a carne está aderente aos ossos”*¹⁰³. Consubstancia, assim, um “regime indivisível”, nas palavras de Thaller¹⁰⁴.

Vale dizer: é instituto *sui generis*, porquanto deve ser apreciado por método que lhe é particular. Na aplicação do Direito Falimentar, as normas processuais e substanciais se confundem, são indissociáveis. Conforme informa Mauro R. Penteado¹⁰⁵, sua análise deve seguir metodologia multidisciplinar e adotar a perspectiva econômico-funcional do direito.

Amador Paes de Almeida arremata dizendo que os elementos que conferem ao Direito Falimentar sua natureza *sui generis*, acabam por lhe conferir autonomia:

*“Com efeito, conquanto para ela concorram diferentes regras de diversos ramos do direito, com nenhum deles se confunde nem por eles é absorvida, possuindo, outrossim, princípios e diretrizes que lhes são próprios, formando um sistema que inquestionavelmente a distingue de outras disciplinas, razão por que denominada direito falimentar”*¹⁰⁶.

¹⁰³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. 7, Freitas Bastos S/A: Rio de Janeiro, 1960, pág. 29.

¹⁰⁴ THALLER, *apud* MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. 7, Freitas Bastos S/A: Rio de Janeiro, 1960, pág. 28.

¹⁰⁵ PENTEADO, Mauro R., em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 81.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 18.

III – ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA

Conforme se concluiu no capítulo anterior, o Direito Falimentar tem natureza mista: a disciplina legal da falência é composta, a um só tempo, por normas de Direito Material e de Direito Processual.

Essas normas estão de tal forma mescladas que separá-las de maneira plena é tarefa difícil – quiçá impossível –, como também indesejável. Por outro lado, no intuito de direcionar o estudo para algum desses aspectos, é possível ressaltá-lo, sem que se olvide o outro, complementar.

Em síntese, falência é estado de fato e procedimento para concretizá-lo juridicamente; mas a verdade é que, sem que se realize seu procedimento, a falência não existirá, nem produzirá efeitos no Mundo do Direito.

A feição processual da falência é afirmada pelo próprio legislador, quando dispõe, no art. 75, parágrafo único, que *“o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”*.

III.1 – A substituição da Lei Falimentar: definições de Direito Intertemporal

A chamada Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/05 – foi publicada em 09 de fevereiro de 2005, revogando o Decreto-lei 7.661/45 (além dos arts. 503 a 512 do Código de Processo Penal Brasileiro). Conforme previsto em seu art. 201, a nova lei entrou em vigor 120 (cento e vinte) dias após a publicação.

Com isso, emerge o problema da sucessão de leis no tempo, quanto aos processos já existentes; a solução foi dada pelo art. 192 desse diploma legal, *in verbis*:

“Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945”.

Assim, por força do dispositivo, todos os processos de falência – bem como de concordata – que tenham sido ajuizados¹⁰⁷ até o fim do período de *vacatio legis*, deverão seguir a regulamentação disposta na Lei de Falência e Concordatas.

Os processos de falência, nesse caso, poderão se referir seja a hipóteses de convalidação de concordatas em falência, seja a pedidos de falência; o tempo é o único critério a ser verificado.

Entretanto, ainda que adotado o procedimento do Decreto-lei 7.661/45, cumpre observar a ressalva feita pelo § 1º do mesmo dispositivo, segundo o qual:

“§ 1º. Fica vedada a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, podendo ser promovida a alienação dos bens da massa falida assim que concluída sua arrecadação, independentemente da formação do quadro-geral de credores e da conclusão do inquérito judicial”.

Essa restrição, segundo a lógica da lei, não se aplica às concordatas suspensivas já concedidas à data da vigência da nova lei. Refere-se tão-somente à sua concessão após a entrada em vigor do novo diploma, mesmo que no bojo de processos submetidos ao anterior.

Aproveitando o gancho da regulamentação legal da falência, importante lembrar que a nova lei é expressa, por meio de seu art. 189, sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

A lei falimentar, mais recente e mais específica, deverá ser aplicada aos processos que regula, não obstante contenha previsões em sentido contrário às da Lei geral do Processo Civil Brasileiro. O CPC tem, contudo, função supletiva, nas

¹⁰⁷ A doutrina processual ensina que o ajuizamento da ação fixa a jurisdição; no presente caso, além da *perpetuatio jurisdictionis*, o momento da propositura da demanda tem o condão de identificar a lei a ser adotada. Na lição de Fredie Didier Jr., o momento do ajuizamento da ação é fixado “*com a sua distribuição (quando há mais de um juiz ou de um escrivão, art. 263 c/c art. 251 do CPC) ou com o despacho inicial*” (DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 10ª Edição, Ed. JusPodium: Bahia, 2008, pág. 103).

hipóteses de lacunas da lei falimentar. Conforme exemplifica Fábio Ulhoa Coelho:

“A Lei de Falências não cuida da hipótese de parcialidade do juiz. Mas, se o requerido considerar suspeito o juiz para o qual o pedido de falência foi distribuído, ele poderá arguir a suspeição na forma da lei processual civil, isto é, por meio de exceção (CPC, arts. 135 e 304) no prazo da resposta. Outro exemplo: a legislação falimentar é silente quanto ao cabimento de honorários de sucumbência na denegação do pedido de falência. Apesar das vacilações jurisprudenciais de algum tempo atrás, predomina o entendimento de que é devida essa verba, na condenação do requerente, por aplicação subsidiária do art. 20 do CPC”¹⁰⁸.

O mesmo é admitido, quando for o caso, em relação ao Código de Processo Penal.

III.2 – Subsidiariedade do processo falimentar

O mais ressaltado aspecto da nova Lei Falimentar é a consagração da moderna tese institucionalista, que considera o interesse social como interesse à preservação da empresa.

Em linhas gerais, é resultado de discussão concernente ao interesse envolvido no Direito Societário. A evolução teórica se manifesta por uma sucessão de teses acerca do interesse social: parte-se de uma fase de autocentrismo societário, que marca o período da Revolução Industrial, com a consagração da tese contratualista; segundo esta vertente, o interesse social é mero reflexo do interesse dos sócios. Sobrevindo a crise do Capitalismo, ganha relevo a tese institucionalista clássica, que considera o interesse público a verdadeira face do interesse social. Cuida-se de teoria integracionista, que determina a superação de modelo individualista, em atenção à função econômica da empresa, que envolve não só interesses privados, mas também públicos.

Finalmente, aprofundou-se a idéia, e chamada teoria institucionalista moderna surge, passando a cogitar *“de um interesse concebido como harmônico e*

¹⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 189.

*comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa*¹⁰⁹.

Tais teorias, desenvolvidas pelo Direito Alemão, são expoentes da evolução que deu ensejo ao reconhecimento da função social da empresa, assim como da necessidade de sua preservação¹¹⁰. Importada para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, esta idéia mudou o enfoque da tutela das crises empresariais, materializando-se por meio da Lei 11.101/2005.

Conforme ensina Calixto Salomão Filho, esse diploma disciplina o interesse social nas vertentes material e procedimental, vale dizer, tutela o interesse social envolvido e disponibiliza meios de garanti-lo. E é justamente na tutela material do interesse social que se verifica a adoção de sua noção de *interesse social como interesse à preservação da empresa*, a representar a mudança de paradigma operada pelo novo regime. Observe-se, nesse sentido, o teor do art. 47, que concretiza a alteração:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a

¹⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 46.

¹¹⁰ Ao analisar essa evolução, Calixto Salomão Filho ensina que as referidas teorias devem ser utilizadas de forma complementar, para que se viabilize a preservação da empresa: *“De um lado, o contratualismo que se concentra só na definição material, seja ela a maximização do lucro ou o aumento do valor das ações da companhia, desacompanhado de uma ampla e efetiva participação de todos os acionistas na definição do significado desses conceitos, acaba por permitir a administradores e controladores interpretá-lo em seu próprio benefício, inflando artificialmente o valor das ações ou tomando medidas positivas a curto prazo, mas extremamente maléficas para a companhia a médio prazo. Do outro, a mera definição procedimental do interesse da sociedade como o interesse deliberado pelos acionistas em Assembléia Geral leva a um absoluto domínio do controlador e uma freqüente gestão da sociedade em conflito. É essa mazela principal do direito societário brasileiro moderno, em que a recusa sistemática do Judiciário em entrar no 'mérito' das decisões assembleares, leva à existência de um verdadeiro contratualismo procedimental e à consideração da sociedade como coisa própria do controlador. Os mesmos problemas se verificam com o institucionalismo. As definições materiais, tanto a clássica, do interesse social como interesse público, como a moderna, do interesse social como o interesse à preservação da empresa, sozinhas, não garantem a sua persecução. Pior do que isso, como a experiência histórica demonstra, podem ser e são com freqüência instrumentalizadas pelo controlador no seu próprio e exclusivo interesse. Também aí a recíproca é verdadeira. A preocupação com a representação de interesses envolvidos (como trabalhadores) é fundamental, mas desacompanhada da definição material do interesse (hoje preservação da empresa) pode ser incapaz de levar à sua obtenção. É preciso concluir, portanto, que apenas a conjugação da vertente material com a vertente procedimental da definição do interesse social pode levar a soluções coerentes”* (SALOMÃO FILHO, Calixto, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 48).

preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

A presente digressão visa a esclarecer os fundamentos histórico e jurídico do princípio da preservação da empresa, alçado à condição de diretriz da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Ele consubstancia, segundo afirma o referido autor, o único ponto de convergência de todos os interesses que sobressaem quando há crise empresarial.

Por essa razão, seu atendimento é prioritário, tal qual deve ser, por consequência, a utilização do seu instrumento: a Recuperação de Empresa.

Não é à toa que tanto se insiste na afirmação de que a falência só é possível quando a crise empresarial se torne irreversível. Antes disso, cumpre recorrer aos meios disponibilizados pelo Direito para proporcionar o restabelecimento do devedor.

A nova orientação não se confunde com pretensão de afastar do Direito Falimentar o objetivo de satisfazer os credores; significa, na verdade, a adoção de um novo mecanismo para tanto. É nesse sentido a lição de Waldo Fazzio Júnior:

“O direito da empresa em crise é, na realidade, um conjunto de medidas de natureza econômico-administrativa, acordadas entre o agente econômico devedor e seus credores, supervisionadas pelo Estado-juiz, como expediente preventivo da liquidação. Ampara-se na convicção haurida na experiência histórica de que, mediante procedimentos de soerguimento da empresa em crise, os credores têm melhores perspectivas de realização de seus haveres, os fornecedores não perdem o cliente, os empregados mantêm seus empregos e o mercado sofre menos (impossível não sofrer?) os impactos e as repercussões da insolvência empresarial”¹¹¹

Por conseguinte, em face de crise empresarial, é forçoso adotar, nos termos da lei, medidas que busquem o restabelecimento da empresa, seja judicial, seja extrajudicialmente; é também possível, ainda que seja pedida a decretação da falência do devedor, que este pleiteie sua recuperação judicial, por força do art. 95 da lei em epígrafe.

Apenas se ficar demonstrada a irreversibilidade da crise, proceder-

¹¹¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 20.

se-á à decretação da falência, que se desenvolverá segundo o rito a seguir comentado.

III.3 – Princípios do processo de falência

Ao contrário da Lei de Falências e Concordatas, a Lei 11.101/2005 é expressa ao informar, no parágrafo único do art. 75, que o processo de falência¹¹² deve ser pautado pelos *princípios da celeridade e da economia processual*.

Não obstante a menção exclusiva a esses dois princípios, é possível depreender, do teor da Exposição de Motivos dessa lei, a aplicação de outros princípios, conforme a lição de Paulo Roberto Colombo Arnoldi:

“A Exposição de Motivos da Lei além de reforçar os Princípios da Preservação da Empresa, Proteção aos Trabalhadores, Participação Ativa dos Credores e da Função Social, elenca outros como os Princípios da Separação dos Conceitos de Empresa e Empresário, Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, Retirada do Mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, Redução do custo do crédito no Brasil, Celeridade e Eficiência dos processos judiciais, Segurança Jurídica, Maximização do valor dos ativos do falido, Desburocratização da Recuperação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Rigor na punição dos crimes relacionados à Falência e à Recuperação Judicial”¹¹³.

É possível, igualmente, apontar a existência do princípio da universalidade do juízo falimentar, consubstanciado no art. 76 da lei em epígrafe, ao dispor que *“o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”*.

¹¹² No tocante ao processamento da Recuperação Judicial, a Lei prevê, no texto do art. 47, a aplicação dos princípios da Preservação da Empresa, Proteção aos Trabalhadores, Participação Ativa dos Credores e da Função Social.

¹¹³ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, *Direito Concursal Internacional: análise e comparação dos princípios da legislação colombiana e brasileira*, <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/5853484F-7CDF-40C4-BAAB-4D5831582993/0/PAULOCOLOMBO.pdf>, acesso em 28/10/2008, às 21:30, pág. 12.

Ademais, ainda que implicitamente, é inegável que o processo de falência é inspirado pelo princípio da *par conditio creditorum*.

Dentre os princípios relacionados, destacam-se, pelo interesse específico no que concerne ao procedimento falimentar:

- Princípios da Celeridade e da Economia Processual:

A norma contida no parágrafo único do art. 75 da Lei 11.101/05 antes reafirma do que institui a obrigação de que o processo de falência atenda aos princípios da Celeridade e da Economia Processual. Esse dever decorre não só da lei falimentar, mas também de dispositivos do Código de Processo Civil¹¹⁴ – que, conforme visto, é aplicado subsidiariamente – e, sobretudo, da própria Carta Constitucional.

Com efeito, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzido no rol dos direitos fundamentais o inciso LXXVIII, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Por outro lado, ainda que a Lei 11.101/05 apenas reafirme princípios que já seriam exigíveis, sua previsão é justificada pelas peculiaridades do processo falimentar, eis que “*a celeridade, aqui, impõe-se como valor inerente à prestação jurisdicional, sob pena de configurar-se o chamado 'dano patológico do processo', ocasionado pela duração exagerada do feito*”¹¹⁵.

Eis um ponto de dicotomia do processo falimentar, haja vista que, por se tratar de um procedimento de estrutura naturalmente complexa – em razão da pluralidade de relações e interesses envolvidos – , será, por consequência, demorado. Entretanto, em razão dos riscos decorrentes dessa demora, é preciso cuidar de evitar excessos em sua duração.

Contribuindo para esse mister, a Lei 11.101/05 prevê, em seu art. 79, que “*os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na*

¹¹⁴ Um exemplo é o seguinte artigo: “*Art. 244 - Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade*”.

¹¹⁵ ZANINI, Carlos Klein, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 333.

ordem dos feitos, em qualquer instância”.

Também por força da aplicação subsidiária do CPC, assim como por sua paridade com os princípios destacados pelo legislador falimentar, pode-se entender aplicável o princípio da instrumentalidade das formas, contido no art. 154¹¹⁶ daquele diploma. Trata-se de questão lógica, haja vista que este princípio é um dos mais eficazes instrumentos para evitar a demora excessiva do processo.

Por consequência, verificar-se-á, no processo de falência, *“a subordinação da teoria da nulidade dos atos processuais no processo falimentar à ocorrência de um efetivo prejuízo e ao não-atingimento das finalidades legais. Da mesma forma, ficam as providências probatórias subordinadas a um juízo de estrita necessidade, não se admitindo qualquer tipo de medida procrastinatória”*¹¹⁷.

Em conclusão, cumpre destacar que, até esse momento, esses princípios foram tratados apenas na perspectiva da *economia de tempo*, o que não esgota a finalidade da Lei. A economia processual se materializa, também, pela *economia de custos*.

Em outras palavras, economia processual significa o máximo de resultado com o mínimo de esforço possível, que se traduz como mínima duração e mínima onerosidade.

- Princípio da Preservação da Empresa e Princípio da Separação dos conceitos de Empresa e Empresário:

A questão da preservação da empresa no novo regime falimentar já foi bastante explorada, mas vale ressaltar que ela se afirma, mesmo diante de crise insuperável, por sua conjugação com o princípio da separação dos conceitos de empresa e empresário.

Com efeito, uma vez que se distingue o *“conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens e serviços”*¹¹⁸ da pessoa

¹¹⁶ “Art. 154 - Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

¹¹⁷ ZANINI, Carlos Klein, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 333.

¹¹⁸ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, *Direito Concursal Internacional: análise e comparação dos princípios da legislação colombiana e brasileira*, <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/5853484F-7CDF-40C4->

física ou jurídica que explora essa atividade, viabiliza-se a preservação da empresa – empregada em sentido objetivo – sob o comando de outro empresário ou sociedade empresária, de modo que se evitam perdas econômicas e sociais.

- Princípio da Retirada do Mercado de Sociedades ou Empresários não Recuperáveis:

Tal princípio consiste em consequência lógica do procedimento falimentar, porquanto constitui seu objetivo direto e histórico: sanear o meio empresarial, evitando que se agravem os problemas do devedor empresário e, sobretudo, os prejuízos sofridos por todos que mantenham com ele relação econômica.

- Princípios da Universalidade do Juízo Falimentar e da *Par Conditio Creditorum*:

A universalidade do juízo falimentar é condição intrínseca à natureza do procedimento, eis que se trata de mecanismo imprescindível para que sejam atingidas as suas finalidades. Assim, para que se realize a arrecadação de todos os bens do devedor, com o fito de (tentar) saldar suas dívidas, exige-se a observação deste princípio, também chamado de *princípio da força atrativa da falência* ('*vis attractiva*').

Em razão da força atrativa do juízo falimentar, observa-se a formação da *massa falida*, composta por todos os bens do devedor (seu patrimônio ativo), bem como do *quadro-geral de credores*, que congloba todos os seus débitos (patrimônio passivo), de forma ordenada, segundo as normas de classificação dispostas na lei.

Nessa medida, o princípio da universalidade do juízo falimentar é corolário do princípio da *par conditio creditorum*, uma vez que seu objetivo direto é viabilizar o tratamento devido a todos os credores, nos termos da lei, evitando que sejam prejudicados em seus interesses. Nesse sentido, apenas serão garantidos

privilégios caso decorram de previsão legal, a exemplo dos créditos trabalhistas, disciplinados pelo art. 83, I, da Lei.

Este princípio se expressa, mormente, pela fixação de regras de competência no processo falimentar, no intuito de garantir que todas as relações em que se envolva o devedor, com interesse para o procedimento, sejam apreciadas pelo juiz que preside a falência. Tais regras serão objeto de análise a seguir.

Para finalizar, cabe explicitar que, além dos princípios já comentados, especificamente endereçados ao processo de falência, são também aplicáveis os princípios do Processo Civil, em tudo o que forem compatíveis com o procedimento especial.

Na verdade, essa aplicação deriva da lógica do sistema, uma vez que muitos desses princípios derivam de normas constitucionais, subjugando todo o ordenamento brasileiro.

Por conseguinte, fica claro que, também na falência, os interessados têm *direito a um processo devido*, assim como a todas as garantias que emanem da cláusula do devido processo legal¹¹⁹. Este princípio deve ser observado de maneira plena, tanto no aspecto formal, como na acepção substancial, relacionada à noção de *proporcionalidade*.

III.4 – Competência

Nas palavras de Carvalho de Mendonça, “o juízo de falência é um mar onde se precipitam todos os rios”¹²⁰.

O autor fazia referência aos vetores que orientam a formulação das regras de competência do juízo falimentar, no regime da Lei de Recuperação de Empresas e Falência: unidade, indivisibilidade e universalidade.

Constituem, na verdade, três faces de um mesmo princípio, que se encontra consagrado no art. 76 do novo diploma, *in verbis*:

¹¹⁹ Em meio a prevalência de relações privadas observadas no contexto de um processo falimentar, caberia dizer que se trata de campo fértil para a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹²⁰ *Apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 66.

“Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.

A Lei de Falência e Concordata continha previsão muito semelhante, nos parágrafos 2º e 3º de seu art. 7º¹²¹; a diferença do novo regime é a menção expressa às causas trabalhistas e fiscais, como também a discriminação da atuação como litisconsorte *ativo* nas ações não reguladas pela lei falimentar (no regime anterior, constava disposição genérica sobre a atuação como litisconsorte).

A norma do art. 76 estabeleceu, assim, o critério do interesse patrimonial para atrair para o juízo da falência a competência para conhecer de ações que envolvam o devedor, com exceção dos casos que ressalva.

A medida é lógica, haja vista que tais processos podem causar efeitos tanto sobre o patrimônio ativo – caso se trate de algum crédito do devedor –, quanto sobre o patrimônio passivo, se for demonstrado algum outro débito seu.

O critério patrimonial fixa a universalidade do juízo; esta, contudo, não é absoluta, sendo limitada não só pelas exceções trazidas no bojo do próprio dispositivo, mas também por outros artigos da lei falimentar. Devem ser conjugados com o art. 76, para que se delimite a extensão da competência do juízo falimentar, os arts. 5º¹²² e 6º¹²³ da Lei 11.101/2005.

¹²¹ *“Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.*

2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte”.

¹²² *“Art. 5º. Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:*

I – as obrigações a título gratuito;

II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor”.

¹²³ *“Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o

Nesse sentido, cumpre destacar algumas normas que prescrevem restrições à regra, pela adoção de critérios de ordem material, de acordo com a lição de Carlos Klein Zanini.

Um primeiro exemplo seria “*a não atração ao juízo da falência das ações tendo por objeto as matérias relacionadas no art. 5º da Lei*”¹²⁴, ou seja, as ações relativas a obrigações por título gratuito e a despesas com medidas judiciais de recuperação ou de falência (à exceção das custas judiciais). O mesmo ocorre, nos termos do art. 76, com as causas fiscais e trabalhistas.

No caso de créditos trabalhistas, sua apuração será realizada junto à Justiça do Trabalho, até porque prevalece a norma do art. 114 da Constituição¹²⁵. Entretanto, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 6º, é permitido pleitear sua habilitação, exclusão ou modificação, no intuito de ajustar o quadro-geral de credores, como também se admite a reserva da importância pelo juiz competente. A inscrição do crédito fica condicionada à sua liquidez.

Quanto aos créditos fiscais, por sua vez, prevalece a regra do art. 187 do CTN, nos seguintes termos: “*a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento*”.

Também é de ordem material a outra limitação estabelecida no art. 76, concernente às ações não reguladas pela lei falimentar, em que o falido seja autor ou litisconsorte *ativo*. Uma razão para tanto seria privilegiar a regra geral de competência do Processo Civil, que fixa a competência do juízo do domicílio do réu.

No tocante às ações de interesse da União, autarquias e empresas

direito, será o crédito incluído na classe própria.

§ 4o [...]

§ 5o [...].

§ 6o *Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial:*

I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial;

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

§ 7o [...]

§ 8o *A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor”.*

¹²⁴ ZANINI, Carlos Klein, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 336.

¹²⁵ “Art. 114. *Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

públicas federais, necessário observar a previsão do art. 109, I, da Constituição Federal, *in verbis*:

*“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.*

À primeira vista, o dispositivo dá margem à interpretação de que a competência da Justiça Federal fica subjugada pela competência do juízo da falência, de uma maneira geral. Carlos Klein Zanini, todavia, ressalta o posicionamento adotado pelo STJ, no sentido de que apenas prevalece a competência do juízo falimentar se a causa for de *falência propriamente dita*, ou seja, caso se trate de pedido de decretação de falência. O autor dá o exemplo do Conflito de Competência 22383, de 1998. Encontra-se a mesma *ratio decidendi* no CC 57640/SP, julgado em 26/09/2007, no seguinte sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. USUCAPIÃO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RÉ. INTERESSE. UNIÃO. REGRA GERAL. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Se a ação não é de falência propriamente dita, mas de usucapião de imóvel que fora objeto de financiamento hipotecário pela Caixa Econômica Federal – CEF, há interesse da União, por uma de suas empresas públicas, aplicando-se a regra geral do art. 109 da Constituição Federal.

2. No caso, a CEF, juntamente com a massa falida de uma determinada empresa, figura como ré, em ação de usucapião de um imóvel arrecadado na falência. A questão central, pois, não é a própria falência, mas o domínio do imóvel.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 8ª Vara de Campinas - SP”.

Por outro lado, traduz limitação de ordem temporal, de acordo com a doutrina do citado autor, a norma contida no art. 6º, § 1º, da Lei 11.101/05, por força do qual *“terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”*. Segundo ele, tal previsão dá ensejo a uma relativização da competência em função do momento de propositura da demanda: quanto a

processos já em curso ao tempo do pedido de falência, prevaleceria a regra da *perpetuatio jurisdictionis*; se o ajuizamento da ação de conhecimento se der após a instauração do procedimento falimentar, recairá sobre esta ação a *vis attractiva* da falência.

É nesse mesmo sentido a lição de Waldo Fazzio Júnior, que afirma:

“Bom ressaltar que os princípios do juízo da insolvência não alcançam as ações em curso antes da decretação da falência, salvo se a citação é posterior a esta, conquanto o ajuizamento da ação tenha sido anterior. Mesmo as ações aforadas durante o termo legal não são deslocadas para o juízo universal”¹²⁶

Ressalte-se, todavia, que, ainda que não recaia sobre o juízo falimentar a competência para sua apreciação, quaisquer ações propostas contra o devedor devem ser àquele comunicadas, seja pelo próprio falido, seja pelo juiz competente, nos termos do § 6º do art. 6º da lei em epígrafe.

Um outro aspecto a ser observado para a devida fixação do juízo responsável pelo processamento da falência é a competência territorial. A questão é tratada pelo art. 3º da nova lei, *in verbis*:

“Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”

É na fixação da competência territorial que se manifestam mais distintamente as facetas de unidade e indivisibilidade do juízo falimentar: a pluralidade de relações e pretensões envolvidas poderia dar margem à suposta aplicabilidade de diferentes critérios de determinação da competência, caso não houvesse regra que se sobrepusesse; cuida-se, então, de reuni-las – relações e pretensões – sob um só juízo, para que sejam conciliadas. Nas palavras de Sylvio Marcondes:

¹²⁶ O autor lembra, ainda, que, apesar de não sofrerem alterações decorrentes do procedimento falimentar, no campo da competência, as ações propostas antes do pedido de falência, e que versem sobre quantias líquidas, coisas certas, prestação ou abstenção de fato, sofrerão alteração subjetiva: no pólo passivo, o falido será substituído pelo administrador judicial. Isso porque, nessas hipóteses, o resultado do processo pode ter reflexos na massa falida (FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 73).

“Exatamente por ser o patrimônio uma universalidade de direito, ou seja, complexo de relações ativas e passivas, no qual, por isso mesmo, os bens constituem a garantia comum das dívidas, é que, ocorrendo a insolvência do devedor (ativo inferior ao passivo), torna-se indispensável concentrar num só juízo, universal e indivisível, o concurso de credores”¹²⁷

Dessa maneira, na medida em que se estabelece que o juízo falimentar é uno e indivisível, bem como que será fixado no local do principal estabelecimento do devedor, torna-se impossível a propositura de ações, cujos efeitos possam recair sobre o patrimônio do devedor, em outro foro.

Por lógica, não existe problema quanto às empresas com estabelecimento único; entretanto, no tocante às empresas com múltiplos estabelecimentos, o problema pode ser mais complexo do que, à primeira vista, se apresenta.

Primeiramente, sobressai a necessidade de delimitar o que se deve entender por *principal estabelecimento do devedor*, haja vista a omissão do legislador falimentar em descrever o critério de fixação da competência territorial.

Nesse contexto, dá-se margem ao subjetivismo do julgador, que deverá adotar um parâmetro para orientar sua decisão. A Doutrina menciona variadas possibilidades:

Waldo Fazzio Júnior, por exemplo, justifica a escolha do foro do local do principal estabelecimento do devedor, afirmando que se trata do *“centro dos principais interesses do devedor, ou seja, onde se encontra o maior contingente de valores patrimoniais, precisamente porque devem ser arrecadados para satisfazer ao passivo”¹²⁸*.

A partir dessa noção, é possível depreender que o autor privilegia um critério patrimonial para definir o principal estabelecimento, de modo que a verificação considerará a proporção dos bens lá existentes.

Por outro ponto de vista, há quem entenda não ser este o critério

¹²⁷ O trecho transcrito consta de texto escrito em 1977, ainda sob a égide do antigo regime, e adotando o critério objetivo da insolvência – passivo superior ao ativo – para caracterizar a falência; não obstante, é atual no que concerne à unidade do juízo falimentar, como forma de garantir a *par conditio creditorum* (apud FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 67).

¹²⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 66.

adequado, caso de Amador Paes de Almeida, que opta por considerar o *local de comando empresarial*¹²⁹, a despeito da vultuosidade de bens que concentre. Corrobora seu pensamento a lição de Rubens Requião:

*“O critério para determinar o principal estabelecimento integrante de uma empresa com vários estabelecimentos (sejam sucursais, filiais, agências, depósitos, escritórios etc.) não leva em conta a dimensão dos mesmos. Conceitua-se tendo em vista o local onde se fixa a chefia da empresa, de onde emanam as ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa, onde se encontra a contabilidade geral”*¹³⁰.

Por fim, uma terceira vertente, aqui representada por José da Silva Pacheco, que se posiciona pela determinação do principal estabelecimento do devedor *“em conformidade com o constante do Registro Público de Empresa”*¹³¹

O problema que emerge dessa indefinição e da dependência do subjetivismo são as portas abertas àqueles que desejem se valer disso para se escusar da aplicação das normas falimentares. Manoel Justino Bezerra Filho explica a questão:

*“Tal aspecto tem se prestado a possibilitar inúmeras tentativas de chicanas jurídicas e medidas protelatórias. Ou seja, já preparando uma futura falência fraudulenta, o empresário abre diversos estabelecimentos e em todos eles exerce atividades determinantes e de peso, de tal forma que, não importa em qual juízo seja requerida sua falência, sempre argumentará que seu principal estabelecimento não é aquele, e sim outro”*¹³².

Ademais, o referido autor se posiciona contrariamente ao critério do estabelecimento declarado no registro empresarial, por considerar que, nesse caso, o empresário de má-fé poderia optar por local de difícil acesso aos credores. Opina, nesse sentido, pela adoção do critério da sede administrativa dos negócios,

¹²⁹ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 68.

¹³⁰ *Apud* ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 68.

¹³¹ PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 195.

¹³² BEZERRA FILHO, Manuel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada*, 5ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 60.

porquanto é este o local “no qual é feita a contabilidade geral, onde estão os livros exigidos pela lei, local de onde partem as ordens que mantêm a empresa em ordem e funcionamento”¹³³. Tais fatores levam a crer que esta seja a posição mais razoável.

Interessante destacar que essa discussão é particular aos casos de falência, eis que nas recuperações, em razão da inexistência de juízo universal, será competente o foro do lugar em que se tenha contraído cada obrigação. Nesse sentido, decidiu o STJ no CC 53549 / SP:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO UNIVERSAL. INEXISTÊNCIA. DIVERSOS ESTABELECIMENTOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ONDE CONTRAÍDA A OBRIGAÇÃO.

1. Extinta a concordata e deferida a recuperação judicial, não há se falar em juízo universal que, ademais, é instituto próprio da falência.

2. Possuindo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados (art. 75 do CC) podendo a demanda ser proposta no foro do lugar onde se localiza a agência ou sucursal que tiver contraído a obrigação (art. 100, IV, 'b' do CPC).

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Campina das Missões - SC, suscitado”.

Acrescente-se, no que concerne às empresas cuja sede se situe em território estrangeiro, que o foro competente é determinado pela conjugação do art. 3º da lei falimentar com o art. 75, § 2º, do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

[...]

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”.

Ainda no campo da competência do juízo falimentar, por força do § 8º do art. 6º da Lei 11.101/05, “a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor”.

¹³³ BEZERRA FILHO, Manuel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada*, 5ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 60.

Cuida-se, pois, do fenômeno da *prevenção*, como mecanismo de perpetuação da jurisdição, que, no processo de falência, é cogitável tão-somente quando houver mais de um juízo encarregado dos feitos falimentares na mesma comarca.

Com efeito, não há que se falar de prevenção em se tratando de juízo incompetente. E, no processo de falência, é mister que sejam atendidas as condições estabelecidas no referido art. 3º. Nesse contexto, emerge uma outra característica do juízo universal falimentar, qual seja a natureza *absoluta* de sua competência.

Ilustra bem o tema, conforme indica Gladston Mamede¹³⁴, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Conflito de Competência nº 37.736/SP:

“Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença.

- O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor", conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

- A competência do juízo falimentar é absoluta.

- A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por preventivo.

- Constatado que a falência foi declarada pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência.

- Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo

– SP e a sentença de declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM” (grifo nosso).

¹³⁴ MAMEDE, Gladston, *Direito Empresarial Brasileiro - Falência e Recuperação de Empresas*, Vol. 4, Ed. Atlas: São Paulo, 2006, págs. 51-55.

A decisão, que data de 2003, foi proferida ainda sob a égide do Decreto-lei 7.661/45; seu raciocínio, todavia, é plenamente aplicável no novo regime, eis que a atual lei falimentar não inovou substancialmente na matéria, trazendo alterações apenas quanto ao texto.

A regra de competência estabelecida no art. 3º desta lei, pela lógica geral do Processo Civil, seria relativa, eis que se trata de competência *ex ratione loci*. O estabelecimento dessa norma, contudo, se dá em atenção à matéria, razão pela qual é dita absoluta a competência territorial do juízo da falência.

III.5 – Sujeitos e órgãos do processo falimentar

Na definição de Fredie Didier Jr., “*jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível*”¹³⁵.

A falência, enquanto procedimento jurisdicional, é naturalmente imbuída dessas características; assume, contudo, contornos próprios, em atenção às suas particularidades.

É nesse contexto que são levadas à apreciação do juiz competente situações bem peculiares, como a de um sujeito passivo cujos bens são administrados por outrem, ou o caso de um devedor que figure como sujeito ativo (no caso de autofalência).

De uma maneira geral, pode-se afirmar que o procedimento falimentar tem composição subjetiva complexa.

Porque ele dá ensejo à própria existência do processo, inicie-se a análise pelo devedor, que materializa o sujeito passivo da relação processual.

Para tanto, entende-se por bem lembrar que o advento do Código Civil de 2002, tendo adotado a Teoria da Empresa, trouxe definição do que seja

¹³⁵ JR., Fredie Didier, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 10ª Edição, Ed. JusPodium: Salvador, 2008.

empresário, assim considerando todos que, profissionalmente, exerçam “*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”, nos termos do art. 966.

Seguindo a mesma linha, o novo sistema falimentar brasileiro optou por estipular, como destinatário de suas normas, a figura do empresário, conceito que abrange tanto empresários individuais quanto sociedades empresárias, conforme expressamente consignado no art. 1º. Abandonou-se, assim, a noção de devedor comerciante como sujeito passivo da falência.

Com efeito, essa mudança opera uma ampliação subjetiva em suas normas, eis que não distingue, ao contrário do regime anterior, devedor civil de devedor comerciante. Na lição de Ricardo Fiuza:

“O conceito de empresário não se restringe mais apenas às pessoas que exerçam atividades comerciais ou mercantis. O novo Código Civil eliminou e unificou a divisão existente entre empresário civil e empresário comercial. A partir de agora, o conceito de empresa abrange outras atividades econômicas produtivas que até então se encontravam reguladas pelo Código Civil de 1916, e assim submetidas, predominantemente, ao Direito Civil”¹³⁶.

Esmiuçando os conceitos, empresário individual é a pessoa física titular de *empresa*, e é esta condição que lhe atribui legitimidade para ser sujeito passivo de processo de falência; por outro lado, a ausência de tal condição exclui do procedimento os profissionais liberais, cujas atividades não se definem como empresariais.

Por sua vez, as sociedades empresárias, conforme ensina Amador Paes de Almeida, são as reguladas nos arts. 1039 a 1092 do Código Civil: sociedades em nome coletivo, comandita simples, limitada, comandita por ações e anônimas¹³⁷.

Em razão da omissão legal a seu respeito, deduz-se que as sociedades simples¹³⁸ não estão sujeitas a falência; diferentemente, estão excluídas

¹³⁶ Apud ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 48.

¹³⁷ Apud ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 51.

¹³⁸ Luiz Antônio Soares Hents ensina: “a sociedade simples é um sucedâneo da sociedade civil de fins lucrativos, prestando-se ademais, por suas características singulares, à organização das sociedades de profissionais liberais, que, por razões lógicas, não subtraem a plena responsabilidade pessoal dos

do procedimento por expressa determinação legal:

“Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”.

Ainda no tema do sujeito passivo do processo de falência, destaque-se que a Lei 11.101/2005 inovou com a disposição do art. 81, segundo o qual *“a decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida”*. Estende, ainda, esses efeitos aos sócios que tenham se retirado ou tenham sido excluídos da sociedade, até dois anos antes, conforme dito no § 1º do dispositivo.

Essa norma se opõe ao art. 5º¹³⁹ da Lei de Falências e Concordatas, que previa o não atingimento dos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais pela falência da sociedade; a estes, só atribuía os demais efeitos decorrentes da sentença declaratória de falência.

Com a nova norma, amplia-se o rol de legitimados para figurar no pólo passivo do processo de falência. Em termos práticos, merecem destaque as considerações de Fábio Ulhoa Coelho sobre o dispositivo:

“Pela nova disciplina, esses sócios terão sua falência decretada junto com a da sociedade. Note-se que a lei criou uma hipótese de concurso falimentar em que o devedor não é necessariamente empresário individual ou sociedade empresária.

A falta de implicação prática relevante reside no âmbito de incidência do preceito. Ele diz respeito unicamente às

profissionais que atuam por seu intermédio” (Apud ALMEIDA, Amador Paes de, Curso de Falência e Recuperação de Empresa, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 50).

¹³⁹ “Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de dois anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas, até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma”.

sociedades em nome coletivo, comandita simples (em relação ao comanditado) e por ações (em relação ao acionista-diretor). Apenas nesses tipos societários há sócios ilimitadamente responsáveis pelas obrigações da sociedade.

Como esses tipos de sociedade são raramente utilizados hoje em dia, a profunda alteração que o dispositivo introduz acaba se limitando ao aspecto conceitual da questão¹⁴⁰

A Lei prevê, igualmente, a hipótese da chamada *falência do espólio*. Esta se dá em face da morte do empresário, caso o estado de seu patrimônio configure crise falimentar. Sendo assim, será o espólio o sujeito passivo do processo. A matéria é tratada no art. 97, II, da Lei 11.101/05.

Por conseguinte, cumpre analisar o pólo oposto da relação processual, a fim de determinar quem são os legitimados para atuar como sujeito ativo do procedimento falimentar.

Observe-se que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a falência depende *sempre* de provocação, vale dizer, não se admite qualquer hipótese de falência *ex officio*. A decretação da falência pelo juiz, nos casos do art. 73 da Lei 11.101/05 – que trata da convolação da recuperação judicial em falência – não consubstancia medida de ofício, tendo em vista a existência de provocação prévia, para dar início ao procedimento de recuperação.

Sendo assim, conforme prevê o art. 97 da lei em epígrafe, compõem o rol de legitimados para a dita provocação: o credor; o próprio devedor; o cônjuge sobrevivente, os herdeiros e o inventariante; o sócio ou acionista da sociedade empresária.

Para pedir a falência, o credor, como titular de relação obrigacional em face do devedor, necessita apenas que o crédito relativo a essa obrigação seja líquido, a despeito de qual seja a natureza da dívida.

A exigência que se faz, portanto, é que o crédito corresponda a dívida executável, bem como seja realizado o protesto, nos termos do art. 94¹⁴¹ da

¹⁴⁰ O autor esclarece que, em 2002, segundo estatísticas, apenas 0,16% das sociedades constituídas no Brasil correspondiam aos tipos citados (COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 205).

¹⁴¹ Nesse ponto, remete-se o leitor ao capítulo anterior, onde foram tratadas as normas e divergências relativas ao tema.

Lei.

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência disciplina, ainda, a hipótese de o próprio devedor, em reconhecendo a inviabilidade de superação da crise que o aflige, dar início ao processo falimentar.

Segundo a lição de Vera Helena de Mello Franco, “a obrigação legal de requerer a autofalência, já prevista na norma do art. 8^o¹⁴² do Decreto-lei falimentar revogado permanece. Mas agora sem o prazo de trinta dias e sem o protesto como marco inicial”¹⁴³.

Entretanto, a caracterização da autofalência como dever legal não é pacífica. Waldo Fazzio Júnior, por exemplo, traz fundamentos no sentido contrário:

“Para que a autofalência se qualifique como um dever necessita ser acompanhada de preceito sancionatório de seu descumprimento, sob pena de inoperância, como, de resto, ocorria no direito concursal brasileiro. O art. 105, em questão, utiliza o verbo ‘dever’, mas nenhuma sanção estipula para sua inobservância”¹⁴⁴.

O fato é que, a despeito de ser ou não um dever, será adotado, para a hipótese, o procedimento dos arts. 105 a 107; este procedimento, na verdade, de mais específico, contém apenas as normas de formalização do pedido:

“Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três)

¹⁴² “Art. 8^o O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento:

I - o balanço do ativo e passivo com a indicação e a avaliação aproximada de todos os bens, excluídas as dívidas ativas prescritas;

II - a relação nominal dos credores comerciais e civis, com a indicação do domicílio de cada um, importância e natureza dos respectivos créditos;

III - o contrato social, ou, não havendo, a indicação de todos os sócios, suas qualidades e domicílios, ou os estatutos em vigor, mesmo impressos, da sociedade anônima”.

¹⁴³ FRANCO, Vera Helena de Mello, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 403.

¹⁴⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Ed. Atlas: São Paulo, 2005, pág. 245

últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;*
- b) demonstração de resultados acumulados;*
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;*
- d) relatório do fluxo de caixa;*
- II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;*
- III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;*
- IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;*
- V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;*
- VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária”.*

No mais, tanto rito quanto efeitos serão os mesmos.

No caso da hipótese, há pouco tratada, de *falência do espólio*, o sujeito ativo corresponderá, nos termos do art. 97, II, da Lei, ao *cônjuge sobrevivente, aos herdeiros e ao inventariante*.

Nesse ponto, diverge a doutrina sobre ser individual ou coletiva a iniciativa do pedido de falência, ou seja, se os legitimados precisam agir conjuntamente ou podem, de forma isolada, formalizar o pedido. Existem respeitáveis posições que o condicionam à iniciativa coletiva, a exemplo de Rubens Requião¹⁴⁵, contudo, parece prevalecer a corrente contrária, representada por Miranda Valverde, Waldemar Ferreira, Amador Paes de Almeida, entre outros.

Entretanto, conforme lembra Vera Helena de Mello Franco¹⁴⁶, decerto que a legitimação está condicionada ao *interesse econômico, assim como*

¹⁴⁵ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, pág. 90.

¹⁴⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 405.

ao interesse processual. Significa dizer que estão excluídos desse rol o cônjuge cujo casamento tenha se dado em regime de separação absoluta de bens, tal qual o credor cujo crédito não seja oponível em falência.

Têm, igualmente, legitimidade para requerer falência os sócios e acionistas minoritários; tal atribuição tem o propósito de viabilizar a tutela de seus interesses. Amador Paes de Almeida comenta a utilidade da medida:

“Com efeito, em determinadas circunstâncias, numa sociedade que caminha mal, há divergências entre os sócios quanto à solicitação da autofalência. Na ocorrência desse fato, e no sentido de evitar que a situação se deteriore, com manifesto prejuízo e até mesmo o envolvimento pessoal dos sócios, pode, qualquer deles, requerer a falência da sociedade.

Nas sociedades por ações cabe à assembléia geral deliberar sobre pedido de falência. Na omissão desta, qualquer acionista pode fazê-lo”¹⁴⁷.

Por fim, no que concerne à legitimidade ativa, Waldo Fazzio Júnior lembra que, *“diferentemente de outras legislações, a brasileira não contempla o requerimento direto de falência do empresário insolvente oferecido pelo Ministério Público. Não tem esse órgão, nos termos da lei pátria, legitimidade para postular a decretação direta de falência de agentes econômicos”¹⁴⁸.*

Além dos sujeitos ativo e passivo, caracteriza o procedimento falimentar a atuação de alguns órgãos, cuja participação é reflexo da essência da falência.

Nesse sentido, destaca-se, primeiramente, a figura do *administrador judicial*, que substitui o *síndico* – da Lei de Falências e Concordatas – e é responsável por gerenciar a massa falida.

Na definição de Miranda Valverde, o administrador é um *“auxiliar da Justiça”*, que, no cumprimento de sua função, *“age por direito próprio em seu nome”¹⁴⁹*. Por essa razão, o exercício de suas funções é *independente* em relação

¹⁴⁷ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, , 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 63.

¹⁴⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Ed. Atlas: São Paulo, 2005, pág. 245.

¹⁴⁹ *Apud* ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, , 22ª Edição, Ed. Saraiva:

ao falido e aos credores, sendo livre para se opor aos interesses de um ou de outro.

No atual regime falimentar brasileiro, a nomeação do administrador fica a cargo do juiz competente, nos termos do art. 99, IX, da Lei 11.101/2005. Para efetuar sua decisão, o magistrado deve se orientar pelo preceituado no *caput* do art. 21, assim como obedecer as restrições do art. 30 da mesma Lei, *in verbis*:

“Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

“Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente”.

Ademais, conforme disposto no parágrafo único do art. 21, o administrador judicial poderá ser pessoa física ou jurídica; neste caso, possuirá representante judicial. A esse respeito, leciona Amador Paes de Almeida que *“a representação, na eventualidade de prejuízos causados à massa, por má administração do representante ou preposto, acarretará a responsabilidade da preponente”*¹⁵⁰.

Entretanto, o juiz não exaure sua atuação, quanto ao administrador judicial, em o nomeando; deverá, na verdade, fiscalizar o exercício de suas funções, para garantir o atendimento dos objetivos do procedimento.

Toda a atuação do administrador judicial se encontra disciplinada na Seção III do Capítulo II da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que se

São Paulo, 2006, pág. 198.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 199.

estende do art. 21 ao art. 35. O exercício dessa função – que é remunerada – é informado por deveres e atribuições, regulados pelo diploma legal. São exemplos o dever de vender, antecipadamente, bens perecíveis ou de conservação dispendiosa, o dever de fornecer informações aos credores, assim como o de elaborar a relação de credores.

Sua função é comentada por Nelson Abrão:

“Na qualidade de administrador de um patrimônio especial sob o controle judicial, está adstrito à prática de atos que, de um lado, atendam ao procedimento especial da falência e, de outro, à finalidade para a qual esse patrimônio é constituído, isto é, a realização do ativo e a liquidação do passivo. Costuma-se, por isso, classificar esses atos em judiciais e administrativos. Como manipulador de bens alheios, ele representa ora a massa, ora os credores na defesa da integridade desse bens, e, por força do caráter publicístico do processo, presta informações a todos os interessados em seu andamento”¹⁵¹.

Por fim, lembre-se que o administrador judicial responderá pelos prejuízos que cause, dolosa ou culposamente, ao devedor ou aos credores, nos termos do art. 32 da lei falimentar.

Paralelamente, a referida Seção III do Capítulo II trata do Comitê de Credores, órgão que também atua no processo de falência, *caso seja formado*. Isso porque sua constituição é facultativa, de acordo com critérios de conveniência. É nesse sentido o teor do art. 28 da Lei:

“Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições”.

Ele será composto por um representante dos credores de classe trabalhista, um representante dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e um representante dos credores quirografários e com privilégios gerais, cada um deles contando com dois suplentes.

¹⁵¹ *Apud* ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 201.

Na falência, o órgão terá as funções designadas no inciso I do art. 27, a exemplo de *fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial* ou *comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores*.

No intuito de caracterizar a Assembléia-geral de Credores, Erasmo Valladão França faz digressão para estabelecer o que seja *órgão*; recorre, para tanto, aos ensinamentos de Carnelutti que o define como uma *“decorrência lógica do conceito de interesse coletivo”*, agindo *“para o desenvolvimento deste interesse”*. O autor conclui que *“a Assembléia-Geral de Credores, nessa perspectiva, é órgão, eis que preordenada pela Lei 11.101 para agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da comunhão de credores”*¹⁵².

Sua finalidade é de conciliar o interesse do corpo de credores, por meio de deliberação, constituindo uma *vontade coletiva*. Sendo assim, sua função é deliberativa, e não decisório, de modo que suas deliberações ficam sobrestadas para a análise judicial. O citado autor observa, todavia, que, a despeito de não estar subordinado à Assembléia, *“o próprio juiz estará adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais”*¹⁵³.

Cabe ressaltar que, não obstante a relevância de seu papel, a existência desse órgão é, também, facultativa.

Suas atribuições, no que tange ao procedimento da falência, constam do art. 35, inc. II, da Lei 11.101/05: a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei; qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Sua organização e funcionamento obedecerão o disposto nos arts. 36 a 46 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Em conclusão, cumpre analisar a questão da atuação do Ministério

¹⁵² FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 187.

¹⁵³ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 187.

Público no procedimento da falência.

No regime da Lei de Falências e Concordatas, estavam dispersas, ao longo de seu texto, numerosas situações em relação às quais se previa a intervenção do *Parquet*. Por exemplo, por força do seu art. 74, o referido órgão deveria opinar sobre o pedido de continuação dos negócios do falido. Além dessas hipóteses dispersas, o art. 210 continha previsão genérica, no seguinte sentido:

“Art. 210. O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à concordata”.

O tema da atuação ministerial deu ensejo a discussão doutrinária, eis que se apresentavam visões divergentes sobre o assunto; alguns autores, a exemplo de Carvalho de Mendonça, entendiam que sua participação deveria ser restrita aos aspectos penais da falência, ao passo que outros, caso de Miranda Valverde, defendiam a ampla participação do Ministério Público.

Paralelamente, é cediço que o projeto que deu ensejo à atual Lei 11.101/05 trazia, no bojo de seu art. 4º, previsão similar à do Decreto-lei 7.661/45, no sentido da amplitude da participação do Ministério Público nos procedimentos que regula.

Com efeito, por força deste artigo, restaria estabelecido que “o representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência”, bem como que “além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta”. Tal dispositivo, contudo, recebeu veto presidencial.

Em linhas gerais, o veto foi justificado em razão da previsão de intervenção do *Parquet*, de modo obrigatório, “em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamações trabalhistas”. Isso, segundo afirmado nas

razões do veto, representaria sobrecarga para a instituição, como também diminuiria seu valor institucional.

O fato é que o dispositivo de fato foi vetado e, assim, esvaziado de efeitos. O Ministério Público não foi afastado procedimento falimentar, eis que estão dispersas na Lei uma série de situações para as quais está prevista sua atuação.

Mauro R. Penteado as destaca: *“na falência, há referência expressa na nova Lei ao Ministério Público em 16 dispositivos, para finalidades e atuação das mais diversas: arts. 8º, 19, 22, §4º, 30, § 2º, 99, XIII, 104, VI, 132, 142, § 7º, 143, 154, § 3º, 171, 177, 184, parágrafo único, 187, 'caput' e §§ 1º e 2º”*¹⁵⁴.

Além dessas hipóteses, o *Parquet* atuará em conformidade com os arts. 82 e 83 do CPC, vale dizer, em qualquer processo em que verifique a existência de interesse público.

Com base nisso, fica evidente o papel que o atual regime atribuiu ao Ministério Público. Nesse sentido, a lição de Fernando Antônio Negreiros Lima: *“com o veto ao art. 4º do diploma legal em exame, que continha expressa previsão de intervenção do Ministério Público assim na falência, como na recuperação de empresa, em todos os seus termos, tem-se como superada a discussão doutrinária”*¹⁵⁵.

Isso não impede, todavia, que a Doutrina, dissentindo das razões explicitadas, faça a crítica das novas normas, opondo argumentos para sua mudança. A exemplo disso, Pedro Thomé de A. Neto e Andréa Bernardes de Carvalho, em trabalho sobre o assunto, afirmam que as razões do veto *“são claramente inconsistentes”*, dizendo ainda que revelam *“uma tendência redutora e simplificante no que toca à importância dos processos falimentares”*.

Os aludidos autores defendem a participação do Ministério Público em todas as fases do procedimento, porque, segundo eles, com a intervenção *a posteriori*, já poderiam estar consubstanciados *“os efeitos daninhos ocasionados*

¹⁵⁴ PENTEADO, Mauro R., in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 129.

¹⁵⁵ LIMA, Fernando Antônio Negreiros, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro como 'custos legis'*, Ed. Método: São Paulo, 2007.

pelas práticas fraudulentas perpetradas pelos maus empresários” ou “as conseqüências socialmente gravosas e indesejáveis de uma falência”. Nesse sentido, expõem suas razões:

“o interesse público se revela a todo momento no processo concursal e até mesmo antes dele, quando se aprecia o pedido de falência, momento em que o órgão ministerial vela pela correta aplicação da lei e evita a decretação desnecessária (ou equivocada) de quebra, verificando a escorreita ocorrência dos pressupostos legais para a adoção da medida drástica”¹⁵⁶.

III.6 – Pedido e causa de pedir

Tendo-se procedido à análise dos elementos subjetivos da demanda no tópico anterior, cumpre agora investigar seus elementos objetivos, traduzidos *no que se pede e no motivo por que se pede*.

Nesse sentido, o pedido revela a pretensão encerrada no processo. É dividido pela Doutrina em pedido imediato, que corresponde à providência jurisdicional, materializada pela sentença, e pedido mediato, que se refere ao bem da vida a que se visa, à pretensão em si. O pedido imediato é, portanto, instrumento para obtenção do pedido mediato.

No que tange à falência, percebe-se que a instauração do procedimento tem em vista os objetivos enunciados no art. 75 da Lei 11.101/05: afastar o devedor de suas atividades, como também preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa. Mas não é só: na perspectiva dos credores, deseja-se a incidência dos efeitos decorrentes da decretação da quebra, sobretudo a liquidação do patrimônio ativo, de modo que se viabilize a satisfação das dívidas do falido, no limite do valor de seus bens.

Na verdade, quando se requer a decretação da falência, o pedido

¹⁵⁶ A. NETO, Pedro Thomé de, e CARVALHO, Andréa Bernardes de, *A intervenção do Ministério Público no Processo Falimentar e de Recuperação de Empresas*, in Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, Ano 6, Números 24/25, julho/dezembro 2007, Brasília/DF.

constitui o “reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa”¹⁵⁷, expressão utilizada por Waldo Fazzio Júnior. Os demais objetivos consistem em efeitos desse reconhecimento.

A causa de pedir, por sua vez, se demonstra como alicerce da demanda, porquanto fornece seu fundamento. Conforme ensina a Doutrina Processual Civil, a causa de pedir se subdivide em duas espécies: “a remota, identificada como a relação jurídica que nasce por incidência da lei, e a próxima, vista como um estado de fato contrário ao direito”¹⁵⁸.

Naturalmente, no processo falimentar, a causa de pedir recebe contornos específicos.

De maneira lógica, pode-se perceber que, se o que se pede é o reconhecimento da inviabilidade da empresa, dá ensejo à decretação da falência a existência de crise empresarial insuperável. A aferição da existência dessa crise, contudo, é feita pelo juiz competente, no bojo do processo.

O pedido que inaugura a apreciação judicial deve estar fundamentado em alguma das causas que, nos termos da lei falimentar, dão ensejo à *presunção do estado de insolvência*.

Com efeito, a Lei estabelece critérios que consubstanciam fortes indícios da quebra empresarial. A presença desses indícios justifica, por si só, a apreciação judicial; será o desenrolar do procedimento que determinará a elisão ou não da *presunção de falência*, da qual dependerá sua decretação.

O elenco de critérios que darão fundamento ao pedido de falência consta do art. 94 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, e já foi tratado no capítulo anterior, no tópico sobre a “Caracterização do estado de falência”, ao qual se remete o leitor. Entretanto, ressalte-se que, para essas hipóteses, foram adotados pelo legislador os critérios de impontualidade, cessação de pagamentos e prática de atos falimentares.

Por conseguinte, na expressão geral da doutrina processual, causa de pedir são *atos e fundamentos jurídicos* do pedido, aqui consubstanciados nas causas de *presunção do estado de falência* estabelecidas pela respectiva Lei.

¹⁵⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 187.

¹⁵⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, *Teoria Geral do Processo*, 2ª Edição, Ed. Método: São Paulo, 2007, pág. 304.

Esclarecido isso, destaque-se que a demanda falimentar segue a linha geral do Direito Processual, devendo ser concretizada por meio de petição inicial. Esta, nas palavras de Fredie Didier, “*é o meio pelo qual a vontade se expressa*”¹⁵⁹, é o instrumento mediante o qual se materializa a pretensão.

Seus elementos – partes, pedido e causa de pedir – foram já todos tratados. No que concerne às suas condições da ação – diretamente ligadas à exordial, porque nela devem ser demonstradas – já se falou sobre a legitimidade *ad causam*, na oportunidade em que se analisou o aspecto subjetivo do processo de falência.

Em sendo adotada a tradicional classificação de Liebman¹⁶⁰, caberia cuidar, ainda, do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido. Nesse ponto, percebe-se estarem mescladas, de forma provavelmente indissociável, condições da ação e mérito.

Isso porque, em sendo demonstrada a crise falimentar irrecuperável, não há que se cogitar de impossibilidade do pedido de falência, bem como fica evidente a necessidade e a utilidade do provimento do pedido.

A petição inicial da falência deverá atender os requisitos do Código de Processo Civil:

*“Art. 282 - A petição inicial indicará:
I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
IV - o pedido, com as suas especificações;
V - o valor da causa;
VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
VII - o requerimento para a citação do réu”.*

“Art. 283 - A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

Para concluir, é preciso lembrar que não só por meio da exordial tem início o processo de falência, eis que é possível que ele seja iniciado de maneira incidental, no processo de recuperação judicial. A convocação da recuperação em

¹⁵⁹ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 10ª Edição, Ed. JusPodium: Salvador, 2008, pág. 397.

¹⁶⁰ É por respeito à tradição processual brasileira, e por compor o objetivo do presente trabalho a apreciação da discussão doutrinária travada sobre as condições da ação, que promove severa crítica à classificação de Liebman, que ora se cuida de definir a demanda nessa perspectiva.

falência acontece em conformidade com o art. 73 da lei falimentar:

*“Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:
I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4o do art. 56 desta Lei;
IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1o do art. 61 desta Lei”.*

III.7 – Defesa

A petição inicial, de que se cuidou no tópico anterior, *provoca* a atividade jurisdicional, vale dizer, dela decorre toda a sequência de atos que caracterizam o procedimento. Na falência, não é diferente.

Na verdade, o procedimento falimentar deve ser dividido em duas etapas: uma de natureza cognitiva, destinada à apreciação das razões expostas na inicial, cuja finalidade é verificar a existência de crise que implique a decretação da falência; a seguinte corresponde ao procedimento de liquidação, que só terá lugar em sendo afirmado o estado de falência por sentença judicial.

Quanto ao tema, é de ressaltar o ensinamento de Waldo Fazzio Júnior:

“A LRE – Lei de Recuperação de Empresas e Falência – transformou o procedimento pré-liquidatório. Eliminou a dualidade procedimental. É que na LFC – Lei de Falências e Concordatas – havia um procedimento previsto para a falência calcada na impontualidade e outro, para a falência arrimada nos atos presuntivos de insolvência. Agora, não. O procedimento é único, qualquer que seja a causa de pedir”¹⁶¹.

Por conseguinte, sabendo que a falência só pode ser requerida nos casos que autorizem a presunção desse estado, o juiz, em face da petição inicial, deverá examinar não só a regularidade da demanda, de acordo com as normas

¹⁶¹ JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 254.

gerais do Processo Civil; deve verificar, igualmente, a presença de algum dos pressupostos específicos da falência, nos termos preceituados no art. 94 da Lei 11.101/05 (cuja análise foi feita no capítulo II deste trabalho).

A demanda regular dará ensejo à citação do réu. Nesse ponto, lembre-se que, nos termos do art. 81 da dita Lei, em se tratando de empresa com sócios ilimitadamente responsáveis, estes também deverão ser citados. Para o ato de citação, a nova lei falimentar não prevê forma específica, daí decorrendo a aplicação das normas do CPC.

No contexto de um processo judicial, observe-se que a citação, na medida que lhe dá conhecimento da propositura de ação, tem o condão de concretizar, em termos práticos, a posição de demandado.

Diante disso, não olvidando a possibilidade de revelia, tem-se, por consequência natural, a reação do réu, em oposição àquela demanda.

Nesse ponto, há um aspecto a ser sublinhado, pertinente aos legitimados para propor ação de falência, em conformidade com o art. 97 da lei falimentar; só há que se falar em defesa, por razões de lógica, nos casos de falência requerida por credor ou por cotista ou acionista da sociedade empresária. Nas hipóteses de autofalência e falência do espólio, ao menos para efeitos práticos, as figuras do sujeito ativo e passivo acabam por se confundir.

Constatado isso, vale lembrar que, em termos genéricos, a resposta do réu é denominada *exceção*, que compreende não o direito abstrato de se defender, como também todas as possibilidades de defesa que lhe são ofertadas. *In casu*, o termo exceção pode ser entendido como o direito do demandado de se opor à pretensão falimentar, bem como os meios legais previstos para esse mister.

Inicialmente, o demandado está autorizado, por força do disposto no art. 95, a pedir sua recuperação judicial. Esse pedido deverá ser instruído de acordo com o art. 51 da mesma Lei – que trata da recuperação judicial – e poderá ser feito dentro do prazo de contestação. Este prazo, conforme prevê o art. 98, corresponde a dez dias.

Outra alternativa é disponibilizada para devedores cuja falência tenha sido requerida, com fulcro em impontualidade ou execução frustrada –

hipóteses dos incisos I e II do art. 94 –, que consiste no *depósito elisivo*¹⁶². Trata-se de matéria regulada no parágrafo único do art. 98, segundo o qual:

“Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor”.

A efetuação do depósito elisivo pode se dar junto à apresentação de defesa, em que sejam opostas relevantes razões de direito ao pedido, ou por si só, sem a oposição de matéria de defesa.

O depósito elisivo tem o efeito de converter a ação falimentar em ação de cobrança, e o juiz passa a examinar tão-somente a relação entre credor e devedor, para decidir se o autor está autorizado a levantar o valor depositado.

Prosseguindo no tema da resposta do réu, cumpre lembrar a classificação doutrinária que distingue a *defesa processual*, relativa aos requisitos de admissibilidade da causa, e a *defesa de mérito*, que se opõe à pretensão propriamente dita. No caso da falência, a pretensão é a decretação da quebra.

Nesse passo, em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o demandado pode alegar, em sua defesa, alguma das preliminares disciplinadas no art. 301¹⁶³ deste diploma, correspondentes a matéria de defesa processual. É o teor do dispositivo:

*“Art. 301 - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:
I - inexistência ou nulidade da citação;
II - incompetência absoluta;*

¹⁶² Sobre a admissibilidade de depósito elisivo: *“No entanto, a jurisprudência, embora não pacificada, admitia o depósito elisivo em casos de requerimentos fundados em 'atos de falência', tal qual ocorre neste caso do inciso III do art. 94, como noticia Trajano de Miranda Valverde (RTJ 94/362, RTJ 550/216 e RSTJ 81/236). Aliás, seria mesmo o caminho mais correto, pois, se o requerido deposita, demonstra que tem ativos suficientes para suportar aquele passivo que instrui a inicial e, assim, não está em estado falimentar. De qualquer forma, a lei agora é clara no sentido de excluir a possibilidade de depósito elisivo quando se trata de pedido de falência com fundamento no inc. III do art. 94”* (FILHO, Manuel Justino Bezerra, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada*, 5ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pág. 266).

¹⁶³ Dentre as hipóteses arroladas no dispositivo, apenas parecem inviáveis, no processo de falência, a preempção e a convenção de arbitragem. Nesse procedimento, a gestão fica a cargo do Administrador Judicial, e a inércia deste dá margem à sua substituição, e não à preempção. Quanto à convenção de arbitragem, tem-se por impossível a atuação do árbitro nas causas destinadas ao juiz da falência.

III - inépcia da petição inicial;
 IV - perempção;
 V - litispendência;
 VI - coisa julgada;
 VII - conexão;
 VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
 IX - convenção de arbitragem;
 X - carência de ação;
 XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar”.

No que tange ao mérito, a Lei 1.101/2005 determina que a decretação da falência, nos casos em que tenha sido requerida com base na impontualidade (inciso I do art. 94), é impedida pela comprovação das circunstâncias listadas no art. 96, *in verbis*:

“Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:
 I – falsidade de título;
 II – prescrição;
 III – nulidade de obrigação ou de título;
 IV – pagamento da dívida;
 V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;
 VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
 VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;
 VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado”.

Tais circunstâncias traduzem *razões relevantes para não pagar*. Conforme conclui Vera Helena de Mello Franco¹⁶⁴, trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que a norma contida no inciso V dá margem ao subjetivismo do julgador.

Por conseguinte, o devedor que julgue presente, no caso concreto, circunstância que justifique a não realização do pagamentos e, portanto, afaste a decretação da falência, deverá comprovar, no bojo de sua contestação, tudo o que alega.

¹⁶⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 399.

A hipótese seguinte de presunção de falência, que autoriza seu requerimento, diz respeito à execução frustrada. Nos termos legais, esta acontece quando o devedor, “*executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal*”.

Neste caso, fica evidente a impossibilidade de pagar do devedor. Não sendo efetuado o depósito da quantia correspondente, uma possível alternativa para afastar a constituição do estado de falência é a comprovação de vício na certidão que instrui o pedido, em conformidade com o § 4º do art. 94.

O inciso III deste mesmo artigo, em seguida, cuida dos chamados *atos falimentares*. O requerimento de falência, nessa situação, está autorizado, no intuito de evitar maiores prejuízos a todos quantos sejam afetados pela insolvência empresarial. Lembre-se que, nessa situação, a configuração do estado falimentar – e a sua decretação – *independe da falta de pagamento*, o que impede que se cogite de depósito elisivo.

Nesse sentido, o mérito da ação falimentar corresponderá à verificação da prática desses atos: ao autor, caberá comprovar o que alega, fornecendo subsídios para a decretação da quebra; o demandado, por sua vez, terá a missão de negar os fatos apontados pelo autor, elidindo a presunção do estado falimentar.

Por fim, “*nenhuma restrição é feita quanto à matéria argüível, pelo que se há de concluir pela possibilidade de feitura de provas legais e das moralmente legítimas (art. 332 do CPC)*”¹⁶⁵.

III.8 – Sentença

Conforme já foi dito, o processo de falência se desenvolve em duas etapas: a primeira, cognitiva; a seguinte, de liquidação. A primeira fase se destina a apurar a existência da crise falimentar alegada por meio da exordial, sendo encerrada, em 1ª instância, por meio de sentença.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 96.

Por essa razão, justifica-se a afirmação de Waldo Fazzio Júnior, para quem “a falência, vista como solução judicial das relações obrigacionais decorrentes da insolvência, começa e termina com uma sentença”¹⁶⁶.

Naturalmente, a depender de receber ou não provimento o pedido do autor, a sentença será decretatória ou denegatória da falência.

É bastante óbvio que, no desenrolar da instrução, o juiz atribua razão aos fundamentos de defesa apresentados pelo réu, de modo que seja reconhecida a improcedência do pedido.

Ademais, o processo pode ser extinto por meio de sentença que não examine o mérito, caso se materialize alguma das circunstâncias tratadas no art. 267 do CPC, no que for aplicável ao procedimento ora analisado¹⁶⁷:

Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

Nos dois casos, seja por acolher fundamentos que afastem o estado falimentar e, portanto, impeçam sua decretação, seja por estar o magistrado impossibilitado de examinar o mérito da ação falimentar, devendo extinguir o feito

¹⁶⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 265.

¹⁶⁷ Conforme já se disse, na falência, *processo que é*, são viáveis situações em que se deva apresentar defesas meramente processuais, sendo também possível que apresente vícios que determinem a extinção do processo sem exame do mérito. Nem todas as hipóteses previstas no CPC são aplicáveis ao processo de falência. Como visto, perempção e convenção de arbitragem são institutos que não se coadunam com a natureza da matéria. No inciso X, igualmente, cuida-se da confusão entre autor e réu, situação expressamente prevista na Lei de Falências, como *autofalência*. Em outros casos, contudo, é plenamente admissível sua verificação, a exemplo da carência de ação ou da ausência de pressupostos processuais.

sem se pronunciar sobre a falência do devedor, observar-se-á uma *sentença denegatória da falência*.

Entretanto, apenas na hipótese de ser a falência afastada *por força do exame de mérito*, ou seja, quando houver verificação da improcedência das razões de requerê-la, será aplicável a norma contida no art. 101 da Lei 11.101/05.

Com efeito, o dito dispositivo prevê, *in verbis*:

“Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença”.

Consagra, nesses termos, o *poder-dever* do julgador de apurar, *ex officio*, a presença de dolo no pedido de falência *considerado improcedente*. Na concepção de Gladston Mamede, o referido art. 101 estabelece requisito da sentença denegatória de falência. É a lição deste autor:

“A medida prevista no artigo 101 reflete norma de polícia processual, visando a preservação da seriedade e excepcionalidade do juízo falimentar, bem como procurando garantir o império da boa-fé processual, mormente em ação cujos efeitos são assim tão graves”.

A sentença denegatória da falência não repercutirá quanto à situação jurídica do réu, que continuará como estava antes da instauração da lide. A diferença é que, em tendo sido doloso o pedido, ele será indenizado por prejuízos ou inconvenientes daí decorrentes.

É evidente, contudo, que deverão constar dos autos provas da conduta dolosa do autor, a autorizar sua condenação. O intuito da norma é demonstrar que a falência não é meio regular de cobrança, punindo aqueles que pretendam utilizar-se dela para tanto. Visa, nesse sentido, a estabelecer um *dever de responsabilidade* para aqueles que ajuízem pedido de falência, desestimulando condutas temerárias ou abusivas¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Waldemar Ferreira logrou caracterizar o abuso de direito nos seguintes termos: *“Assiste a toda gente o direito de recorrer às vias legais; mas, para isso, é essencial, primeiro, que o autor seja titular do direito em causa e capaz de exercê-lo; segundo, que dêle use, permanecendo nos limites objetivos, mais ou menos precisos, traçados pela lei; e, terceiro, que não lhe imprima outras diretrizes senão as estabelecidas pelo próprio espírito do instituto, de que se utilize, sem o contrariar. Do concurso desses três elementos decorrem os dados do problema, a saber da responsabilidade do agente pelo abuso cometido, desde que cause prejuízo a outrem. O litigante deve medir bem os efeitos de seus atos e não agir por espírito de malícia, de chicana, ou mesmo por erro grosseiro equivalente ao dolo”* (FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, Ed. Saraiva: São Paulo, 1965, pág. 287).

Além disso, no § 2º desse dispositivo, o legislador falimentar preceituou que o terceiro, que tenha sido prejudicado pelo ajuizamento da ação de falência, pode obter indenização; contudo, *deverá provocar a atividade judicial, por ação própria*.

Explicitados os efeitos do não provimento da falência, cumpre cuidar dos casos em que o pedido seja entendido procedente.

A sentença que decreta a falência, na percepção de Waldemar Ferreira, “*é complexa, a despeito da simplicidade de seu conteúdo. Desdobra-se sua execução em atos administrativos e em atos jurisdicionais, ora distintos, ora conjugados, em busca de seu escopo essencial*”. No caso do regime atual, o escopo é o consagrado no art. 75 da lei respectiva, bem como, evidentemente, a satisfação do crédito, com aplicação da *pars conditio creditorum*.

Ao contrário da Lei de Falências e Concordatas – na qual era estipulado, no art. 14, a contar do termo da instrução processual, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para que o juiz proferisse sentença –, a Lei 11.101/05 não estabelece prazo para a decisão. A atual lei falimentar, em seu art. 99, se restringe a designar os requisitos da sentença que decreta a falência.

Outra alteração, quanto a tais dispositivos, é de ordem terminológica, e reflete antiga discussão doutrinária, travada sobre a natureza da sentença no processo falimentar: enquanto, no regime anterior, a lei fazia menção à *declaração* da falência, o diploma atual se expressa no sentido da sua *decretação*.

Trata-se de definir se a sentença que confirma a pretensão do autor é *declaratória ou constitutiva*.

O texto do diploma anterior dava margem à divergência; uma vez que dizia que a sentença declarava a falência, alguns autores passaram a afirmar que essa sentença apenas reconhecia o *preexistente estado de insolvência*. Seguem essa linha, segundo cita Rubens Requião¹⁶⁹, Walter T. Alvares e Sampaio de Lacerda.

Em reação a esse entendimento, formou-se corrente – majoritária, diga-se de passagem – defendendo o contrário: até sua decretação por meio de sentença, a falência é mero estado de fato, caracterizado por crise empresarial

¹⁶⁹ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, pág. 107.

irrecuperável, sem quaisquer efeitos jurídicos. Formalmente falando, tão-somente com a sentença que a decreta, *constitui-se* o estado falimentar.

Não obstante empregue o termo *declaração*, tal idéia se depreende da obra de De Semo, eis que afirma que “o terceiro pressuposto, de caráter processual, é constituído da declaração de falência: essa exigência demonstra que o estado de falência não existe anteriormente à declaração”¹⁷⁰.

Waldemar Ferreira¹⁷¹ cuidou de exaurir o tema, sobretudo ao lembrar que, mesmo “quando confessado espontânea e formalmente pelo comerciante seu estado de falência” - ou seja, na autofalência –, a sentença não se resigna a declarar o estado falimentar. Para o autor, o “adjetivo” (declaratória) “*não lhe externa a natureza*” (da sentença).

Ademais, a discussão sobre a natureza jurídica da sentença falimentar não ficou restrita a tais termos. Apenas para citar alguns nomes, ela já foi entendida como sentença *sui generis*, por Bonelli; título executivo falencial, por Liebman; ato jurisdicional cognitivo-executivo, por Carnelutti¹⁷².

Entretanto, a doutrina majoritária – da qual são expoentes Waldemar Ferreira, Pontes de Miranda, Miranda Valverde, José da Silva Pacheco, entre outros – reconhece, na sentença falimentar, natureza constitutiva, porquanto, nas palavras deste último autor, “*instaura um novo estado jurídico*”¹⁷³.

¹⁷⁰ Apud REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, pág. 107.

¹⁷¹ “*Ainda quando confessado espontânea e formalmente pelo comerciante seu estado de falência, a sentença, que a declara, não constitui simples ato de jurisdição voluntária, tais e tão profundos os seus efeitos. Declaratória se diz. O adjetivo, porém, a despeito de empregado pela lei a fim de qualificá-la, não lhe externa a natureza.*

Nem é consentâneo com sua essência. Também não há confundí-la com a que se produz na ação declaratória. Esta, passada em julgado, refere ao art. 290 do Código de Processo Civil, vale como preceito.

Não tem esta valia a que declara a falência. Simplesmente declaratória ela não é. Erronia seria examiná-la apenas por seu aspecto formal e pela natureza do processo em que se profere. Muito mais, considerando quem o promoveu, se o próprio devedor, se os seus credores. Nem meramente homologatória ela é. Inscreve-se, pelo contrário, entre as sentenças constitutivas. Não se limita ela a declarar o estado de quebra preexistente, mercê da confluência de seus pressupostos.

*Se não cria, como a muitos parece, aquêle estado, certamente modifica o estado pessoal ou patrimonial do comerciante, que objetiva, restringindo-lhe o exercício de direitos privados e vinculando seu patrimônio mercê do 'pignus praetorium', que o torna inalterável, por indisponível. Instaura o concurso creditório. Fixa, no tempo, o momento de sua eficácia e retroatividade. Institui a massa falida, organizando-lhe e disciplinando a administração” (FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Vol. 14, Ed. Saraiva: São Paulo, 1965, pág. 282).*

¹⁷² Apud FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 266.

¹⁷³ PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 249.

Por conseguinte, para firmar essa posição, a nova lei falimentar houve por bem alterar o texto anterior, empregando o termo *decretar* e, assim, eliminando quaisquer dúvidas.

A produção dessas sentenças deverá observar os requisitos genéricos do CPC, inseridos em seu art. 458¹⁷⁴, bem como os pressupostos específicos inscritos no art. 99 da Lei 11.101/05:

“Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

I – conterà a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1o (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;

IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1o do art. 7o desta Lei;

V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1o e 2o do art. 6o desta Lei;

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;

IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na

¹⁷⁴ *“Art. 458 - São requisitos essenciais da sentença:*

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;
X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;
XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;
XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;
XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.
Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores”.

Nesse contexto, cumpre esclarecer o significado de *termo legal da falência*, que, por força do inciso II do dispositivo transcrito, deverá ser fixado no bojo da sentença.

A fixação do termo legal da falência¹⁷⁵ significa determinar um critério temporal, referente ao período anterior à decretação, que irá orientar as atividades realizadas na fase seguinte. Na percepção de Carvalho de Mendonça, sua fixação consiste em *“reconhecer a ocasião exata em que as dificuldades ou o procedimento incorreto do devedor começaram a perturbar os seus negócios e a depositar neles o germen da falência”*¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Fábio Ulhoa Coelho trata da importância prática dessa fixação: *“Como é fácil perceber, a falência não costuma surpreender os responsáveis pela empresa falida, já que normalmente a degradação da situação econômica, patrimonial e financeira é paulatina, e o sócio controlador e administradores antevêm o desfecho desastroso para o negócio. Nesse contexto, pode-se verificar a prática de atos que frustram os objetivos do antevisto processo falimentar. De qualquer forma, é necessário investigar se ocorreram irregularidades nas vésperas da declaração da falência, auditando-se os atos do falido. Para a realização dessa auditoria, é necessário adotar uma referência temporal que circunscreva os atos a serem investigados. É o juiz que deve, se possível na própria sentença de quebra, estabelecer esse parâmetro investigativo, por meio da fixação do termo legal da falência. Esse termo tem importância também para a ineficácia perante a massa de alguns dos atos que frustram os objetivos do processo falimentar”* (COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 273).

¹⁷⁶ *Apud* PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 250.

III.9 – Recursos cabíveis na falência

Na perspectiva do regime geral dado ao instituto no Ordenamento Jurídico brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira conceituou *recurso* como o “*remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”¹⁷⁷.

O direito de recorrer está intrinsecamente relacionado ao princípio do duplo grau de jurisdição. Sua previsão no Direito Brasileiro é consequência direta da organização hierarquizada do Poder Judiciário, feita pela Constituição pátria. A Doutrina também indica que se trata de corolário do *devido processo legal*.

Necessário é observar, contudo, a lição de Fredie Didier Jr., que pondera, ao lembrar que não se cuida de garantia absoluta, a possibilidade de “*haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até elimine recursos em casos específicos*”¹⁷⁸.

Nesse contexto, estão previstas, no Direito Brasileiro, as seguintes modalidades recursais, nos termos do art. 496 do Código de Processo Civil:

“Art. 496 - São cabíveis os seguintes recursos:
 I - *apelação*;
 II - *agravo*;
 III - *embargos infringentes*;
 IV - *embargos de declaração*;
 V - *recurso ordinário*;
 VI - *recurso especial*;
 VII - *recurso extraordinário*;
 VIII - *embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*”.

Paralelamente, tem-se que o procedimento falimentar, porquanto especial, é informado por regras específicas, ainda que sejam aplicáveis as normas gerais do CPC, subsidiariamente.

Os estudiosos do Direito Falimentar costumam condenar, de forma veemente, o regime da Lei de Falências e Concordatas, no que tange aos recursos

¹⁷⁷ Apud DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 6ª Edição, Ed. JusPodium: Salvador, 2008, pág. 21.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 6ª Edição, Ed. JusPodium: Salvador, 2008, pág. 28.

previstos; Waldo Fazzio Júnior se refere à “*balbúrdia recursal*”¹⁷⁹ do Decreto-lei 7.661/45.

Com efeito, à época, Rubens Requião escreveu:

*“A lei falimentar é liberal, pródiga em recursos, e nisso padece do vício do antigo sistema processual, facultando às partes um número exagerado, em excessivas oportunidades. A tendência moderna, como se efetiva no atual Código de Processo Civil, é a redução da quantidade e possibilidade de recursos. Além disso, a lei é complicada e de certa forma confusa na regulação dos recursos que oferece”*¹⁸⁰.

Sobre a aplicação desse sistema, Waldo Fazzio Júnior afirma:

*“Nos processos falimentares iniciados anteriormente à vigência da LRE, ainda aplicam-se as normas do Decreto-lei nº 7.661 (LFC). Isso quer dizer que, nesses feitos, permanece a multiplicidade de recursos (agravo, embargos, apelação e embargos infringentes) para os casos de falência decretada com base na impontualidade”*¹⁸¹.

Acerca do assunto, contudo, parece não ter razão o autor: muito embora seja cediço que a Lei de Falências e Concordatas se aplica aos processos pendentes, cujo início tenha se dado sob sua vigência, a norma em questão é de natureza processual.

Nesse passo, deve-se lembrar a regra que orienta a aplicação da lei processual no tempo: *quanto aos processos pendentes*, a lei processual se aplica de imediato, com eficácia *ex nunc*.

Com efeito, tratando da hipótese de processos pendentes, Moacyr Amaral dos Santos ensina:

*“A estes, principalmente, aplicam-se os princípios expostos: válidos e eficazes são os atos realizados na vigência e conformidade da lei antiga, aplicando-se a lei nova aos atos subseqüentes. Esta regra ampara até mesmo as leis de organização judiciária e reguladoras da competência, as quais se aplicam de imediato aos processos pendentes”*¹⁸²

¹⁷⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 275.

¹⁸⁰ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, Vol. 1, 16ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, pág. 119.

¹⁸¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 275.

¹⁸² SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 25ª Edição, Ed. Saraiva:

Assim, com fulcro na sistemática adotada pelo Processo Civil brasileiro, quanto aos processos iniciados na égide do regime anterior, seriam plenamente válidos os recursos impetrados nos termos deste Lei; entretanto, os recursos que venham a ser opostos, no bojo desses mesmos processos, deveriam obedecer às *novas regras processuais*¹⁸³.

De toda forma, o fato é que a Lei 11.101/05 alterou o regime recursal falimentar. Passa a prever, por força do art. 100, dois meios de impugnar dos meios de impugnar a decisão contida em sentença, junto ao processo em que tenha sido proferida.

“Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação”.

Por conseguinte, abrem-se possibilidades distintas, de acordo com o teor da decisão, o que se coaduna com a própria natureza desses recursos.

Conforme ensina Fredie Didier Jr., a apelação “*é o recurso cabível para se impugnar os atos do juiz que ponham termo ao procedimento, com ou sem julgamento de mérito*”, ao passo que o agravo, segundo o mesmo autor, é o “*recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória*”¹⁸⁴. A decisão interlocutória, como se sabe, é aquela que resolve questão incidente no processo, não determinando seu encerramento.

A sentença que denega a falência, seja definitiva ou terminativa, porá fim àquele processo, definindo-o. Nessa medida, a previsão do recurso de apelação para combatê-la se justifica.

É repassada ao juízo de 2ª instância a decisão sobre a decretação da quebra; caso seja dado provimento ao pedido, o prosseguimento do

São Paulo, 2007, pág. 34.

¹⁸³ É no mesmo sentido a lição de José da Silva Pacheco: “*Diante do estabelecido no art. 192, § 4º, da Lei 11.101, de 2005, nos processos de falência, decorrentes de pedidos anteriores à sua entrada em vigor, se aplica, até a decretação, o Decreto-lei nº 7.661/45, mas na decisão será observado o disposto no art. 99 da nova Lei. Desse modo, até a decretação da sentença aplica-se o Decreto-Lei nº 7.661/45, mas na decisão será observado o disposto no art. 99 da nova Lei e a partir daí aplica-se a Lei nova. [...] Assim, sujeitar-se-á aos recursos previstos na Lei nova*” (Apud PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 255).

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 6ª Edição, Ed. JusPodium: Salvador, 2008, pág. 28.

procedimento se fará junto ao juízo de 1ª instância, conforme as regras de competência.

A situação é diversa em relação à sentença que dá provimento ao pedido de falência, decretando a quebra. A despeito de ser sentença, esta decisão não encerra o processo em si, mas apenas a fase cognitiva. Conforme já se disse, ela é responsável pelo início do procedimento de liquidação. Em seus efeitos, ela se iguala às decisões interlocutórias, razão por que compartilha o meio de impugnação destas.

Por conseguinte, a parte insatisfeita deverá interpor o recurso adequado, obedecendo às regras do CPC, no que tange à forma e aos prazos, eis que a lei falimentar não contém previsão específica.

Ademais, tendo em vista a previsão genérica de aplicação subsidiária do CPC, depreende-se que as modalidades previstas no aludido art. 496 poderão ser utilizadas no procedimento recursal, quando forem compatíveis com ele.

Essa compatibilidade se vislumbra quanto aos embargos de declaração; este recurso deve poder ser utilizado que houver ponto obscuro ou contraditório em decisão judicial, bem como quando o juízo competente houver se omitido de decidir sobre determinada questão. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, mas essas circunstâncias restritivas são plenamente viáveis no processo falimentar, inexistindo razão que impeça sua aplicação.

No mesmo passo, não se vê impedimento para impetração, no âmbito de processo falimentar, dos Recursos Especial e Extraordinário, caso se configure situação que os permita, a exemplo de decisão que contrarie Lei Federal ou a Constituição brasileira, respectivamente. É o caso do REsp 921596 / PR, julgado em 12/02/2008 pelo STJ, no seguinte sentido:

“FALÊNCIA. EMPRESA ATINGIDA POR DECRETO FALIMENTAR E POR DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIOS. INTERESSE EM DISCUTIR A DECISÃO. EXISTÊNCIA.

A decisão que estende efeitos de falência e desconsidera a personalidade jurídica da empresa pode ser atacada em recurso manejado pelos sócios, que têm evidente interesse processual em discutir a medida”.

III.10 – Efeitos da decretação da falência

Dizer que a sentença que decreta a falência é *constitutiva* significa informar que, apenas com sua superveniência, a crise falimentar existirá e produzirá efeitos no Mundo Jurídico. Ela inaugura, pois, um novo *status quo* para o empresário ou sociedade empresária envolvidos.

Os efeitos decorrentes da concretização da quebra costumam ser classificados pela Doutrina, que, para tanto, utiliza, de uma maneira geral, critérios subjetivos e objetivos.

Numa ótica subjetivista, cumpre identificar os efeitos que a falência produz sobre o devedor e sobre os seus credores. Na perspectiva objetiva, por sua vez, o foco são seus efeitos sobre as obrigações e os bens do devedor.

É nesse sentido que Amador Paes de Almeida¹⁸⁵, por exemplo, distingue os efeitos da falência sobre os direitos dos credores (vencimento por antecipação de todas as dívidas do falido; suspensão da fluência de juros; suspensão das ações ou execuções movidas contra o falido; suspensão da prescrição) dos efeitos relativos à pessoa do falido (restrições à sua capacidade processual e à sua liberdade de locomoção; obrigações que lhe são impostas; proibição para o exercício da atividade empresarial, com a ressalva da possibilidade de continuação do negócio, em face de decisão judicial nesse sentido; sujeição à prisão).

No que tange ao critério objetivo, por outro lado, o autor diferencia os efeitos da falência sobre os bens do devedor (perda da administração e disposição dos seus bens, exceto no caso de bens indisponíveis, sob pena de nulidade) dos efeitos incidentes sobre os contratos de que participe.

Nesse contexto, um primeiro efeito, por razões lógicas, da decretação da falência é a formação da massa falida *subjetiva*, que não se confunde com a massa falida objetiva, relativa ao conjunto de bens do devedor; na verdade, a massa falida subjetiva traduz a congregação dos interessados em “*concorrer ao*

¹⁸⁵ ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2006, capítulos XIV a XVII.

*ativo do devedor*¹⁸⁶.

A massa falida subjetiva não constitui pessoa jurídica, mas tem reconhecida sua capacidade processual, de modo que o grupo de credores pode perquirir judicialmente seus interesses; sua atuação poderá ocorrer na posição de representante do devedor, quando defenderá os direitos deste, ou na posição de terceiro, quando defenderá direitos próprios.

Outro efeito que compõe a essência desse procedimento é a suspensão das ações individuais contra o devedor falido, uma vez que é um instrumento de materialização da *par conditio creditorum*. Com efeito, a concorrência destas ações com o concurso universal de credores é incompatível. Nessa ordem, com o fito de garantir essa diretriz do Direito Falimentar, bem como para evitar inconvenientes judiciais, a superveniência de sentença que decrete a falência determinará o momento de suspensão das ações individuais.

Tal regra consta do *caput* do art. 6º da Lei 11.101/05; ela não é absoluta, contudo, porquanto submetida às ressalvas feitas nos parágrafos do mesmo dispositivo.

Significa dizer que os processos que envolvam as ações aí previstas, a exemplo de reclamações trabalhistas, execuções fiscais ou demanda de quantia ilícita, prosseguirão, mas sob o acompanhamento do administrador judicial.

Também por força do aludido art. 6º, a decretação da falência opera a suspensão da prescrição, quanto a *obrigações de responsabilidade do devedor*, vale dizer, não se refere às hipóteses em que o falido seja credor. Tal prazo voltará a correr quando transitar em julgado a sentença de encerramento da falência.

Esse efeito se justifica pela suspensão das ações contra o devedor, para evitar prejuízos aos credores. Conforme lembra Waldo Fazzio Júnior, “*com o encerramento do processo falencial, os credores recuperam o direito de executar o devedor ou, no caso das sociedades, os sócios de responsabilidade solidária, pelos saldos dos seus créditos*”¹⁸⁷.

Acrescente-se, ainda, que a previsão é específica para os casos de prescrição, não se estendendo à decadência.

¹⁸⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 282.

¹⁸⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 292.

No que tange à suspensão da fluência de juros, há de se ressaltar que tal efeito é *ex nunc*, ou seja, considera apenas os juros que incidiriam após a decretação; os juros compreendidos até este momento compõem os créditos a serem satisfeitos. O sentido desta regra é impedir o agravamento da situação, *quando o ativo se revelar insuficiente para o adimplemento das dívidas*. O art. 124 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência prescreve precisamente essa condição para que sejam suspensos os juros. Excetuam-se apenas, por força do parágrafo único deste dispositivo, os juros das debêntures e dos créditos com garantia real.

Outro efeito da decretação da falência que representa instrumento de realização da *par conditio creditorum* é o vencimento antecipado das dívidas do falido, consagrado no art. 77¹⁸⁸ da Lei ora comentada. Com efeito, José da Silva Pacheco ensina:

“o vencimento antecipado das dívidas do empresário ou da sociedade empresária falida visa ao nivelamento de todos os credores, com obrigações vencidas ou a vencer, de modo a se encontrarem em posição de igualdade em que todos os credores devem se achar ao abrir-se o processo falencial”¹⁸⁹.

Esse vencimento antecipado se opera *para fins falimentares*, ou seja, não abre oportunidade de execução singular. O que se quer evitar é o prejuízo daquele credor, cujo crédito seja válido, mas apenas não exigível por conta do vencimento.

Excetuam-se desta regra as obrigações submetidas a condição suspensiva, porquanto apenas com o advento desta incidem os efeitos obrigacionais e autoriza-se o pagamento, assim como as cláusulas penais que tenham sido estipuladas em algum contrato, a que esteja obrigado o falido. As cláusulas penais constituem pactos acessórios e, segundo Waldo Fazzio Júnior, *“não serão atendidas se as obrigações que eles encerram se vencerem em razão da sentença*

¹⁸⁸ “Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei”.

¹⁸⁹ PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 197.

*decretatória de falência*¹⁹⁰.

Importante destacar que este dispositivo também prevê, quanto às débitos do falido, o *abatimento proporcional dos juros* e a conversão para a moeda nacional, na taxa de câmbio do dia da sentença, daqueles que estejam cotados em moeda estrangeira.

Outra consequência direta da confirmação da falência é a arrecadação dos bens do devedor, com o fito de realizar o pagamento de suas dívidas. O falido não se vê retirado da propriedade desses bens, todavia perde todos os direitos relativos a posse, gestão e usufruto. Apenas estão excetuados os bens indisponíveis, nos termos da legislação civil.

Sobre o tema, a lição de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo é exaustiva:

*“Como se vê, um dos efeitos imediatos do decreto de quebra é o desapossamento dos bens do falido, segundo costuma ser dito. Mas o falido, como também se viu, não perde apenas a posse dos bens. Perde, mais do que isso, em relação a esses bens, o exercício de toda e qualquer faculdade inerente ao domínio. Assim é que, ao serem arrecadados seus bens, perde o falido o direito de usá-los. Além disso, não podendo administrá-los, nem praticar, quanto a ele, qualquer ato, perde o direito de perceber frutos ou produtos deles decorrentes, sendo-lhe subtraída a faculdade de gozo. Não pode igualmente dispor desses bens, mesmo porque esse direito é atribuído ao síndico, para exercício em benefício da coletividade de credores. **Ou seja: nada resta ao falido do conteúdo positivo do direito de propriedade. Até aqui, no entanto, não se poderia dizer que deixou de ser proprietário.** E isto porque restaria ao falido a característica que tradicionalmente faz com que admita a existência, na espécie, de direito subjetivo. Ou seja: o direito de reaver a coisa de quem injustamente a detenha ou possua. Ocorre, no entanto, que nem mesmo esse direito pode ser exercido pelo falido, eis que a representação da massa falida incumbe ao síndico. O máximo que se permite ao falido é requerer, nos autos da falência, providências conservatórias dos bens arrecadados e o que for a bem dos seus direitos e interesses, podendo, ainda, intervir, como assistente, nos processos que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis”¹⁹¹ (grifo nosso).*

O regime para a arrecadação dos bens consta dos arts. 108 a 114

¹⁹⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 290.

¹⁹¹ *Apud* JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005, pág. 293.

da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

A arrecadação não produz efeitos apenas quanto aos bens do devedor; em verdade, o próprio falido é atingido pela medida, com a impossibilidade de administrar seu patrimônio e dele dispor, nos termos do art. 103 da dita Lei¹⁹².

Atinge-o, igualmente, a norma do art. 102, que prescreve sua inabilitação para o exercício de qualquer atividade empresarial, *in verbis*:

“Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1o do art. 181 desta Lei.

Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro”.

Ademais, com a decretação desse estado, o falido fica obrigado, sob pena de configuração do crime de desobediência, à prestação dos deveres disciplinados no art. 104, a saber:

“Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres:

I – assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo:

- a) as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores;*
- b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações;*
- c) o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios;*
- d) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário;*
- e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento;*
- f) se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato;*
- g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;*

¹⁹² *“Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.*

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis”.

II – depositar em cartório, no ato de assinatura do termo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao administrador judicial, depois de encerrados por termos assinados pelo juiz;

III – não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei;

IV – comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença;

V – entregar, sem demora, todos os bens, livros, papéis e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros;

VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;

VII – auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza;

VIII – examinar as habilitações de crédito apresentadas;

IX – assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros;

X – manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz;

XI – apresentar, no prazo fixado pelo juiz, a relação de seus credores;

XII – examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial.

Parágrafo único. Faltando ao cumprimento de quaisquer dos deveres que esta Lei lhe impõe, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá o falido por crime de desobediência”.

Por fim, necessário é identificar os efeitos da decretação de falência sobre os contratos titularizados pelo falido, no caso de ainda haver prestações a serem cumpridas.

Nesse ponto, deve-se distinguir a situação de o falido estar obrigado a alguma prestação, hipótese em que esse crédito deverá ser acrescido ao rol da falência, do caso de ser o falido e, portanto, a massa falida, o titular do crédito, que deverá ser exigido pelo administrador judicial.

Em face da decretação da falência, observa-se a necessidade de um reexame do teor dos contratos, a fim de identificar o caminho mais favorável para o atendimento dos interesses envolvidos nesse procedimento. E o critério utilizado para tanto deve ser, sobretudo, o econômico. A missão é diagnosticar se o adimplemento de obrigações ou a busca de determinado crédito será, ao final, favorável para a massa falida.

Em se tratando de contratos bilaterais, incide a regra do art. 117 desta Lei, de modo que eles “*podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê*”.

Caso se decida pelo não cumprimento, o contratante deverá ser indenizado, e o crédito correspondente a essa indenização configurará crédito quirografário.

Já no que concerne aos contratos unilaterais, seu prosseguimento fica submetido à condição de o contrato em questão “*reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos*”, por força do art. 118.

Os dois dispositivos acima citados mencionam a exigência de “*autorização expressa do Comitê de credores*”; Paulo Salvador Frontini ensina, contudo, que, na hipótese de recusa do Comitê, o administrador judicial poderá supri-la por autorização do juiz competente, proferida mediante decisão fundamentada. Os mecanismos para tanto, segundo este autor, seriam “*ou um processo cautelar incidente ou um alvará de suprimento de consentimento*”¹⁹³.

Ainda no campo dos efeitos da decretação da falência sobre os contratos em que esteja envolvido o falido, a Lei 11.101/05 traz, do art. 119 ao 123, regras específicas para determinados contratos, prescrevendo soluções para eventuais questões que possam incidir sobre eles.

Nesse sentido, o art. 119 cuida, por exemplo, do *right of stoppage in transitu*, tratado no inciso I, ou da *não continuidade de contrato de venda com reserva de domínio*, de que cuida o inciso IV.

Já o art. 122 trata da *compensação das dívidas do falido*, excetuando apenas créditos transferidos após a decretação da falência, menos quando se tratar de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte, bem como aqueles que tenham sido transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor ou cuja transferência se operou com fraude ou

¹⁹³ FRONTINI, Paulo Salvador, em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pág. 438.

dolo, ainda que o vencimento tenha sido anterior à decretação.

Muito embora sejam regulados numerosos casos específicos, o legislador reconhece a existência de hipóteses omitidas, em atenção às quais prescreve a regra geral do art. 126:

“Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei”.

Tal alusão ao art. 75 significa que, a despeito de previsão específica, a diretriz adotada no processo falimentar deve se estender aos efeitos dele decorrentes; as relações afetadas pela decretação da falência deverão ser resolvidas com a observância dos objetivos consagrados no atual Direito Falimentar brasileiro, vale dizer, a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A realização desta pesquisa foi orientada pelo intuito de examinar e destacar as normas processuais aplicáveis em face de crise falimentar, levada ao conhecimento do Judiciário, no âmbito da nova Lei 11.101/2005.

A escolha deste tema foi motivada pela constatação de que, a despeito das várias faces da falência, seu caráter processual sobressai, na medida em que representa o instrumento para a solução legal dessa crise, sem o qual ela será estranha ao Mundo Jurídico.

Não foi – e nem seria – possível atingir esse objetivo sem que se partisse das origens do instituto. Sua atual conformação é resultado das significativas alterações sofridas ao longo de sua evolução, até que se chegasse à fase atual, marcada pelo destaque de sua *função social*.

Além disso, não se ignora que a falência – e, mais ainda, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência – não se resume ao aqui exposto. Ao contrário, em função do âmbito restrito deste estudo, não se cuidou de apreciar o novo instituto da Recuperação de Empresas, introduzido pelo atual regime.

No que tange à falência, assunto específico deste trabalho, sabe-se que ela é mais do que caracterização e constatação por força de sentença.

Em verdade, é precipuamente com a sentença que são abertas as portas para a concretização dos *objetivos* – numerosas vezes citados - *da falência*, corolários de sua função social, e tornados norma pelo art. 75 da dita Lei.

A *constituição do estado de falência* dá ensejo a efeitos que perseguem a realização desses objetivos, examinados, em meras linhas gerais, no último tópico deste trabalho.

A partir desse momento, será desenvolvido o procedimento adequado para a liquidação dos ativos do falido, para que, em seguida, se realize o pagamento dos créditos, em conformidade com a amplitude dos valores arrecadados, e na ordem estabelecida pela Lei. Tudo isso à luz da atual diretriz desse sistema: a preservação da empresa, que não se confunde com o empresário.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*, 22ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

A. NETO, Pedro Thomé de, e CARVALHO, Andréa Bernardes de, *A intervenção do Ministério Público no Processo Falimentar e de Recuperação de Empresas*, in Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, Ano 6, Números 24/25, julho/dezembro 2007, Brasília/DF.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, *Direito Concursal Internacional: análise e comparação dos princípios da legislação colombiana e brasileira*, <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/5853484F-7CDF-40C4-BAAB-4D5831582993/0/PAULOCOLOMBO.pdf>, acesso em 28/10/2008, às 21:30.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª Edição, São, Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de Filosofia Aristotélica*, 1ª Edição, Barueri, SP: Ed. Manole, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação*

de Empresas, 4ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2007.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, *Teoria Geral do Processo*, 2ª Edição, Ed. Método: São Paulo, 2007.

DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, 10ª Edição, Ed. JusPodium: Bahia, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2005.

FERREIRA, Waldermar, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1965.

FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N., *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador, *em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

HUBERMAN, Leo, *História da Riqueza do Homem*, 21ª Edição, Rio de Janeiro, LTC, 2006.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro como 'custos legis'*, Ed. Método: São Paulo, 2007.

MAMEDE, Gladston, *Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas: São Paulo, 2006.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6ª Edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

MONÉGER, Joël, *De l'Ordonnance de Colber de 1673 sur le Commerce au Code de Commerce Français de 2000: Réflexion sur l'Aptitude du Droit Économique et Commercial à la Codification*, http://www.cairn.info/resume_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_182_0171 , acesso em 22/09/2008, às 14:15.

NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PACHECO, José da Silva, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, 2ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2007.

PENTEADO, Mauro R., *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, Coordenação: Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PERIN JUNIOR, Ecio, *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei nº 11.101/05) - Uma abordagem zetética*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10922>, acesso em 20 de outubro de 2008, às 16:00.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 25ª Edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de, *A legislação de falência no direito brasileiro: o regime anterior à Lei nº 11.101/05*, <http://www.aba.adv.br/index.php?action=verartigos&idartigo=60> , acesso em 02/10/2008, às 00:25.

TABOSA, Agerson, *Direito Romano*, 2ª Edição, Fortaleza, FA7, 2003.

ZANINI, Carlos Klein, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Coordenação: JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.