

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**Uma Análise Crítica da Nova Lei de Falências Face ao Decreto-lei n.º
7.661/45.**

**Curitiba
2005**

DIOGO BENRADT CARDOSO

**Uma Análise Crítica da Nova Lei de Falências Face ao Decreto-lei n.º
7.661/45.**

**Monografia apresentada à disciplina
Monografia Jurídica como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof.º Edson Isfer.

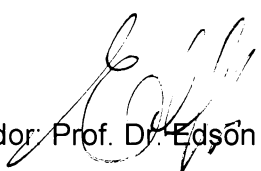
**Curitiba
2005**

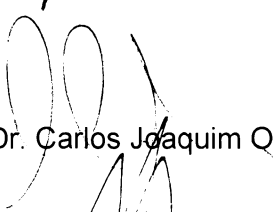
TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO BENRADT CARDOSO

UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA ENTRE A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E O DECRETO-LEI Nº 7.661/45. PARA SABER SE A NOVA NORMA FORNECE SUBSÍDIOS SUFICIENTES EM SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS PARA CUMPRIR O ESCOPO SOB O QUAL JUSTIFICOU-SE A SUA CRIAÇÃO: A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL EM FACE AOS BENEFÍCIOS SOCIAIS QUE A ATIVIDADE PROPORCIONA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer


Prof. Dr. Carlos Joaquim Oliveira Franco


Prof. Dr. Fabio Tokars

Curitiba
2005

Dedico esta monografia à minha mãe Luciane, ao meu padrasto Darley, aos meus avôs Darley e Luciano, às minhas avós Sônia e Leda, às minhas irmãs Náthali, Yasmin e Taináh, e demais familiares, que através de seus esforços contribuíram para a minha formação pessoal e acadêmica. Com os quais eu sempre pude dividir os momentos felizes da minha vida e que, sobretudo, sempre me apoiaram e estiveram do meu lado nos momentos difíceis.

Merece especial agradecimento Luciana, minha namorada que tanto amo, por sua força e vontade de vencer, assim como sua benevolência e vontade de ajudar o próximo, que me servem de inspiração e ensinamento para superar todas as dificuldades que se opõe contra mim e, ao mesmo tempo, faz com que eu queira dar sempre o melhor de mim.

**“Heróicos são aqueles, que mesmo antevendo
a adversidade, não traem a sua consciência”.**

Diogo Benradt Cardoso

SUMÁRIO

RESUMO	vii
INTRODUÇÃO	1
1 Análise Histórica da Evolução do Direito Falimentar	3
1.1 Evolução Histórica do Instituto da Falência no Direito Brasileiro.....	4
2 Procedimentos do Processo Falimentar Conforme o Decreto-lei nº 7.661/45	7
2.1 Instauração da Falência.....	8
2.2 Declaração Judicial da Falência e o Procedimento Pré-Falimentar.....	9
2.3 Processo da Falência e a Administração da Falência.....	13
2.4 Da Participação do Síndico no Processo Falimentar.....	18
2.5 Formação da Massa Falida Objetiva.....	20
2.6 Formação da Massa Falida Subjetiva.....	22
2.7 Da Liquidação, do Pagamento e do Encerramento da Falência.....	33
3 Procedimentos da Concordata Conforme o Decreto-lei nº 7.661/45	39
3.1 Procedimentos da Concordata Preventiva.....	42
3.1.1 Do Pedido da Concordata Preventiva.....	43
3.1.2 Habilitação do Créditos na Concordata.....	45
3.1.3 Dos Embargos na Concordata.....	46
3.1.4 Da Concessão da Concordata.....	48
3.1.5 Do Cumprimento da Concordata.....	50
3.2 Dos Efeitos dos Contratos na Concordata.....	51

3.3 Do Processamento da Concordata Suspensiva.....	54
4 Da Nova Lei de Falência: Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.....	55
5 As Alterações Introduzidas no Ordenamento Jurídico Pela Lei n.º 11.101/2005.....	58
5.1 Do Processamento da Recuperação Judicial da Empresa.....	62
5.2 Do Processamento da Recuperação de Empresa Extrajudicial.....	69
5.3 Do Processo da Falência na Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.....	71
5.4 Da Classificação dos Créditos Conforme a Nova Lei de Falência.....	74
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	81

Resumo:

A presente monografia tem por escopo analisar a Lei 11.101 de 2005, a Nova Lei de Falências, em que pesem, as principais alterações no Ordenamento Jurídico face ao Decreto-lei 7.661 de 1945, a Antiga Lei de Falências. A lei revogada a muito já necessitava de reforma, pois no decurso da vigência desta, no que tangem as atividades comerciais, muito se alterou. Restando esta, incapaz de prover subsídios para atender aos anseios da sociedade. Principalmente em face da chamada função social da empresa. Princípio que surgiu após o entendimento da amplitude das relações sociais que a atividade empresarial envolve. Sobretudo na incidência de princípios Constitucionais de ordem pública, tais como direitos fundamentais e sociais, que repercutem diretamente pela extinção dos postos de trabalho na quebra de uma empresa. Tendo em vista a importância à sociedade da manutenção das atividades empresárias, e não só apenas pela conservação dos contratos de trabalho, mas também em decorrência de efeitos indiretos da decretação da falência que incidem na sociedade, como: redução da carga tributária e conseqüente prejuízo na arrecadação do Estado, o qual deixa de reverter tais valores em serviços e benefícios à sociedade; inflação, conseqüente ao aumento no preço dos produtos que não mais foram produzidos pela falida, devido a diminuição de concorrência; dentre outros; a Nova Lei introduziu o mecanismo da Recuperação Judicial e Extrajudicial da Empresa com o intuito de fornecer meios para que a empresa em crise recupere-se. Todavia, há imprecisões que requerem reforma, principalmente no tocante a classificação dos créditos.

Palavras-chave: Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresa; Processo da Falência; Massa Falida Passiva; Massa Falida Ativa; Realização do Ativo; Síndico; Administrador Judicial; Habilitação de Crédito; Classificação de Crédito; Concordatas Preventiva e Suspensiva.

Introdução:

A lei que entrou em vigor em 2005, a Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, revogou a antiga Lei de Falência de 1945 (Decreto-lei nº 7.661/45). A princípio pode-se concluir que o escopo desta nova lei está voltado aos novos princípios estruturais do nosso direito atual, instituídos pela Constituição Federal de 1988, tal como o princípio da função social da propriedade. Estes novos aspectos fazem-nos crer que o legislador ao criar esta lei teve por escopo estes princípios sociais, envolvidos na quebra de uma grande empresa. Instituído, desta forma, o mecanismo da recuperação judicial da empresa, inexistente até então no Brasil, substituindo a figura da concordata, a qual foi extinta nesta nova Lei. Resta saber se o novo documento legal fornece subsídios suficientes para que tais direitos sociais possam ser garantidos na prática. Observando que nesta monografia delimitou-se o tema, de forma que será analisado especificamente a Lei em relação à empresa constituída sob a forma de responsabilidade limitada. Em outras palavras, cabe a este trabalho uma análise positiva e comparativa da Nova Lei de Falências, com o intuito de se fazer um estudo que comprove, ou não, a aplicabilidade destas normas na prática de forma que esta cumpra com o escopo social que justificou a sua criação. Ressalte-se, desde já, que o estudo de crime falimentar não foi abarcado no corpo deste trabalho, pois o conteúdo do mesmo já é por demais extenso, preferindo, desta forma, o autor da obra em tela, não entrar na discussão do mérito de crime falimentar, lembrando que o tema foi delimitado às sociedades empresárias devidamente constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, excluindo-se detalhes acerca de peculiaridades de procedimentos quanto aos outros tipos societários suscetíveis à falência. Segue a mesma sorte os comentários pertinentes aos diferentes tipos de ritos processuais existentes no direito falimentar, adotando-se exclusivamente o rito ordinário para fins de análise e comparação dos procedimentos existentes em confronto com as duas leis supracitadas, no que incidir o rito ao julgamento dos crimes falimentares. Isto posto, passamos a analisar, primeiramente, o Decreto-lei n.º 7.661/45 no que tange ao processo falimentar e das concordatas preventiva e suspensiva. Posteriormente será analisada a Lei n.º 11.101 de 2005, a Nova Lei de Falência, e destacaremos as principais alterações introduzidas no ordenamento jurídico pela mesma, destacando-se, desde já, o instituto da recuperação judicial e extrajudicial

da empresa. Após esta análise poderemos concluir os principais méritos e deméritos da Nova Lei de Falência.

1- Análise Histórica da Evolução do Direito Falimentar:

Durante o período da Antigüidade já se podia observar as práticas do direito falimentar, pois, já haviam execuções singulares contra o devedor inadimplente, sob pena de serem penhorados os seus bens. Contudo nesta época a insolvência acarretava na escravidão por dívidas, ou seja, era outorgado ao credor, em juízo, o poder de coagir fisicamente o devedor, podendo este ser escravizado, aprisionado e até morto pelo credor caso não pagasse o que devia.¹

A partir do Direito Romano, com a Lei das XII Tábuas, a falência passa a tomar feições mais congruentes como as atuais. Uma vez que além das execuções individuais começaram a se delinear as execuções coletivas. Todavia nesta época ainda se mantivera a escravidão por dívidas, dispondo o credor, inclusive, sobre o direito a vida do devedor inadimplente.

Foi a partir da *Lex Poetelia Papiria*, em cerca do ano de 428 ou 441 a.C, que esta prática foi abolida, sendo substituída pela execução extrajudicial. Desta forma, não mais o corpo do devedor, mas sim os bens deste, serviam de garantia ao credor. Extinguindo-se, portanto, a escravidão por dívida. Nesta época surge a figura do *magister*, ancestral histórico do síndico, a quem competia tomar todas as medidas para a venda pública dos bens do devedor, que tivera então a perda da posse do seu patrimônio, e adjudicá-los ao comprador que oferecesse a maior quantia.

Isto posto, podemos observar a construção do processo falimentar com as feições modernas desde esta época, pois iniciava-se com o desapossamento dos bens do devedor, instaurando-se posteriormente o concurso de credores que disputavam a preferência ou rateio destes, colocavam-se os bens arrecadados sob a administração do *magister* (antigo síndico, hoje administrador judicial), por fim operava-se a venda pública dos bens.

No período da Idade Média mantiveram-se os traços do processo falimentar construídos durante o direito romano, sendo a repressão penal o marco característico do instituto falimentar desta época, que visavam reprimir os abusos cometidos pelos devedores desonestos, sob o mesmo título com que se puniam

¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

os delinqüentes comuns, ou seja, submetiam-no a prisão com aplicação de penas vexatórias e degradantes, tal como submeter o devedor ao pelourinho.²

Ao mesmo tempo em que se humanizava a execução da dívida do insolvente, surgiu a *bonorum cessio* destinada ao devedor infeliz cuja impossibilidade de pagar não era resultante de truculência ou improbidade, mas do infortúnio sem seus negócios, que veio a inspirar a criação da moratória e da concordata preventiva da falência.³

Nos tempos modernos houve uma mudança na mentalidade acerca do direito falimentar, isto devido o surgimento do Estado Liberal e as repercussões econômicas institucionalizadas. Surgiram, desta forma, a figura da Concordata preventiva e posteriormente a suspensiva, que tem por objetivo a continuação de determinada atividade empresarial suspendendo os efeitos da falência ou os evitando.

A evolução do processo falimentar culmina com a preocupação deste instituto em não mais apenas com a liquidação judicial da empresa, mas sim que esta empresa permaneça desenvolvendo suas atividades. Este novo instituto está inspirado em elevados propósitos sócio-econômicos, pois a insolvência de uma grande empresa pode afetar a estabilidade econômica da região em que opera.⁴

1.1- Evolução Histórica do Instituto da Falência no Direito Brasileiro:

Durante o período colonial aplicava-se no Brasil a Lei vigente na metrópole. No período em que Portugal ficou submetido ao governo da Espanha foi aplicado em seu território as Ordenações Filipinas, que conseqüentemente eram aplicadas no Brasil, principalmente após o desenvolvimento na colônia de atividades mercantis, tendo o direito falimentar da época sido instituído por este ordenamento.

Foram aplicadas alterações na Ordenação por meios de alvarás expedidos pela coroa e seus emissários, focalizando a punição da falência fraudulenta, inclusive a pena de morte, dependendo do valor do passivo, sendo enumeradas neste documento as modalidades previstas como fraude.

² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9.

³ THOMÉ, G. M.; CURY, P. J. S. p. 156.

⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 12.

Para Rubens Requião foi a partir destes alvarás que o direito falimentar foi instituído no Brasil, e que estes não se ocupavam em apenas regular a punição penal do crime falimentar, mas também a falência culposa e a inocente, sendo aquele punido com penas mais brandas do que a morte e este não sofriam qualquer tipo de punição penal.⁵

Após a promulgação da independência foi promulgada no Brasil a Lei de 30 de outubro de 1823, a qual, entretanto, era a mesma legislação falimentar que vigorava em Portugal. Na vigência desta norma houve muita influência do Código Napoleônico de 1807.

Transcorrido certo período foi promulgado no Brasil o Código Comercial, o qual, em sua terceira parte, regulamentava o processo falimentar. A partir deste surgiu no Brasil o instituto da concordata suspensiva. Conforme dispunha o art. 847, alínea terceira, para que a empresa recebesse os benefícios da concordata era necessário uma deliberação da maioria de todos os credores, independentemente do comparecimento destes à assembléia.

Houve uma revisão da terceira parte do Código que resultou na elaboração da Lei nº 3.065, de 1882. De acordo com esta nova lei a concordata seria concedida com a deliberação da maioria dos credores que estivessem presentes na assembléia. Por meio deste também instituiu-se no direito pátrio a figura da concordata preventiva.

Durante o período Republicano sucederam-se diversas reformas na Lei Falimentar. A primeira ocorreu no ano de 1890 com a publicação do Decreto nº 917, que reformava a terceira parte do Código. No dia 16 de agosto de 1902 este decreto foi reformado pela lei nº 859. Esta que trouxe ao processo falimentar a inovação quanto a nomeação do administrador judicial, síndico à época, com o intuito de coibir conluios entre credores e devedores, passaram eles a serem escolhidos fora do quadro de credores, devendo estar previamente inscritos numa lista organizada pelas Juntas Comerciais.

Esta reforma fracassou, principalmente pelas práticas fraudulentas daqueles síndicos constituídos por meio de inscrição nas listas das Juntas Comerciais, advindo, desta forma, a Lei nº 2.024, de 1908, cujo escopo era impedir fraudes e as procrastinações processuais.

⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

Na seqüência, em decorrência a Primeira Grande Guerra e das crises que lhe decorreram, a Lei vigente foi revista pelo Decreto nº 5746, de 9 de dezembro de 1929.

Com o advento do Estado Novo, conseqüentemente, houve a reforma deste pelo Decreto-lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945 cujo objetivo era o de ajustar a legislação nacional à política de fortalecimento dos poderes do Estado. Uma das principais mudanças no ordenamento jurídico, introduzido por esta reforma, foi a concessão das concordatas preventivas e suspensivas pelo Estado, por intermédio do juiz, aos devedores infelizes e honestos, independentemente da concordância dos credores.

Com o decorrer do tempo houveram muitas mudanças no mercado econômico, logo este Decreto-lei tornou-se incompatível com as novas atividades desenvolvidas no ramo empresarial, em determinados aspectos, impondo-se a necessidade de sua revisão, pois alguns dispositivos desta lei criavam facilidades que permitiam a consecução de fraudes. Conseqüentemente, surgiu a Lei nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984. Todavia, devido a equívocos de redação existentes nesta nova lei, que poderiam gerar graves conseqüências ao instituto da concordata, o Poder Executivo tomou a iniciativa de alterar o Decreto-lei nº 2.279/85.⁶

Era óbvio o esgotamento do modelo de procedimento previsto no aludido Decreto-Lei, até então vigente, para as empresas em processo falimentar. A referida legislação foi elaborada na época em que o Brasil tinha um paupérrimo parque industrial e comercial, e ainda a economia amargava os reflexos da 2ª guerra mundial. Note-se ainda que o país saía de um longo período ditatorial, personificada pelo chamado "Estado Novo", em que a legislação era praticamente imposta pelo Poder executivo.

Desta forma, tornou-se necessária a elaboração de outro documento legal para suprir as normas aplicadas ao processo falimentar e de concordatas, que deixará de ser compatível com o contexto industrial brasileiro, e fadou-se atrasado face as alterações nas dinâmicas das atividades empresariais.

Foi, então, por iniciativa do Poder Executivo elaborado o projeto de lei original nº 4.376/93. O qual tramitou por 11 anos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, até ser sancionado pelo Presidente da República. Criando-se,

⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 20-22.

assim, a atual Lei de Falências, a Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. A qual, devido a vacatio legis de 90 dias, entrou em vigor na data de 9 de junho de 2005.⁷

2- Procedimentos do Processo Falimentar Conforme o Decreto-lei nº 7.661/45:

Neste item pretende-se pormenorizar os procedimentos que envolvem o processo falimentar, ou seja, os passos que seguem desde a decretação da Falência pelo Judiciário até a liquidação da empresa e satisfação dos créditos dos credores, com o intuito de comparar neste mister, posteriormente, com a Nova Legislação Falimentar, no que tange a empresa de responsabilidade limitada.

Primeiramente cabe tecer comentários quanto a natureza jurídica da falência. Conforme nos ensina o professor Rubens Requião que há duas correntes: uma que considera que o Direito Falimentar pretende assegurar perfeita igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é a garantia geral de seus credores.⁸ Neste sentido diz Fábio Ulhoa Coelho: “Para evitar a injustiça – privilegiando os mais necessitados, tornando eficazes as garantias legais e contratuais ou conferindo iguais chances de realização do crédito a todos os credores da mesma categoria –, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a instauração da execução concursal, isto é, do concurso de credores”.⁹ Outra corrente crê que o objetivo principal da falência é a eliminação das empresas econômica e financeiramente arruinadas, em virtudes de perturbações e perigos que podem causar ao mercado, com reflexos em outros organismos.

Para o mencionado jurista ambos os princípios anteriormente explicitados não se sobressaem dominadores, mas se compõe ou se constituem como elementos imprescindíveis à garantia geral do crédito, que deve ser promovido e assegurado pelo Estado, através da lei.¹⁰

⁷ PEREIRA, Clóvis Brasil. Principais Mudanças na Lei de Falências. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 226.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 23-24.

2.1- Instauração da Falência:

Para que se instaure o processo de execução concursal denominado falência, é necessária a concorrência de três pressupostos: a) devedor deve ser sociedade empresária (para o presente estudo nos ateremos apenas às sociedades constituídas sob a égide da responsabilidade limitada); b) insolvência, caracterizada pela impontualidade injustificada ou prática de ato de falência; c) sentença declaratória de falência,¹¹ que na verdade não é declaratória, mas constitutiva, conforme veremos a seguir.

No presente estudo trataremos especificamente da falência da sociedade limitada, que de fato esta sujeita à falência, todavia como ressalta Fábio Ulhoa Coelho o que importa para caracterizar se uma sociedade de responsabilidade limitada pode, ou não, falir é o tipo de atividade desenvolvida por esta, portanto se uma sociedade limitada de cirurgiões-dentistas, ou seja, que exercem atividades civis, não será adequado à falência, mas sim a insolvência civil.¹² Para este estudo considerar-se-á como objeto de estudo e análise o processo falimentar de uma sociedade empresarial limitada que exerça efetivamente as atividades comerciais, e que, portanto, está sujeita ao regime do processo falimentar.

Quanto a insolvência. Segundo o conceito do mestre Rubens Requião a insolvência "é um fato que geralmente se infere da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. O devedor que usou de crédito e está em condições de solver as obrigações contraídas, dele se diz solvente; ao revés, o que se encontra na impossibilidade de fazê-lo se chama insolvente".¹³

O professor Fábio Ulhoa Coelho explicita em sua obra que a insolvência deve ser compreendida num sentido jurídico, ao invés de um sentido econômico, ou seja, a insolvência não deve ser compreendida como o estado patrimonial de insuficiência de bens para a integral solução de suas obrigações, pois para que a sociedade devedora seja submetida à execução concursal é absolutamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Segundo o autor o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 229.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 230.

¹³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra.¹⁴

A insolvência nem sempre é confessada pelo devedor, devendo-se fazer uma análise das práticas correntes daquela empresa para determinar o estado de insolvência. A legislação adota um sistema para determiná-la conforme se verifique a prática dos seguintes fatos: a) estado patrimonial deficitário, decorrente da impotência patrimonial do empresário comercial para satisfazer seu passivo; b) cessação de pagamentos, se o devedor cessa o pagamentos de suas obrigações demonstra e evidencia a insolvência, conforme o preceito do art. 797, da terceira parte do Código Comercial; c) impontualidade, consiste no não pagamento da dívida líquida no vencimento, pelo sistema que se baseia na impontualidade para deduzir o estado de insolvência, não importa que o devedor comerciante esteja, em suas finanças, apenas em crise de liquidez, é irrelevante que seu ativo seja superior ao passivo, seu dever fundamental é pagar as obrigações no vencimento; d) atos enumerados em lei, são aqueles previstos no art. 2º do Decreto-lei 7.661/45, atos como o abandono do estabelecimento ou o uso de meios ruinosos para efetuar o pagamento.¹⁵

2.2 - Declaração Judicial da Falência e o Procedimento Pré-Falimentar:

O processo falimentar desdobra-se em três grandes etapas, sendo a primeira delas a fase pré-falimentar, dedicada à verificação dos dois pressupostos materiais da decretação da falência, que são a empresarialidade da sociedade devedora e a insolvência jurídica. Nela ainda não se estabelece relação processual concursal. Este por sua vez se divide em dois ritos, dependendo do fundamento. Requerida a falência com base na impontualidade injustificada o rito segue os preceitos do art. 11; fundado na ocorrência de ato de falência, observa o disposto no art. 12; por fim, em caso de pedido de autofalência, segue o rito previsto no art. 8º da antiga LF.¹⁶

O procedimento pré-falencial é o que antecede a declaração da falência, que se inicia com a denúncia do credor, mediante o requerimento da falência. Ao receber a petição, o juiz não a considerando inepta, a defere. Mas o despacho de

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 233.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57-62.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 239, 246.

deferimento da pretensão do credor não constitui o devedor em estado de falência. O que se pretende, através de uma instauração sumária que se institui, facultando-se a defesa do devedor, é oferecer ao juiz os elementos cognitivos que o levam a colher ou rejeitar a pretensão, declarando ou negando a falência. Só então, com a sentença declaratória (que, no entanto, é constitutiva e não declaratória), o estado de insolvência se transforma em estado de falência.¹⁷

Estão legitimados para o pedido de falência uma sociedade empresária devedora, além de ela mesma, o seu sócio e o credor. Segundo a própria lei falimentar o devedor deve requerer a falência no prazo de 30 dias seguintes do vencimento de obrigação líquida (art. 8º Dec.-lei 7.661/45). Também dispõe a lei, no art. 9º, II, da antiga LF que o sócio da sociedade empresária devedora possui legitimidade para requerer a falência. Todavia nesta hipótese tem-se preferido pela dissolução parcial da empresa. Geralmente, é o credor o maior interessado na instauração do processo de execução concursal, até mesmo porque o pedido de falência revelou-se um eficaz instrumento de cobrança, pois no prazo de 24 horas após o recebimento da citação do pedido de falência a sociedade devedora poderá, com fulcro no art. 11, §2º da antiga Lei de Falências, elidir a falência depositando o valor da obrigação em atraso.¹⁸

O credor, no pedido de falência, deve exibir o seu título mesmo que não vencido (art. 9º, III, caput, da antiga LF). Contudo a alguns credores foram estabelecidas condições específicas, ou seja, a sua legitimidade ativa esta condicionada ao atendimento de alguns requisitos. Assim, se o credor é sociedade empresária ela deve provar a regularidade de sua situação (art. 9º, III, a, da antiga LF); o credor titular de garantia real, por sua vez, deve renunciar a ela ou demonstrar a sua insuficiência (art. 9º, III, b, da antiga LF); por fim o credor não domiciliado no País deve prestar caução, destinada a cobrir custas do processo e eventual indenização do requerido, caso venha ser denegada a falência (art. 9º, III, c, da antiga LF). Os demais credores possuem legitimidade ativa para o pedido de falência independentemente do atendimento de outros requisitos específicos.¹⁹

Ressalte-se, porém, que para o credor instituir o pedido de falência, na instauração do processo pré-falencial, se torna essencial à exibição não só do título da obrigação líquida, como também do respectivo protesto. É o protesto a

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 79.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 247.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 241-242.

prova oficial de que a obrigação líquida não foi paga no vencimento e, portanto, trata-se de protesto necessário de título. O protesto do título da obrigação líquida deve ser tirado perante o oficial público respectivo, no domicílio comercial do devedor, na jurisdição competente para a declaração da falência.²⁰

Finalmente, a falência é decretada por meio da sentença declaratória da falência, que poderá, contudo, ser declaratória da falência ou denegatória, todavia neste trabalho nos ateremos apenas a primeira. Primeiramente cabe ressaltar que a sentença declaratória de falência tem caráter predominantemente constitutivo, por que altera as relações entre credores em concurso e a sociedade devedora falida, ao fazer incidir sobre elas as normas específicas do direito falimentar.²¹

Acerca do tema, o saudoso mestre Rubens Requião citando Paulo de Lacerda explica: “a falência é um estado de fato, consistente, em tese, na insolvência, que a lei caracteriza, ora pela impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa, ora pela ocorrência de fatos que revelam a situação patrimonial desesperadora do devedor. E assim caracterizado, dá-se o estado de direito em virtude da sentença judicial, que não cria, mas pressupõe e por isso apenas declara o estado de falência, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência chamam-na sentença declaratória”.²² Contudo este não é o entendimento majoritário conforme podemos observar no pensamento de José da Silva Pacheco: “Praticadas as diligencias necessárias profere o juiz a sua decisão, que poderá não ser a primeira nem tampouco a última neste processo de falência. Essa decisão é, no sentido de declarar ou não a falência, de declarar aberta ou não a falência. Que, na verdade, o juiz declara, não há a menor dúvida. Contudo, não só declara, mas também constitui um novo estado, uma nova situação jurídica, se decreta a falência”.²³

Rubens Requião pertence, juntamente com Miranda Valverde e Waldemar Ferreira, a corrente que entende que a natureza jurídica da sentença que declara a falência é predominantemente constitutiva, e assim nos ensina: “A sentença, com efeito, é mais do que uma simples declaração de um estado de direito: ela cria a massa falida objetiva e a massa falida subjetiva, esta constituída pelos credores e aquela formada pelo patrimônio do falido, dando-lhe nítido status

²⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98-99.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 250.

²² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

²³ PACHECO, José da Silva, p. 45.

jurídico. O devedor, por sua vez, passa, ainda em consequência da sentença falimentar, a ser impedido de exercer sua profissão comercial”.²⁴

Mas além dos requisitos essenciais comuns a todas as sentenças, a sentença declaratória da falência tem um conteúdo mais vasto, pois além da decisão deve o juiz determinar várias providências, tais como a nomeação do síndico, o prazo para a habilitação dos credores, a fixação do termo legal da falência, que, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, é o lapso temporal correspondente às vésperas da decretação da quebra que serve de referência para a auditoria que o síndico deve realizar nos atos praticados pelos representantes legais da sociedade empresária falida,²⁵ e diligências que forem necessárias, podendo ordenar inclusive a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, conforme reza o art. 14 da antiga LF.²⁶

Esta sentença é recorrível, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento, por inapropriado em seu objeto o agravo retido, com fulcro no disposto pelo art. 17 do Dec.-lei 7.661/45. Também será cabível o recurso de embargos previsto no art. 18 desta lei, note-se aqui que este recurso de embargos é peculiar do direito falimentar, difere, portanto, daquele do direito de processo civil, conforme Fábio Ulhoa Coelho devido ao rito adotado pelos fundamentos do art. 1º a cognição do juiz é estrita, os embargos serviriam à ampliação do conhecimento judicial, mediante a abertura de novas oportunidades de prova para o recorrente: “Os embargos inovam a matéria fática, seja por trazer outros fatos ao conhecimento do juiz, seja por agregar novas provas às produzidas”. Contudo será cabível apenas quando a quebra foi decretada com fundamento na impontualidade injustificada da sociedade devedora. Este recurso não exclui o de agravo de instrumento, podendo a mesma sentença de quebra com fundamento no enunciado do art. 1º da antiga LF ser agravada e embargada.²⁷

Este também é o entendimento de Rubens Requião: “A lei permite a acumulação de dois recursos, pois segundo suas disposições literais o devedor pode recorrer de agravo de instrumento ou de embargos perante o próprio juiz da sentença que declarar a falência, com fundamento no art. 1º”.²⁸

²⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 251-252.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 109.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 253-255.

²⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119.

Em caso de acúmulo dos dois recursos, se forem providos os embargos, prejudica-se a decisão do agravo, visto que aqueles possibilitam ao juiz um conhecimento mais amplo e aperfeiçoado dos fatos e das alegações, enquanto o agravo não pode inovar a matéria de fato. Se, no entanto, for provido o agravo, prejudicam-se os embargos, na medida em que o pressuposto destes é a sentença da quebra, que não mais subsiste.²⁹

Com a declaração da falência tem-se início a uma nova etapa, ao processo falimentar propriamente dito, no qual apurar-se-á o ativo da empresa falida, massa falida objetiva, e qualificar-se-á a massa de credores, massa falida subjetiva, conforme melhor se explica no item a seguir.

2.3 - Processo da Falência e a Administração da Falência:

O processo de falência desdobra-se em três etapas. A primeira refere-se ao pedido de falência, também conhecida como etapa pré-falimentar. Ela tem início com a petição inicial de pedido de falência e conclui-se com a sentença declaratória. A segunda, e que aqui cabe explicitar, é a etapa falimentar propriamente dita, inaugurada pela sentença declaratória e concluída pela de encerramento da falência. Compreende duas fases, cognitiva, que visa ao conhecimento judicial do ativo e do passivo do devedor, bem como a investigação da prática de crime falimentar, que inicia-se com a declaração da falência e extingue-se com a publicação do aviso de liquidação (art. 114); e a fase satisfativa, que inicia-se após o término da fase cognitiva, chamada liquidação, cujo objetivo é a realização do ativo apurado e o pagamento do passivo admitido.³⁰

O processo falimentar estava disciplinado na antiga Lei de Falência (Decreto-lei nº 7.661/45). O Código de Processo Civil é fonte subsidiária, aplicável nas lacunas da legislação falimentar. Apenas em matéria de recorribilidade das decisões proferidas pelo juízo falimentar não se admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil: se a Lei de Falência não apontar o recurso cabível contra certa decisão ela é irrecorrível. Isto porque os recursos aplicáveis no processo falimentar são bem diferentes dos existentes no processo civil. Ademais, se coubesse recorrer de cada ato administrativo praticado no processo falimentar,

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 255.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 312, 315.

o processo estaria exposto a maior demora, o que sem dúvida é prejudicial tendo em vista o objeto do direito falimentar. Desse modo, o legislador restringiu o número de recursos no processo falimentar ao mínimo indispensável à adequada prestação jurisdicional.³¹

Notem-se ainda mais duas peculiaridades do processo falimentar. Primeiramente quanto aos prazos para a prática dos atos pelas partes. Estes são peremptórios e contínuos, ou seja, não se suspendem em férias forenses ou feriados e correm, geralmente, em cartório independentemente de intimação ou publicação da parte (art. 204). Outra esta relacionada com a publicação: de editais, avisos, anúncios e do quadro geral de credores, que será feita por duas vezes no órgão oficial, mas o prazo começará a fluir da data da primeira inserção (art. 204, parágrafo único e 250, caput.).³²

Feitas estas ressalvas, partimos para a análise dos principais efeitos da declaração da falência.

Proferida a sentença declaratória, a falência como estado de direito, se constitui imediatamente, constituindo uma série de conseqüências em relação ao patrimônio do devedor, criando novas situações jurídicas para os credores, dentre elas: a) formação de massa de credores, tendo em vista o processo da falência ser uma execução coletiva, sujeito ao princípio da *par condicio creditorum*, que proporciona tratamento igualitário a todos os credores de uma mesma categoria; b) suspensão de ações individuais de credores, pois como já explicitado a execução falimentar é coletiva, portanto para formar-se a comunhão de credores impõe-se que todos sejam atraídos pela vis *attractiva* do processo falimentar e esta seja indivisível, conforme reza o art. 24, caput, da LF, exceto as ações que constituem créditos não suscetíveis ao rateio, tal como os créditos trabalhistas e fiscais; c) vencimento antecipado dos créditos, uma vez que o tratamento igualitário dos credores impõe que todos os credores, mesmo os titulares de créditos não vencidos, possam comparecer desde logo atuando em defesa de seus interesses, é o que dispõe o preceito do art. 25; d) suspensão da fluência de juros contra a massa falida, conforme dispõe o art. 26, ou seja, que contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal, sendo que desta regra são excetuados os juros das debêntures e os créditos com garantia real, de vez que tais juros são

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 313-314.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 314-315.

atendidos pelo produto dos bens em garantia, isto é, se o produto dos bens vendidos bastar para o pagamento do principal, passa-se em seguida a atender o pagamento dos juros.³³

A sentença declaratória de falência que constitui o estado de falência cria novas situações jurídicas, principalmente para a pessoa do comerciante insolvente. Este que, por sua vez, sofre uma série de inibições de seus direitos, sobretudo quanto aos seus direitos patrimoniais ou pessoais que possam afetar o direito dos credores, tais quais exporemos a seguir.

Primeiramente quanto as restrições à pessoa do falido. O falido deve comparecer em cartório, em que se processa a sua falência, assim que tomar conhecimento da sentença que a declara, para assinar o termo de comparecimento. Desde a declaração da falência fica o falido com o direito de livre locomoção restrito ao lugar em que se assenta o juízo da falência, isto porque deverá permanecer à disposição do juiz e do síndico a fim de cumprir pessoalmente as obrigações que lhe são impostas (art. 34), prestando desde logo as informações que lhe forem solicitadas. Pois como dirigente de sua empresa, é o falido o mais capacitado a prestar todas as informações necessárias ao síndico, para que ele possa desincumbir-se satisfatoriamente seu encargo.³⁴

Outra restrição imposta ao falido na nova situação jurídica criada pela declaração da falência é a proibição de comerciar. O que na prática também seria inviável, pois os bens que adquirisse seriam arrecadados incontinenti pelo síndico, uma vez que a falência compreende tanto os bens existentes à época da sentença declaratória, como os adquiridos posteriormente, até serem extintas as suas obrigações.³⁵

Terá, ainda, o falido a quebra do sigilo de sua correspondência. Entre as urgentes medidas a cargo do escrivão, logo após receber os autos da falência com a sentença declaratória, se inclui a de comunicar às estações telegráficas e postais que existirem no lugar, a falência do devedor e o nome do síndico, a quem deverá ser entregue a correspondência, conforme dispõe o art. 63, II, da antiga LF. Aqui cabe a indagação da Constitucionalidade deste dispositivo, pois controverso ao previsto no art. 5º, XII, da CF de 1988. Rubens Requião, citando Bento de Faria, nos explica que: "O ato do síndico em abrir a correspondência,

³³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136-141.

³⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 146.

³⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 147.

conforme a lição de Bento de Faria, é respaldado pela lei, não constituindo tecnicamente violação de correspondência”. Ademais, lendo-se atentamente os textos da lei falimentar, vê-se a preocupação do legislador em cercar o ato do síndico de cautelas para não afetar o sigilo da correspondência particular do falido. O que visa a lei é permitir ao síndico apreender a correspondência relativa à empresa, que a esta pertença ou lhe diga respeito, pois de seus bens foi desapossado o devedor falido. Para tanto que a abertura da correspondência é efetuada na presença da pessoa do falido ou de pessoa por ele indicada, sendo entregues ao falido as correspondências que lhe forem particulares.³⁶

Quanto aos efeitos em relação ao patrimônio do falido. O art. 39 da LF declara que a falência compreende todos os bens do devedor, inclusive direitos e ações, tanto os existentes na época de sua declaração, como os que forem adquiridos no curso do processo. Desde o momento da abertura da falência o devedor é desapossado de seus bens perdendo o direito de administrá-los e deles dispor. Os bens do falido são arrecadados pelo síndico, que os conserva e administra durante o período de informação da falência, em cujo recurso se configura definitivamente a massa falida que legitimamente concorre ao produto proveniente da venda dos bens arrecadados, formando-se, assim, a massa falida objetiva.³⁷

Há que se observar, todavia, que existem determinados bens que não estão suscetíveis a esta arrecadação. O patrimônio do indivíduo é constituído, sob o prisma processual, de bens penhoráveis e de bens impenhoráveis. Os penhoráveis são os que constituem a garantia dos credores, pois sobre estes que recaem a execução, tanto a singular como a coletiva concursal. Neste sentido a Lei de Falência em seu art. 41 exclui da arrecadação os bens impenhoráveis do devedor, entretantes, os que estão previstos no art. 649 do CPC.³⁸

Além destes bens elencados pela Lei que não são passíveis de arrecadação, há outros, porém, que devem ser restituídos. Pois como são arrecadados todos os bens que se encontram na posse da sociedade falida pode ocorrer de alguns destes não pertencerem a esta sociedade. A definição do ativo complementa-se pela sua restituição aos proprietários.

³⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 147-148.

³⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 151-152.

³⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 154.

São dois os pedidos de restituição previstos na Lei de Falências. Um, delineado no caput do art. 76, tem por fundamento a titularidade de direito real sobre bem arrecadado, e o seu objetivo é a lapidação da massa, o destaque das coisas que não são do patrimônio da sociedade falida. Outro, encontrado no § 2º do art. 76, funda-se na entrega de mercadorias, vendidas à prazo e não pagas, ocorrida nos 15 dias que antecederem a distribuição do pedido de falência e visa à coibição da má-fé presumida da falida.³⁹

Resta analisar neste mister a situação dos contratos da sociedade falida. A sentença declaratória da falência importa a disciplina dos contratos da falida segundo regras específicas. Afasta-se a incidência das normas do direito civil, comercial ou de tutela do consumidor e submetem-se os contratos às regras específicas do direito falimentar. A disposição geral sobre os contratos na falência autoriza a rescisão dos bilaterais, por decisão do síndico (LF, art. 43).⁴⁰

Assim, se o síndico considerar inconveniente se cumprimento para o interesse da massa, pode denunciá-lo. Constitui, portanto, dever do síndico, na qualidade de administrador da massa falida, decidir se mantém os contratos bilaterais, dando-lhes cumprimento ou se os denuncia.⁴¹

Fábio Ulhoa Coelho, citando Miranda Valverde, nos explica que: “É condição para a rescisão que nenhuma das partes tenha dado início, ainda, ao cumprimento das obrigações assumidas”, e conclui: “Excluem-se do âmbito do preceito, portanto, e da possibilidade de serem rescindidos pela decretação da falência, os contratos que, embora definidos como bilaterais pelo direito obrigacional comum, já tiverem a sua execução iniciada por qualquer das partes”.⁴²

A falência não provoca, em princípio, a rescisão dos contratos da falida, exceto no caso dos contratos sinalagmáticos não executados tidos pelo síndico como desinteressantes para a comunidade de credores. Nas demais hipóteses, observadas as regras específicas que a Lei de Falências estabelece, o contrato deve ser cumprido pelo contratante, nos mesmos termos em que seria caso não houvesse sido decretada a falência, podendo a massa falida exigir o cumprimento das obrigações contratadas. Note-se, contudo, a possibilidade destes contratos

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 316-317.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 283.

⁴¹ REQUILÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 162.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 384.

estarem gravados com cláusula expressa de resolução por falência. Se as partes compactuaram cláusula de rescisão por falência, esta é válida e eficaz, não podendo o síndico desrespeitá-la.⁴³

Nesta segunda etapa da falência, o processo falimentar em si, que se compreende nos procedimentos realizados após a decretação da quebra até a liquidação da empresa, que tem por escopo a realização do ativo da sociedade falida, massa falida objetiva, e a quantificação dos credores, massa falida subjetiva, há uma figura essencial para o cumprimento destes objetivos que merece especial atenção em tópico específico, como será exposto a seguir.

2.4 – Da Participação do Síndico no Processo Falimentar:

Com a sentença declaratória da falência o devedor falido é desapossado de seus bens e conseqüentemente, perde o direito de administrá-los (art. 40). Impõe-se, assim, a organização da administração da massa falida. Para tanto, designa-se a pessoa do síndico para realizar tal tarefa, estando este sob imediata direção e superintendência do juiz, possuindo suas atribuições minuciosamente dispostas em lei.⁴⁴

Tal designação esta envolvida de formalidades, previstas no art. 60 da LF, segundo as quais, o juiz deverá escolhê-lo dentre os maiores credores. Pois, presume-se que dentre eles se encontrará as pessoas mais interessadas no bom andamento da falência, o que não é verdade. Muitas vezes os maiores credores são bancos, que se protegem da insolvência de seus devedores através de mecanismos econômicos, tal como a taxa de risco embutida nos juros, e não se interessam em assumir o encargo de síndico. Diz a lei, ainda, que, após a terceira recusa o juiz pode nomear para a função um não credor. O que na prática tem se observado é a escolha do juiz em nomear como síndico advogado falencista de sua confiança, também conhecido por síndico dativo.⁴⁵

Deve o síndico, imediatamente após a sua nomeação, ser empossado no cargo. A posse se dá com a assinatura, em cartório, dentro de vinte e quatro horas, do termo de compromisso, no qual promete bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades inerentes às funções de

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 285.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207, 210.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 259.

administrador, conforme art. 62. Caso esta formalidade não seja cumprida no prazo, o juiz, com fundamento no art. 65, designará um substituto para exercer a função de síndico.⁴⁶

Após tomar posse de suas funções, o síndico deve se ater em cumprir as suas atribuições. De um modo geral, cabe ao síndico auxiliar o juiz na administração da falência e representar a comunhão dos interesses dos credores, porém especificamente deve cumprir com os preceitos do art. 63 da LF. Dentre os atos processuais de responsabilidade do síndico, devem ser destacadas quatro peças de importância para o desenvolvimento do processo falimentar, destinadas também à facilitação da consulta aos autos da falência, tais como: a) Exposição, prevista no art. 103, nesta peça o síndico deve apresentar uma análise do comportamento dos representantes legais da sociedade falida; b) Relatório, mencionado no art. 63, XIX, da LF, deve ser apresentado até 5 dias após a publicação do quadro geral de credores ou da decisão do inquérito judicial. Destina-se a sintetizar a fase cognitiva do processo falimentar e deve informar os atos da administração nela praticados, o total do ativo e do passivo, as ações de interesse da massa e os atos do devedor passíveis de ação revocatória; c) Relatório sucinto, constante do art. 200, §3º da LF, é peça processual específica do rito sumário da falência, tem o mesmo conteúdo e objetivos da exposição e do relatório, compilados numa única peça; d) Relatório final, referido no art. 131 da LF, deve ser elaborado pelo síndico no prazo de 20 dias contados do término da liquidação e do julgamento de suas contas, deve conter o valor do ativo e do produto de sua realização, bem como do passivo e dos pagamentos feitos. Este relatório final é o documento básico para a extração das certidões com força de título executivo que representam o crédito remanescente para o credor exercer seu direito contra co-devedor (avalistas ou fiadores da sociedade falida).⁴⁷

O síndico responde civilmente por má administração ou infração à lei, segundo o art. 68. Enquanto corre o processo de falência, o credor não pode individualmente acionar o síndico, porque não é possível isolar o seu interesse dos da comunidade de credores. Pode ser que certo credor não fosse receber pagamento, mesmo que a irregularidade perpetrada pelo síndico não tivesse se verificado. Desse modo, até o fim do processo de falência, o credor pode apenas requerer a destituição do síndico com fundamento no art. 66. Se a obtiver, a

⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215-216.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 261-263.

massa falida, representada pelo novo síndico, demandará o destituído. Caso contrário deverá aguardar o fim do concurso de credores, quando qualquer credor prejudicado pela má administração ou violação da lei pode demandar individualmente contra a pessoa que houvera praticado tais atos como síndico. Todavia, para ter esta legitimidade o credor deve ter requerido no trâmite do processo falimentar a destituição do demandado.⁴⁸

Onde se acentua mais a responsabilidade do síndico, tornando-a de ocorrência mais freqüente, é a demora ou negligência no cumprimento da obrigação de convocar os credores para apresentarem suas declarações de crédito, que será analisada pormenorizadamente nos tópicos a seguir, no prazo marcado na sentença, pois responde por quaisquer prejuízos que acarrete aos credores. Impõe-lhe, por isso, rigorosa atenção ao cumprimento do disposto no art. 80.⁴⁹

Isto posto, passamos a analisar pormenorizadamente nos próximos itens a formação das massas falidas objetiva e subjetiva, concomitantemente a importância do síndico no exercício de suas funções, atribuídas pela lei, para a realização dos mesmos.

2.5 - Formação da Massa Falida Objetiva:

Como já explicitado anteriormente, após a decretação da falência o síndico tem o encargo de administrar a falência. Esta administração consiste em realizar o ativo da empresa falida e formar o quadro geral de credores qualificando-os segundo a quantidade de seus créditos e sua preferência na ordem do recebimento destes créditos.

A realização do ativo da sociedade falida também é conhecida por massa falida objetiva é uma das incumbências do síndico. Este ativo realizar-se-á, primeiramente, com a arrecadação dos bens do devedor, uma vez que o falido, após a sentença declaratória da quebra, perde o direito de administrar os seus bens, impondo-se, por conseqüência, que um órgão da falência por determinação legal tome posse destes bens mantendo-os sob custódia. Tendo, todavia, o falido propriedade sobre aqueles bens, e portanto em caso de encerramento da

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo. 1998, p. 263-264.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 223.

falência, seja pelo pagamento dos credores com recursos outros ou sendo suspensa por concordata, estes bens voltam à disposição do seu proprietário.⁵⁰

O ato de arrecadar constitui um ato judicial, embora de natureza administrativa, que o síndico pratica por determinação legal, com fulcro no art. 70 que dispõe que o síndico deve arrecadar os livros, documentos e bens do falido, onde quer que estejam. Note-se, também, que é dever do falido entregar, sem demora, todos os bens, livros e documentos ao síndico, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que por ventura tenha em poder de terceiros, conforme art. 34, V, da LF.⁵¹

Arrecadados os bens o síndico os relacionará num inventário, que constitui o registro escrito da arrecadação. Além de identificar, no inventário, os bens arrecadados, o síndico estimará cada um dos objetos nele contemplados, ouvindo o falido, consultando faturas e documentos, ou louvando-se no parecer de avaliadores, se houver necessidade. A lei traça o esquema formal do inventário, que deverá ser datado e assinado pelo síndico, pelo representante do Ministério Público e pelo falido. Do inventário constarão os livros, documentos e bens do falido, sendo enumerados em ordem, conforme determina o §6º do art. 70. Os bens relacionados no inventário deverão ser individualizados com clareza e se forem imóveis deverão ser apresentados, em quinze dias, as respectivas certidões do Registro de Imóveis.⁵²

Cabe, ainda, ao síndico, neste mister da arrecadação, a conservação dos bens arrecadados, para posteriormente convertê-los em dinheiro através da alienação por meio do leilão ou outro meio, para então, efetivamente realizar-se o ativo da massa falida. Isto posto, cabe ressaltar que o síndico tem o poder de escolher outra pessoa, inclusive o falido, para depositário, o qual, sob sua responsabilidade, guardará e conservará os bens. Há, todavia, uma exceção na regra da conservação dos bens, que é aquele previsto no art. 73 da LF, que permite, excepcionalmente, em benefício da massa, sejam vendidos antecipadamente os bens arrecadados, que forem de fácil deterioração ou que não se possam guardar sem risco ou sem grande despesa. Em face de bens nessas condições, o síndico mediante petição fundamentada, representará ao juiz sobre a necessidade de sua venda, indicando os respectivos bens. Este método é

⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 226.

⁵¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.

⁵² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 229-230.

excepcional, pois os bens arrecadados devem ser, em princípio, vendidos não na fase informativa da falência, mas sim na fase de liquidação.⁵³

2.6 - Formação da Massa Falida Subjetiva:

Inicia-se o processo de formação da massa falida subjetiva com a verificação dos créditos. Neste os credores, dentro do prazo assinalado na sentença declaratória de falência, devem-se habilitar no processo falimentar, apresentando em cartório, a declaração de seu crédito (art. 80). O prazo é fixado pelo juiz, ao sentenciar a quebra, e pode variar de 10 a 20 dias em função do vulto da falência.⁵⁴

No entanto este prazo para declaração dos créditos não é de caducidade, à medida que os credores poderão fazê-lo extemporaneamente, no qual o credor retardatário poderá declarar seu crédito mediante petição, conforme o art. 98, sofrendo apenas a sanção de perda dos rateios anteriormente distribuídos. Porém, tendo em vista essa possibilidade de não participar dos rateios ocorridos durante a dilação verificatória de seu crédito, o credor retardatário poderá requerer que se faça a reserva de fundos a que alude o art. 130.⁵⁵

O processo de verificação de crédito é o meio processual que proporciona a todos os credores a apreciação de suas pretensões, a fim de serem examinadas e admitidas não só para efeito de pagamento, como também para a sua classificação, assegurando o crédito daqueles que tenham preferência sobre os demais, em outras palavras, o que se pretende com o processo de verificação é apurar efetivamente os créditos legítimos, que devem ser admitidos à execução falimentar, no intuito de acertar o passivo do devedor em relação a cada um dos credores, formando-se o quadro de credores.⁵⁶

A formação do quadro dos credores que efetivamente concorrerão sobre o ativo apurado do comerciante falido pressupõe as fases lógicas de habilitação e classificação. A habilitação envolve a declaração, a verificação e a inclusão dos créditos. A declaração de crédito é o pedido que o credor dirige ao juiz, solicitando sua admissão ao concurso de credores. Com a declaração do crédito, peça

⁵³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 231.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 322.

⁵⁵ FAZZIO JR., Waldo. Lei de Falências e Concordatas Comentada. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 217.

⁵⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 256-257.

processual que dá azo à verificação do crédito, submete ao exame jurisdicional, a legitimidade de seu crédito e a classificação a que tem direito.⁵⁷

A forma de proceder estas declarações deve respeitar o contido nos artigos 80 a 82 da Lei de Falências. Desta forma, por meio de circulares, o síndico logo que tomar posse da função deverá convidar os credores, de cuja existência toma conhecimento através de um primeiro exame da escrituração do falido, para que apresentem suas pretensões. Sob pena de ser responsabilizado por prejuízos decorrentes do não cumprimento desta obrigação, conforme o art. 81 da LF e parágrafos.⁵⁸

O art. 82, cujo texto é dado a conhecer ao credor na circular que lhe é dirigida pelo síndico convidando-o a fazer a declaração de seu crédito, determina minuciosamente a forma de que se deve revestir a declaração. Sendo que esta pode ser firmada pelo próprio credor ou seu mandatário, não necessitando ser assinada por advogado. Todavia, se na tramitação do processo for necessário impugnação, ou interposição de recurso, a intervenção de advogado será essencial, bem como na defesa do crédito em face de impugnação. Atente-se que na declaração de crédito o credor deverá apenas fazer constar o valor do principal, pois de conformidade com a lei não se inclui no crédito habilitado as despesas originadas do protesto dos títulos. O mesmo ocorre com juros, honorários e despesas, que não são devidos na falência.⁵⁹

Quanto a declaração de crédito do síndico. Esta se opera com algumas peculiaridades, pois o síndico deverá apresentar sua declaração de crédito no momento da assinatura do termo de compromisso, em uma única via, já que não há sentido em enviar uma via ao síndico de sua própria declaração. Em seguida, nas vinte e quatro horas após o vencimento do prazo da apresentação da declaração dos credores, em petição contendo a relação dos credores que declararam os seus créditos, requererá a nomeação de dois deles para que, até o prazo de impugnação, previsto no art. 87, examinem o seu crédito, dando parecer na única via da declaração.⁶⁰

A declaração será sempre individual, de cada credor, sendo possível, contudo, enfeixar numa só diversos créditos de natureza diferente, conforme

⁵⁷ FAZZIO JR., Waldo. *Lei de Falências e Concordatas Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 206.

⁵⁸ FAZZIO JR., Waldo. *Lei de Falências e Concordatas Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 209.

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 260-261.

⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 262.

dispõe o §2º do art. 82. Todavia, como exceção, admite-se a declaração de crédito coletivo no caso dos debenturistas, quando se organizarem em comunhão, na forma da Lei n.º 6.404, de 1976 que revogou o Decreto-lei nº 781, de 12 de outubro de 1938, representados por um deles. O capítulo desta Lei reservado às debêntures institui a figura do “Agente Fiduciário dos Debenturistas”, que deverá ser nomeado e aceitar a função na escritura de emissão das debêntures. Ao qual cabe declarar conjuntamente o crédito resultante da emissão das debêntures, no caso de falência da sociedade emissora. Sendo que a Lei de Falências prevê no seu art. 82, § 3º que o representante dos debenturistas, o agente fiduciário, seja dispensado da exibição de todos os títulos originais, quando fizer a declaração coletiva de crédito, para fins de economia processual.⁶¹

Note-se, ainda, que existem créditos que não podem ser reclamados na falência, entre os quais as penas pecuniárias por infração de leis penais e administrativas. Muito se discute por isso a exigibilidade das multas fiscais no processo de falência.

O Código Tributário Nacional, com efeito, no art. 187, estabeleceu que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação na falência, concordata, inventário ou arrolamento. Em vista, pois, do preceito da lei tributária geral, os créditos fiscais não podem ser habilitados na falência. A mesma sorte segue as contribuições compulsórias a favor de entidades privadas, instituídas por lei, denominadas contribuições parafiscais, que atualmente gozam de iguais privilégios e regalias dos créditos tributários da União. Pois o art. 217 do Código Tributário Nacional inclui no seu âmbito as contribuições para fins sociais e de outras naturezas.⁶²

Realizadas tais habilitações abre-se prazo para a impugnação dos mesmos. Qualquer credor, independentemente da natureza do seu crédito, tem qualidade de impugnar qualquer crédito declarado pelos demais credores. Isto porque a todos cabe o direito de rateio, há assim pretensões insatisfeitas, formando lides em razão do modo de obter maior proveito e porção na cota cabível a cada um. A informação do falido e o parecer do síndico contrário a inclusão também são impugnações, conforme permite o art. 84, §2º.⁶³

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 263.

⁶² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 266-268.

⁶³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 270.

O parecer do Ministério Público, que consta no art. 91, também contará como impugnação no caso deste entender que determinado crédito não é legítimo a participar do concurso de credores, pois apesar de não ser parte no processo falimentar, deve zelar, no entanto, pela legalidade no processo. Por fim, pode impugnar o crédito o juiz de ofício, pois o fato de não incorrer impugnação sobre o crédito não o habilitará automaticamente, o juiz julgará de acordo com sua cognição e se encontrar dúvida em incluir crédito não impugnado poderá impugná-lo.⁶⁴

Há também a possibilidade de um credor continuar com a impugnação oposta por outro, seja porque este teve seu crédito excluído do quadro de credores, não lhe sendo mais legítimo continuar com a impugnação, seja quando o impugnante desiste do feito, evitando-se, desta forma, o conluio com o impugnado.

Ocorre, todavia, uma séria questão na matéria da impugnação quando se trata de títulos executivos judiciais, face a coisa julgada.

Rubens Requião baseia-se na doutrina de Liebman para fundamentar que é possível a impugnação de crédito oriundo de sentença judicial no âmbito civil, pois para este os créditos já reconhecidos judicialmente devem ser submetidos à verificação, porque este é o único meio processual que pode conduzir a participação dos créditos ao concurso. Não basta de fato que um crédito seja acertado na sua existência para que dele derive a sua aptidão a participar da falência, e o único juiz competente a decidir sobre esse ponto seja aquele da falência. Já para Frederico Marques e Pontes de Miranda pode-se impugnar tal crédito apenas na hipótese de sentença proferida em processo fraudulento, portanto, o crédito proferido por sentença pode ser impugnado quando se alegar fraude ou simulação.⁶⁵

O mesmo não ocorre quando os créditos forem oriundos de decisão que julgou dissídios trabalhistas, pois estes estão sujeitos à jurisdição especial, instituída Constitucionalmente, sendo eles dirimidos exclusivamente pela Justiça do Trabalho. Portanto seria Inconstitucional rever decisão de âmbito trabalhista no Juízo civil, que não detém competência para isto.

O crédito trabalhista, desta forma, faz coisa julgada no juízo falimentar, não podendo ser impugnado, sob risco de cometer infração constitucional ao

⁶⁴ FAZZIO JR., Waldo. Lei de Falências e Concordatas Comentada. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 212.

⁶⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 271-272.

submetê-lo à decisão da justiça comum. Para atacar os créditos trabalhistas seria idôneo apenas recorrer no âmbito da justiça do trabalho, por meio dos recursos pertinentes ou da ação rescisória, quando já transitado em julgado a decisão.

Note-se que os créditos trabalhistas podem ser reclamados diretamente no juízo falimentar, e havendo dissídio em relação aos mesmos, argüido pelo síndico ou por credor, deve-se levar o litígio à decisão na justiça do trabalhista. Contudo, não havendo impugnação deve-se pagar o crédito trabalhista pleiteado, sendo competência da Justiça do Trabalho apenas quando se firmar dissídio.⁶⁶

Findo o prazo para as declarações de crédito o síndico deve apresentar a relação dos credores que se habilitaram e dos que não o fizeram, sendo aberta vistas ao representante do Ministério Público para que emita parecer. Após os autos serão conclusos para julgamento, mas no caso do juiz considerar que não resta suficientemente esclarecidos as impugnações ou a declaração de crédito não impugnado, proferirá despacho designando audiência de verificação de crédito. Os créditos que restarem esclarecidos, com base na sentença, o síndico elaborará o quadro de credores, conforme art. 96.

Na distinção do processo de declaração de crédito, o juiz deferirá, ou não, as provas indicadas, determinando, de ofício, as que entenderem convenientes, nomeando perito se for o caso. Devendo as partes apresentar os respectivos quesitos no prazo de 3 dias após nomeado o perito.

Desta forma terá início a realização das provas determinadas. Encerrada a colheita das provas, o juiz concederá a palavra ao impugnante, ao impugnado e ao Ministério Público, respectivamente, e em seguida proferirá a sentença, conforme o art. 95 da LF. Sendo que a ausência de algum destes na audiência não impedirá o juiz de proferir sentença.⁶⁷

Rubens Requião baseando-se na doutrina de Miranda Valverde fundamenta que esta decisão produz efeito da coisa julgada, pois como expõe o ilustre prof.: “as decisões do juiz no processo declaratório, que admitem ou não os créditos declarados, têm a autoridade da coisa julgada, eis que não mais suscetíveis de reforma, pelo recurso comum (ordinário)”. Também com fulcro no art. 99 que estabelece um processo simplificado de rescisão de sentença, Rubens

⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 272.

⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 275.

Requião entende que esta sentença constitui a coisa julgada, uma vez que esta sentença só pode ser revista mediante um procedimento especial.⁶⁸

O prazo para interpor o recurso contra tal sentença está previsto no art. 97, §1º, no qual deve-se notar que este começa da data de publicação do quadro geral de credores e não da respectiva sentença.

Encerrada a fase da habilitação dos créditos tem-se início a de classificação dos mesmos, para definir-se quais terão prioridade na ordem de recebimento dos créditos. Esta classificação existe em decorrência do fato de geralmente a sociedade falida não possuir meios suficientes para saldar todo o passivo acumulado, desta forma priorizam-se determinadas naturezas de créditos no recebimento destes recursos, estabelecendo-se, pela lei, a ordem de pagamento de acordo com sua classificação. Desta forma os créditos cuja natureza sejam elencadas com primazia pela Lei terão mais chances de receberem seus créditos.

Segundo os ensinamentos de Rubens Requião os créditos preferências são de duas ordens: os resultantes de direitos reais de garantia e os créditos privilegiados, sendo aqueles os decorrentes de contratos e estes estabelecidos pela lei. Desta forma, temos no direito falimentar que os créditos mais fortes em preferência tem prioridade sobre os mais fracos, chegando-se aos créditos sem preferência, conhecidos como créditos quirografários. No caso dos créditos fundados em direitos reais de garantia são eles pagos pelo produto dos bens que constituem a garantia real.⁶⁹ Cabe aqui lembrar a lição de Fábio Ulhoa Coelho: Se algum credor, convidado ou não deixar de se habilitar, o processo falimentar terá regular seguimento, e o respectivo crédito não será pago, exceto os titulares de garantia real consistente em hipoteca ou penhor industrial, agrícola ou pecuário. Na liquidação se um deles ainda não se habilitou, o síndico é obrigado a intimá-lo para que o faça no prazo de 10 dias, conforme os ditames do art. 125, §4º, da LF.⁷⁰ Se o produto da alienação judicial destes bens for superior ao crédito, satisfeito o credor, o saldo reverte à massa falida, se for inferior, não comportando pagamento integral, satisfeito desta forma, o pagamento prioritário, o

⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 276.

⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 280-281.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 323.

remanescente do crédito a descoberto concorre com os quirografários, a cuja natureza esse saldo pertence.⁷¹

A classificação dos créditos deve seguir a ordem estabelecida pela lei respectiva. O esquema do art. 102 da LF, no entanto, sofreu algumas alterações. Os créditos com privilégios especiais ou gerais previstos no Código Civil, por exemplo, foram ampliados pela evolução do direito e das necessidades da economia nacional. Assim como os créditos trabalhistas que eram classificados em último lugar dos privilégios gerais pela redação original deste artigo, sendo essa modificada pela Lei n.º 3.726/60 que, reconhecendo a natureza alimentar dos salários dos empregados, concedeu prioridade a créditos desta natureza.⁷²

Apesar da ordem preferencial de pagamento dos créditos devidos pela massa falida estar taxativamente elencada no art. 102 da LF, há bastante divergência na doutrina para definir tal ordem. Isto porque devem ser levados em consideração, além do disposto nesta lei, o previsto em leis extrafalimentares, como a trabalhista, a previdenciária e a tributária. O autor Ricardo Negrão cita em sua obra pelo menos quatro classificações distintas dentre os mais respeitados juristas desta área e por fim conclui com uma classificação formulada por ele distinta das demais.

As grandes divergências entre os autores se situam na posição que devem ostentar os credores por acidentes de trabalho e as dívidas da massa⁷³. Outro desacordo se estabelece na possibilidade ou não de se distinguirem os créditos tributários devidos antes da falência daqueles exigíveis durante o curso do processo falimentar.⁷⁴

O que ocorre é que a Lei de Falências em seu art. 102 dispõe a ordem de preferência dos créditos iniciando-se pelos créditos trabalhistas, seguidos por: encargos da massa; créditos com garantias reais; com privilégio especial sobre determinados bens; com privilégio geral e quirografário. Dispõe, ainda, em seu parágrafo primeiro que preferem a todos os outros créditos admitidos à falência aqueles decorrentes de indenização por acidente de trabalho e outros créditos, que por lei especial, gozarem essa prioridade. Concomitantemente, o art. 186 do

⁷¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 281.

⁷² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 281-282.

⁷³ O autor faz uma tabela comparativa entre as classificações formuladas pelos seguintes doutrinadores: o jurista Rubens Requião; o procurador de Justiça Gabriel Nettuzzi Perez, José da Silva Pacheco e Waldo Fazzio Jr.

⁷⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358-359.

Código Tributário Nacional afirma que o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste, ressalvando-se os decorrentes da legislação do trabalho.⁷⁵

Para Rubens Requião a ordem de preferências deve seguir a seguinte forma: por primeiro devem receber aqueles cujo crédito decorrem de indenização por acidentes do trabalho; em segundo plano os créditos dos salários e das indenizações dos empregados; em terceiro os créditos tributários; em quarto créditos parafiscais; em quinto créditos por encargos da massa; em sexto créditos por dívidas da massa; em sétimo créditos com direitos reais de garantia; créditos com privilégio especial sobre determinados bens; em nono créditos com privilégio geral e por último, créditos quirografários.⁷⁶ O referido autor explica que a Lei de Falência distingue entre credores da massa e credores da falência, para disciplinar os pagamentos respectivos. Classificados os créditos, os encargos e as dívidas da massa tinham prioridade no pagamento de todos os créditos, ainda que fossem créditos com garantia real ou com privilégio especial, previsto expressamente no art. 125 da LF, sujeitando-se apenas à prioridade absoluta dos créditos por acidentes de trabalho, seguidos, posteriormente, pelos créditos trabalhistas. Mas o sistema legal das preferências, na Lei Falimentar, foi desbaratado pelas leis extravagantes, de natureza fiscal, que outorgam fortes preferências aos créditos tributários, previdenciários e parafiscais. Tornando, desta forma, sumamente comprometidos estes créditos, pois foram relegados a posições inferiores.⁷⁷

Para este fato também atentou o jurista Fábio Ulhoa Coelho, para o qual a primeira espécie de beneficiário de pagamento, na falência, abrange os credores da massa falida. Justifica que a administração da falência deve ser profissional para que se possa otimizar os resultados da mesma. Assim, a profissionalização pressupõe que o síndico e todos os prestadores de serviços e colaboradores (contador, leiloeiro, advogado e outros) devam ficar satisfeitos com suas remunerações, uma vez que a profissionalização da administração da massa é do interesse da comunidade de credores, pois se os bens da falida forem administrados com competência e diligência todos serão beneficiados.⁷⁸

⁷⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

⁷⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 281-282.

⁷⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 330.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 341.

As despesas com a administração da falência, que são chamadas na lei de encargos e dívidas da massa, pelo disposto no art. 102 e 124 da LF, conjugados com o art. 186 do CTN, deveriam ser pagas somente após as restituições em dinheiro e a integral satisfação do devido aos empregados e ao fisco. A prática demonstra que dificilmente, no processo falimentar, restam muitos valores após a quitação dos créditos trabalhistas e fiscais para quitar os demais créditos, desta forma, para Fábio Ulhoa Coelho, a ordem de pagamentos prevista na legislação não é aceitável na atualidade. Pois, ninguém sujeitar-se-á as funções de síndico sem remuneração adequada, tampouco algum depósito ou seguradora concordaria em contratar com a massa para eventualmente ser pago, eventualmente, após credores trabalhistas e fiscais, se sobrar algum dinheiro. Desta forma, este autor classifica os créditos dos credores da massa como preferenciais, sendo que estes devem receber seus créditos antes que qualquer outro credor, incluindo os de natureza trabalhista e por acidente de trabalho. Esta classificação inicia-se pela remuneração do síndico seguida das despesas de administração dos bens da massa; restituições de provisões do síndico ou credor; custas judiciais do processo de falência; tributos devidos pela massa; acidente de trabalho ocorrido após a falência; custas pagas pelo requerente da falência; obrigações contratuais da massa e obrigações extracontratuais da massa, e segue de acordo com a ordem prevista na lei, começando por acidente de trabalho ocorrido antes da falência, finalizando com o pagamento dos sócios caso reste algum valor após o pagamento dos credores subquirografários.⁷⁹

Já Ricardo Negrão adota outra classificação iniciando-se com os créditos por restituição; seguido por créditos prioritários, os quais o autor subdivide nesta ordem: créditos trabalhistas; créditos tributários; créditos decorrentes de acidente de trabalho; créditos por encargos da massa; créditos por dívidas da massa. Na seqüência viriam os créditos com direito real de garantia; os créditos com privilégio especial sobre determinados bens; créditos com privilégio geral; créditos quirografários; créditos subordinados aos quirografários e devolução ao falido ou rateio entre os sócios.⁸⁰

Os credores com direito de restituição recebem antes que qualquer outro, porque os bens a que se referem seus pedidos não integram o patrimônio do

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 341, 356.

⁸⁰ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 361-362.

falido, mas o deles, credores, que, com seu pedido, apenas pretendem reaver aquilo que detinham por força de contrato ou em decorrência da lei. Ressalte-se, são dessa natureza: os bens adquiridos mediante arrendamento mercantil, reserva de domínio ou alienação fiduciária; os bens que se encontram em poder do falido a título de comodato, depósito ou locação; as mercadorias vendidas a crédito e entregue nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência; os valores correspondentes a adiantamento de contrato de câmbio; os valores descontados dos empregados e não recolhidos ao órgão de previdência, dentre outros.⁸¹

Para este acadêmico parece incorreta a inclusão desta natureza de crédito no quadro geral de credores. Não resta dúvida de que tais bens não pertencem a massa, e que, portanto, devem ser restituídos aos seus legítimos proprietários. Todavia o mecanismo correto para se recuperar estes bens é o pedido de restituição dos mesmos, disposto nos artigos 76 e ss. da LF. Portanto estes bens, que devem ser arrecadados pelo síndico, consoante o art. 70, não formam a massa falida objetiva, pois a essa não pertence. Isto posto, não há que se incluir os credores com direito a restituição do bem no quadro geral de credores.

Outra questão, argüida pelo autor em tela, trata-se da prioridade do recebimento dos créditos fiscais em relação àqueles decorrentes de acidente de trabalho. O autor justifica com base no argumento do procurador de Justiça Gabriel Nettuzi Perez que concluiu pela preferência do crédito tributário em face da derrogação operada pela redação dada ao art. 186 do CTN, Lei n.º 5.176 de 25 de outubro de 1966, em data posterior à preferência então estatuída pelo Decreto-lei n.º 7.036 de 10 de novembro de 1944, que dispunha no seu art. 97 o privilegio dos créditos por acidente de trabalho sobre os demais, uma vez que utilizou o critério cronológico para resolver o conflito entre estas duas leis federais, sendo assim, para este autor, o crédito tributário prefere ao por acidente de trabalho porque o CTN é lei posterior, desta forma, derogou a lei anterior.⁸²

Todavia este art. do CTN faz uma ressalva determinando que os créditos tributários tenham preferência sobre todos os outros exceto os créditos decorrentes da legislação do trabalho. Outrora a competência para julgar acidentes de trabalho pertencia a Justiça Comum, o que ocasionou a divergência quanto ao entendimento da natureza destes créditos. Atualmente transferiu-se tal

⁸¹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 362.

⁸² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 361.

competência para a Justiça do Trabalho, não restando dúvidas quanto a natureza trabalhista destes créditos, e, portanto, têm preferência sobre os de natureza tributária pelo disposto na última parte do caput do art. 186 do CTN, e também possuem preferência sobre os créditos trabalhistas de acordo com o disposto no §1º, do art. 102 da LF. Desta forma os créditos por acidente de trabalho devem anteceder a todos os outros na opinião deste acadêmico de direito.

Note-se, porém que este autor faz uma ressalva em relação aos créditos trabalhistas daqueles que prestaram serviço à massa falida. Desta forma, estes créditos, tais como: honorários do síndico, de peritos, avaliadores, trabalhadores braçais; não devem ser incluídos na categoria de créditos por encargos da massa, os quais seriam recebidos apenas após vários outros créditos, existindo, portanto o risco destes que desempenharam trabalho durante o processo falimentar não receberem qualquer remuneração. Portanto este crédito deve ser equiparado ao dos trabalhadores, e assim anteceder, juntamente com os créditos oriundos de contratos laborais anteriores à decretação da falência, a qualquer outro pagamento que a massa vier a efetuar.⁸³

Feitos estes esclarecimentos, este acadêmico entende a classificação dos credores realizada pelo professor Rubens Requião como a mais correta das apresentadas entre os autores citados, com a inclusão da ressalva feita pelo jurista Ricardo Negrão, de que aqueles que atuaram na administração da falência devem ser equiparados aos créditos de natureza trabalhista, ou seja, terão a preferência dos créditos trabalhistas e não por encargos da massa, conforme prevê o art. 102 da Lei Falimentar. Pois, apesar de concordar, em partes, com as idéias expostas pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, de que a insegurança no recebimento da remuneração daqueles que atuaram e contribuíram na administração da falência é prejudicial ao interesse dos credores e incompatível com a boa administração desta, entende que não há tal previsão na legislação conforme o método apresentado pelo mesmo, portanto, incompatível com ordenamento jurídico. Mesmo também, porque seria contrario ao direito esgotar os escassos recursos da falida apenas com a administração da falência, deixando de se pagar créditos mais importantes e urgentes como os trabalhistas que possuem natureza alimentar. Em suma, este acadêmico entende que aqueles que desempenharam serviço para a massa falida, concomitantemente aos

⁸³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 363-364.

empregados e acidentados anteriores à falência, devem receber preferencialmente aos outros créditos, tendo em vista a natureza alimentar dos vencimentos trabalhistas e o interesse da massa quanto a boa administração da falência, sendo a equiparação daqueles com estes o meio judicial sustentável para garantir-lhes seus créditos, e também porque entende que os créditos trabalhistas devem ter mais garantias do que os decorrentes de relações contratuais ou extracontratuais realizados pela massa.

Acertados em sua classificação os créditos habilitados à concorrer na falência tem-se o quadro geral de credores. Publicado este quadro deve o síndico apresentar o seu relatório. O prazo é de 5 (cinco) dias, contados da publicação do quadro geral de credores, e nesse deverá informar: os atos de administração praticados, justificando-os; o valor do passivo admitido e do ativo arrecadado; as ações de interesse da massa, inclusive os pedidos de restituição e os embargos de terceiro; os atos do devedor ineficazes perante a massa falida.⁸⁴

Habilitados os créditos e classificados formando-se, desta forma, o quadro geral de credores, tem-se início a terceira e última etapa do processo falimentar: a liquidação da massa falida objetiva e o pagamento da massa falida subjetiva, até onde forem suficientes os recursos provenientes da liquidação, respeitando-se a ordem de preferência dos credores de acordo com a classificação dos créditos.

2.7 - Da Liquidação, do Pagamento e do Encerramento da Falência:

O título VIII da Lei de Falência trata da liquidação e compreende a liquidação do ativo (arts. 114 a 123) e o pagamento aos credores da massa (art. 124) e aos credores da falência (art. 125 a 133). Na realização do ativo far-se-á basicamente a conversão dos bens arrecadados em dinheiro e, em seguida, promover-se-á o pagamento dos credores.⁸⁵

Inicia-se a fase de liquidação da falência após a publicação do relatório do síndico e, portanto, após estarem definidos a situação patrimonial da falência, o montante dos créditos concorrentes e mais os encargos e dívidas da massa e o quadro geral de credores. O início se instaura com as primeiras providências para a realização do ativo, isto é, para alienação dos bens arrecadados, visando com o pagamento dos credores a extinção das obrigações do falido e o encerramento do

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 332.

⁸⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 535.

processo de falência. Antes, porém, deve-se atentar para o fato de que a lei concede ao devedor, em certas circunstâncias, a oportunidade de restaurar a sua atividade mercantil, abrindo-lhe a chance de requerer o benefício da concordata suspensiva da falência. Assim, dentro do prazo legal (de cinco dias), a contar do término do prazo para a entrega do relatório do síndico, que ocorre após a publicação do quadro geral de credores, o falido pode requerer a concordata suspensiva, obstando, desta forma, a realização do ativo. Se, todavia, o falido não a requerer, ou se o pedido for indeferido pelo juiz, no prazo das próximas 48h (quarenta e oito horas) o síndico deverá, por duas vezes, publicar aviso no Diário Oficial de que irá iniciar a realização do ativo e o pagamento do passivo, conforme art. 114 da LF.⁸⁶

A comunicação prevista no art. 114 feita pelo síndico, por aviso publicado no órgão oficial, tem a função de dar publicidade a todos os interessados sobre os atos judiciais que marcam a fase condutora do encerramento da falência. Credores retardatários, reivindicantes de bens da massa, sócios solidários, pessoas que litigam fora do Juízo falimentar em outras ações e, ainda, terceiros interessados no acervo da massa poderão, com a publicação do aviso, tomar conhecimento do início da liquidação e providenciar medidas que atendam a seus interesses pessoais.⁸⁷

Desta forma, os autos serão conclusos ao juiz, após avisados os credores e interessados por meio da referida providência do síndico e da juntada destas publicações aos autos, para que seja marcado o prazo dentro do qual deve se efetivar a liquidação. Fixado o prazo, o síndico deverá imediatamente diligenciar a realização do ativo, conforme disposto na lei.⁸⁸

Tendo início a liquidação, os bens arrecadados podem ser vendidos pelo modo ordinário ou extraordinário, segundo o que melhor interessar à massa. No primeiro caso, a venda é feita em leilão ou por propostas, abrindo-se a oportunidade de qualquer interessado concorrer à aquisição dos bens da sociedade falida. Pelo modo extraordinário a alienação opera sem licitação. Assim, qualquer outra forma de venda diferente de leilão ou proposta pode ser implementada se for do interesse da comunidade dos credores.⁸⁹ Para tanto,

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 311.

⁸⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.

⁸⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 311.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336.

deve-se alcançar a deliberação de pelo menos dois terços dos créditos habilitados, sendo que os credores dissidentes, que não desejarem elidir na forma extraordinária de alienação, serão pagos pela maioria, em dinheiro, na base do preço da avaliação dos bens.⁹⁰ A lei cita dois exemplos de venda de bens pelo modo extraordinário: formação de sociedade entre os credores, para a continuação do negócio explorado pela falida, e cessão do ativo (LF, art. 123).⁹¹

As condições de mercado, a natureza do patrimônio arrecadado e o seu valor vão ditar ao síndico a melhor forma de alienação a ser adotada. Deve ele, pois, considerar estes fatores, a fim de obter o melhor resultado na liquidação do ativo. Considerando, pois, todos estes fatores, tem o síndico duas alternativas a sua escolha: a alienação em bloco do patrimônio ou a alienação dos bens singularmente. Esse plano é de exclusiva escolha e responsabilidade do síndico. Nada impede que o síndico, tendo em vista o volume e complexidade do patrimônio do falido, conjugue os dois sistemas, vendendo lotes de bens englobadamente e outros separados, objetivando atrair maior número de licitantes interessados e melhores resultados na alienação.⁹²

Estão excluídos da discricionariedade do síndico os bens onerados por garantia real (hipoteca, penhor ou caução) ou objeto de privilégio especial. Para possibilitar o atendimento aos credores não sujeitos a rateio, os bens devem ser vendidos em leilão separado, conforme dispõe o art. 119, da LF.⁹³ Isto porque não é possível determinar precisamente o valor de certa coisa, para que o produto responda precipuamente pela dívida que garante, quando a venda dos bens opera-se na forma englobada, ou seja, havendo na massa bens hipotecados e fazendo-se a venda de todo ativo junto não há como saber qual foi o valor pago exclusivamente no bem gravado.⁹⁴ Sendo que o credor hipotecário terá preferência sobre o valor arrecadado pelo valor do bem lhe concedido em garantia, até o limite de seus créditos, portanto, é necessário se individualizar o valor realizado com a venda daquele determinado bem.

Quanto as formas ordinárias de liquidação, leilão e proposta, há que se destacar algumas peculiaridades existentes em cada um destes modos. Primeiramente o leilão público. Este deverá ser anunciado com dez dias de

⁹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 321.

⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336.

⁹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 312.

⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336.

⁹⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 312.

antecedência, no caso de estar-se vendendo bens móveis, e com vinte dias quando da venda de imóveis. Deverá ser realizado por leiloeiro de livre escolha do síndico, acompanhado por membro do ministério público⁹⁵, o que é de essência do ato, sendo nulo o leilão com a ausência deste órgão.⁹⁶

A venda será feita para quem oferecer o maior lance, ainda que inferior à avaliação do bem leilado. Ao contrário do que ocorre no processo civil comum (CPC, art. 686, VI), se o maior lance não respeitar o valor mínimo da avaliação, não se realiza nova hasta pública na falência.⁹⁷ Há que se destacar, neste mister, que quando for o caso de liquidação extraordinária, devidamente deliberada em assembléia por dois terços dos créditos habilitados, a lei exige que o ativo seja alienado somente por preço igual ou superior ao da avaliação, respeitando-se, desta forma, o disposto no art. 70, §2º, da LF.⁹⁸ O arrematante deverá pagar no ato um sinal correspondente a pelo menos 20% (vinte por cento) do preço da venda. Se não completar o preço nos 3 (três) dias subseqüentes, perderá o sinal e ficará devedor da diferença entre a sua oferta e a do maior lance dado na segunda convocação do leilão, conforme art. 117, §2º.⁹⁹

Note-se, todavia, a lei impõe a realização de leilão público nos casos de bens gravados por hipoteca ou anticrese e para os que constituem objeto de direito de retenção, segundo rezam os arts. 119 e 120.¹⁰⁰ O art. 119 da Lei Falimentar regulou de forma especial a liquidação dos bens do ativo, gravados com hipoteca. Determinou que os bens gravados sejam levados à praça na conformidade da lei processual civil, notificando o credor por despacho do juiz, sem prejuízo do disposto nos arts. 821 e 822 do Código Civil,¹⁰¹ que correspondem, atualmente, respectivamente ao art. 1483 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002, destarte, tais credores possuem o direito de adjudicação do bem. Deve-se atentar, ainda, para o direito de remição dos bens por estes credores, previsto na legislação, operar-se-á com a anuência do síndico, caso este entender conveniente para a massa, em contrário notificará o credor para que faça a entrega da coisa.¹⁰² Essa regra, entretanto, não é absoluta, porque,

⁹⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 540.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336.

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 321.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 336-337.

¹⁰⁰ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 540.

¹⁰¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 322-323.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa, Código Comercial e Legislação Complementar Anotados, p. 194.

havendo credores com superior preferência, o valor arrecadado com os bens destinados a estas garantias deverão primeiramente pagar os créditos destes.¹⁰³

Já a alienação pública por meio de propostas é facultada ao síndico pela Lei quando este achar desaconselhável o leilão público, dadas as circunstâncias de cada caso.¹⁰⁴ Este meio de alienação tem sido a mais comum nas lides falimentares, dada a simplicidade de sua realização e o baixo custo. Suas regras estão previstas no art. 118 da Lei Falimentar.¹⁰⁵

A venda por propostas deve ser amplamente divulgada por publicações no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, durante o prazo de 30 dias intervaladamente. Os interessados apresentarão ao escrivão suas propostas em envelopes lacrados, que serão abertos pelo juiz em dia e hora previamente designados e constantes das publicações relativas à venda. Sobre as propostas manifestar-se-ão, em 24 horas, o síndico e, em 3 (três) dias, o representante legal da sociedade falida e o membro do Ministério Público. Em seguida, o juiz decidirá, determinando, em caso de autorizar a venda, a expedição do competente alvará.¹⁰⁶

Observe-se, ainda, que apesar de competir discricionariamente ao síndico decidir as alternativas da lei para a alienação judicial pelo modo ordinário, leilão ou proposta, e definir se os bens serão vendidos englobada ou separadamente, a coletividade dos credores podem alterar a opção adotada pelo seu representante, deliberando que a realização do ativo será feita diferentemente. Para isso, entretanto, é necessário que credores representantes de mais de 25% (vinte e cinco por cento) do passivo admitido requeiram ao juiz a convocação de uma assembléia.¹⁰⁷ Se o síndico havia iniciado a liquidação, serão respeitados os atos já praticados, mas o prosseguimento da liquidação fica susgado, bem como o decurso de prazos, até a deliberação final da assembléia.¹⁰⁸

A realização do ativo não compreende apenas a venda dos bens arrecadados. Também a cobrança, amigável ou judicial, dos créditos titularizados pela sociedade falida deverá ser providenciada pelo síndico. Note-se que ele não precisa aguardar a liquidação para dar início a cobrança dos devedores. Pelo

¹⁰³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 540.

¹⁰⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 318.

¹⁰⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 541.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 337.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 337.

¹⁰⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 319.

contrário, assim que for exigível o título o síndico deve diligenciar o seu recebimento. A liquidação é, pois, o momento processual para se ultimarem as providências destinadas à realização do ativo exigível. Nela, o síndico deve dar por exauridas as tentativas de recebimento amigável e contratar advogado para o ajuizamento das ações e execuções ainda não propostas.¹⁰⁹

Restando efetuada a fase de liquidação da massa falida, o dinheiro resultante da realização do ativo, venda dos bens da falida e cobrança dos devedores, deverá ser depositado pelo síndico, em 24 horas, em agência do Banco do Brasil ou da Caixa Econômica Federal ou em banco de notória idoneidade designado pelo juiz, quando inexistir agência de uma daquelas instituições. Não existindo qualquer agência bancária, o dinheiro ficará depositado em mãos do síndico, segundo art. 209. As quantias assim depositadas não podem ser movimentadas senão por meio de cheques nominativos, em que se fará referência ao fim a que se destina a retirada, e deverão ser assinados pelo síndico e rubricados pelo juiz, nos ditames do art. 209, parágrafo único, da Lei de Falência. Com o dinheiro em caixa, o síndico pode começar a fazer os pagamentos respeitando a ordem de preferência prevista na lei.¹¹⁰

Nos trinta dias seguintes ao término da liquidação, isto é, do último pagamento, o síndico deve apresentar a sua prestação de contas, vide art. 69 e parágrafos. Durante o prazo de 10 dias qualquer interessado, o sócio da sociedade falida ou o credor insatisfeito, poderão impugná-la apontando alguma irregularidade ou apropriação. Em seguida far-se-ão vistas dos autos da prestação de contas ao Ministério Público, independentemente de terem sido apresentadas impugnações. O juiz, então, sentencia acatando ou rejeitando as contas do síndico. Aprovadas as contas, nos vinte dias seguintes ao trânsito em julgado da sentença respectiva, o síndico deve apresentar o seu relatório final, conforme art. 131.¹¹¹

Este relatório, que refletirá o processamento da falência, indicará o valor do ativo e o produto de sua realização, o valor do passivo e dos pagamentos feitos aos credores, e demonstrará as responsabilidades com que continuará o falido, declarando cada uma delas. Esta última declaração é importante, pois consoante admite o art. 33, se os credores não forem integralmente pagos, encerrada a

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 339.

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, p.340.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 357.

falência, permanece o direito de executar os devedores, falido e sócios solidários, pelos saldos de seus créditos, segundo reza o art. 133.¹¹²

Em seguida a apresentação do relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença, que será publicada por duas vezes em edital, em jornal oficial, cabendo aos interessados interpor recurso de apelação, no prazo de 15 dias.¹¹³

3 - Procedimentos da Concordata Conforme o Decreto-lei nº 7.661/45:

A concordata, nos tempos modernos, afasta a necessidade de concordância dos credores, apesar de na sua origem ter surgido como forma de ajuste com os credores. É uma obrigação legal imposta a todos os credores, concedendo ao devedor a moratória no pagamento destes.¹¹⁴

No entanto, o Código Comercial de 1850 filiou-se, sob o império das doutrinas individualistas então dominantes, à teoria contratualista. Os credores é que concediam ou recusavam a concordata, como resultava do texto do art. 847, que dispunha: "Para ser válida a concordata, exige-se que seja concedida por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e dois terços de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata". Tratava-se, exclusivamente, da concordata suspensiva. Este sistema, da preponderância da vontade dos credores, perdurou nas alterações legislativas posteriores, até o Decreto n.º 5.647, de 9 de dezembro de 1929, que modificou o Decreto n.º 2.024, de 1908. Aquele diploma legal previa no seu art. 103 que, depois da verificação dos créditos, o falido poderia propor concordata aos seus credores. A concordata seria aceita, ou não, pela maioria deles, segundo art. 106. O mesmo ocorria para a concordata preventiva, instituída no ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 2.204/08, desde a sua criação. Com a revogação deste pelo Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, cessou o império da teoria contratualista, como fundamento da concordata.¹¹⁵

Passou a imperar, então, a teoria processualística, conforme a lição de Miranda Valverde: "A configuração nitidamente processual que a lei vigente imprimiu ao instituto da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência,

¹¹² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 335.

¹¹³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

¹¹⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 566.

¹¹⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15-16.

não permite mais se duvide de sua característica – um favor que o Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé”.¹¹⁶ Pois a concordata deixa de ser uma concessão dos credores e torna-se uma concessão do juiz, por meio de sentença, ao comerciante honesto, porém infeliz em seus negócios.¹¹⁷

Este instituto do direito falimentar difere visceralmente da falência porque não submete o devedor às restrições em sua liberdade, nem lhe tira a administração de seus bens. Obtendo a concordata, o empresário comercial continua praticando seus negócios, dirigindo a empresa sob a fiscalização de um comissário nomeado pelo juiz.¹¹⁸ Todavia, a lei condiciona a eficácia de determinados atos jurídicos à observância de alguns pressupostos, previstos nos arts. 149 e 167 da LF. Assim, para alienar ou onerar bens imóveis, é necessária a autorização judicial, a qual dependerá da prova de quitação da dívida ativa ou da concordância da Fazenda Pública, segundo dispõe a Lei n.º 6.830/80 em seu art. 31. Também para a venda de estabelecimento empresarial a concordatária depende do consentimento expresso de todos os credores admitidos à concordata.¹¹⁹

Trata-se, portanto, de um favor legal consistente na remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações devidas pela sociedade empresária. Somente o empresário que exerce atividade econômica definida como mercantil, pelo direito, tem acesso a ele. Mesmo assim, para obter a remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações, ela deve preencher determinados requisitos legais, que são sintetizados pela noção de boa-fé. Todavia, no âmbito do direito falimentar, boa-fé não significa nenhuma perquirição das intenções ou honestidade dos representantes legais e administradores da sociedade empresária, portanto, não se trata de uma apreciação subjetiva. Mas pelo contrário, uma avaliação objetiva fundada em documentos. Considera-se de boa-fé, para fins de abrir o acesso à concordata, a sociedade empresária que preenche certos requisitos da lei, todos documentalmente comprováveis. Desse modo, mesmo sendo condenáveis sob o ponto de vista moral os comportamentos dos representantes legais e administradores da sociedade devedora, ela é

¹¹⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência, v. 3. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1955, n.º 1.061.

¹¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

¹¹⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 362.

considerada honesta, para fins de concessão da concordata, se atender aos requisitos legais.¹²⁰

São, portanto, as condições gerais para obter a concessão da concordata: regularidade no exercício do comércio, ou seja, sociedade empresária, para ter direito à concordata, deve ter os seus atos constitutivos registrados no registro de empresas (Junta Comercial) e os seus livros devidamente autenticados, nos termos do art. 140, inciso I, da LF de 1945; não ter título vencido há mais de 30 dias, em decorrência dos mandamentos do pedido de autofalência, ou ter a sua falência requerida neste prazo, conforme art. 140, II; não ter impetrado concordata nos 5 anos anteriores, art. 140, IV; estar quite com o fisco e a Seguridade Social, segundo rezam os arts. 191 do CTN e art. 95, §2º, alínea e, da Lei n.º 8.212/91, respectivamente.¹²¹

No direito falimentar normatizado pelo Decreto-lei n.º 7.661/45 há duas espécies de concordata: a que suspende a falência - concordata suspensiva – e a que previne o estado falimentar – concordata preventiva. Sendo que aquela é incidental ao processo de quebra.¹²² Para Rubens Requião, do ponto de vista legal, estas são as únicas espécies de concordata, defende, porém, que na teoria existem outras modalidades, classificando-as em: concordata amigável ou extrajudicial e concordata contenciosa ou judicial.¹²³

A concordata amigável, como seu próprio enunciado esclarece, se processa fora do âmbito judicial, de modo a prescindir da prestação jurisdicional. O devedor e os credores compõem-se amigavelmente, concedendo-se dilação do prazo ao devedor para que pague aos credores, verificando-se ou não abatimento da dívida. Todavia a lei condena definitivamente a concordata amigável quando, na alínea III do art. 2º, considera caracterizada também a falência se o comerciante convoca os credores e lhes propõe dilação, remição de créditos ou cessão de bens. Assim, para ter lugar essa espécie de concordata extrajudicial, seria necessário que os credores, em sua unanimidade, se compusessem com o devedor, concedendo-lhe dilação de prazo ou abatimento da dívida, ou ambas as vantagens. A concordata judicial, por sua vez, é proposta perante o magistrado, e à qual podem se opor os credores, assumindo as formas de concordata

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 359.

¹²¹ COELHO, Fábio Ulhoa, p. 365.

¹²² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 570.

¹²³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6.

preventiva ou de suspensiva. A preventiva visa prevenir a falência do devedor, sendo requerida ao juiz antes de declarada a falência, todavia se o pedido for negado o juiz deverá, *ex officio*, declarar a falência daquele. A suspensiva tem por fim suspender a falência, surgindo, desta forma, após a decretação da falência. Seu escopo é o de evitar a liquidação da empresa e devolver ao falido a administração de determinada atividade empresarial. Ambas podem assumir diferentes modalidades: concordata moratória ou dilatória, concordata remissória e concordata mista, que opera concomitantemente as duas formas anteriores. A primeira visa à prorrogação de prazo do pagamento dos credores, a segunda pretende um abatimento parcial do *quantum* dos créditos e a última conjuga os dois efeitos, perquirindo tanto a dilação do prazo como o abatimento no valor da dívida.¹²⁴

Visto as formas de concordatas admitidas pelo direito pátrio e analisadas suas condições gerais de admissibilidade, devem-se, agora, serem estudados as condições específicas de cada modalidade e as peculiaridades de seus procedimentos.

3.1 – Procedimentos da Concordata Preventiva:

Ao impetrar a concordata preventiva, a sociedade devedora deve oferecer, na petição inicial, sua proposta de pagamento aos credores sujeitos. A opção apresentada deve atender aos dividendos mínimos fixados por lei, correspondentes a prazos variados para cumprimento da obrigação, nos termos do §1º do art. 156.¹²⁵

Para gozar dos favores da concordata preventiva, a sociedade empresária, além de atender aos requisitos gerais para qualquer concordata, deverá preencher os específicos da modalidade, os quais: ter os atos constitutivos registrados na Junta Comercial há mais de dois anos na data da impetração (art. 158, I); possuir ativo superior à metade do passivo (art. 158, II), não se devendo considerar, para fins de ativo, os bens onerados, senão pelo valor que exceder ao crédito garantido; não ter títulos protestados por falta de pagamento (art. 158, IV). Todavia, diante de alguma irregularidade, ou mais, os credores se vêem numa situação paradoxal, pois apesar de terem fundamentos para embargar o pleito da

¹²⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6-7.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 366.

devedora não o fazem, porque o acolhimento dos embargos importaria necessariamente a falência, hipótese pouco interessante aos mesmos. O judiciário também não tem sido rigoroso na aferição destes requisitos, face a preocupação quanto a manutenção da atividade da empresa. Na prática, basta que a sociedade empresária esteja regularmente estabelecida há mais de dois anos, provando-o pelo registro na Junta Comercial de seu contrato social ou estatutos, para receber o benefício.¹²⁶

Podem-se distinguir quatro principais fases procedimentais da concordata preventiva: uma fase inicial, de processamento do pedido; uma segunda fase, de verificação e acertamento dos créditos; uma terceira, de embargos e concessão; e uma fase final, de cumprimento.¹²⁷

3.1.1 – Do Pedido da Concordata Preventiva:

O pedido da concordata preventiva deve enunciar as razões que levam a petionária a socorrer-se da medida judicial, explicando minuciosamente seu estado econômico, conforme preceitua o art. 159 da LF. Deve, ainda, ser formulado perante o juiz competente para o processamento da falência, isto é, o juiz do local em que se encontra o principal estabelecimento do devedor. Com essa petição o devedor deverá apresentar os documentos e livros previstos nos arts. 140, 158 e 159 da Lei Falimentar.¹²⁸ Estabelece, ainda, o art. 3º do Decreto-lei n. 858/69 que a distribuição do pedido de concordata preventiva depende da comprovação, pelo requerente, de inexistência de execução fiscal contra ele. Contudo, essa prova, que pode ser juntada aos autos após a impetração da petição inicial, não tem sido exigida, com vistas a possibilitar a reorganização da empresa. Outra prova necessária que também pode ser apresentada aos autos posteriormente é a de inexistência de títulos protestados, que será, inclusive, matéria de discussão em embargos de credor. Importa, também, destacar que a Lei de Falências não admite o aditamento da petição inicial da concordata preventiva, mas o Judiciário flexibiliza o rigor da lei, em atenção aos diversos interesses que gravitam em torno da continuidade da atividade econômica explorada pela impetrante. Desse modo, quando a petição inicial não está

¹²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p 367-368.

¹²⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 573.

¹²⁸ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 574.

adequadamente instruída, o juiz costuma conceder a oportunidade de aditamento, nos termos do art. 284 do CPC.¹²⁹

Conclusos os autos, o juiz deverá apreciar a petição verificando se o requerente procedeu à instrução obrigatória referida em lei. Em caso positivo, cabe-lhe proferir despacho: mandando processar o pedido; determinar a expedição de edital para conhecimento dos interessados; fixar prazo para habilitação dos credores, seguindo os critérios determinados pelo art. 80; e nomear comissário.¹³⁰ Sendo que, este último é figura exclusiva da concordata preventiva. Suas funções, previstas em lei, resumem-se em apenas auxiliar do juiz na fiscalização da concordata.¹³¹ Neste sentido também ensina Waldemar Ferreira: “o comissário é fiscal da concordata, caracterizando-se como auxiliar do juiz, tanto que sua missão é a de examinar e informar o juiz sobre o pedido do devedor, de molde a evitar que se frustrem os fins da lei e que consiga o benefício por ela outorgado o que dele for indigno”.¹³² A sua nomeação, substituição e destituição seguem as mesmas regras previstas para o síndico, mas o comissário não exerce funções semelhantes a este. Pois, enquanto o síndico representa a comunhão dos interesses dos credores da falida, o comissário simplesmente auxilia o juiz a fiscalizar o andamento da concordata. Não podendo, desta forma, interferir nos negócios da concordatária, para imprimir-lhe esta ou aquela direção, muito menos administrá-la. Se algum ato praticado pelos representantes legais ou pelos administradores da sociedade devedora parecer ao comissário ilegal, suspeito ou pro qualquer razão despropositado, caberá a ele, tão somente, levar a ocorrência ao conhecimento do juiz.

Ao comissário cabe remuneração, arbitrada pelo juiz em atenção à sua diligência, ao trabalho e à responsabilidade da função e ao valor da concordata, mas, de qualquer forma, por força do disposto no art. 170, esta remuneração estará limitada a um terço dos da do síndico. Não podendo se olvidar que transformada a concordata em falência o comissário deverá ser nomeado síndico e, assim, não poderá acumular os vencimentos, tendo direito apenas à remuneração pelo desempenho da segunda função.¹³³

¹²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 370-372, 374.

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 371.

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 378.

¹³² FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial, v. 15. Saraiva: São Paulo, 1961, p. 315.

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 378-379.

Ressalte-se, porém, que este despacho inicial não concede por si só a concordata, mas acolhe a pretensão do requerente no sentido de dar prosseguimento ao feito. No entanto, este despacho de processamento obsta os pedidos de falência ou as execuções propostas por credor quirografário. Todavia, produz outro efeito, o da antecipação do vencimento das obrigações do passivo quirografário, o que não se traduz na pronta exigibilidade dos valores, pois estes serão pagos no prazo escolhido pela impetrante, conforme dispõe os arts. 161, §1º, I a III e V, e art. 163, caput.¹³⁴

3.1.2 – Habilitação do Créditos na Concordata:

Um dos requisitos formais da petição inicial consiste numa relação nominativa de todos os credores, sujeitos ou não aos efeitos da concordata. Desta forma, estão dispensados de habilitação os credores contemplados na relação já apresentada pelo devedor, podendo, entretanto, impugnar o valor do crédito a si atribuído, dentro do prazo fixado no despacho de processamento. Contudo devem habilitar seus créditos na concordata aqueles que não o tiveram incluído na relação do impetrante. Assim, estando correta a relação de credores, ou já julgadas as impugnações propostas, deverá o juiz homologar o quadro geral de credores.¹³⁵

Após a publicação do quadro geral, o comissário deve entregar, em 5 dias, o seu relatório, no qual deve conter: o exame do estado econômico da sociedade devedora; as razões informadas no pedido; a equação patrimonial exigida para a concordata; atestado próprio da efetivação das garantias eventualmente dadas e avalia a probabilidade de cumprimento dos pagamentos nos termos oferecidos. Deve, ainda, constar neste relatório o relato dos procedimentos dos representantes legais e administradores da sociedade concordatária, anteriores e posteriores à impetração, e indicar atos revogáveis em caso falência ou que possam caracterizar crime falimentar. Na seqüência, se o escrivão verificar juntada aos autos a prova de inexistência de tributos em atraso, deverá proceder com a publicação de aviso para eventuais embargos pelos credores admitidos.¹³⁶

¹³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 372.

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 372-373.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 373-374.

3.1.3 – Dos Embargos na Concordata:

O art. 143, e incisos, da Lei Falimentar apresenta quatro fundamentos que propiciam os embargos à concordata, cujos elementos demonstrativos podem ser encontrados no exame pericial e no relatório do comissário, os quais são: sacrifício dos credores maior do que a liquidação na falência; impossibilidade evidente de ser cumprida a concordata, atendendo-se, aqui e na hipótese anterior, entre outros elementos, à proporção entre o valor do ativo e a percentagem oferecida; inexatidão do relatório, laudo ou informação do comissário que facilite a concessão da concordata; qualquer ato de fraude ou de má-fé que influa na formação da concordata, constituindo-se fundamento para os embargos a ocorrência de fato que caracterize crime falimentar.¹³⁷

No primeiro caso é possível que a proposta de dividendo apresentada pelo devedor em seu pedido inicial, variando de acordo com o prazo para o vencimento (art. 156, § 1º, I e II), seja inferior ao que os credores obteriam em eventual liquidação do ativo da falência. Tendo o devedor, por exemplo, oferecido 60% para pagamento em uma parcela, no prazo de seis meses, e constatando-se que a avaliação do ativo verificada no laudo pericial permite o pagamento de 80% dos créditos, poderão os credores quirografários embargar o pedido de concordata, alegando imposição de sacrifício maior do que adviria da liquidação do ativo na falência. Portanto, é importante que o laudo pericial faça previsão das despesas processuais, assim como deve separar os bens gravados para pagamento dos credores privilegiados, expondo claramente a real disponibilidade para atendimento aos quirografários incluídos no quadro geral de credores e sujeitos aos efeitos da concordata.¹³⁸ Pois, conforme observa Miranda Valverde, a diferença entre o montante oferecido e a possibilidade efetiva de pagamento deve ser bem analisada pelo magistrado, porque a margem impugnada pode servir para atender às despesas com o processo e os imprevistos da liquidação do ativo.¹³⁹

¹³⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 635.

¹³⁸ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 636.

¹³⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência, v. 2. 4º ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 251.

O segundo fundamento firma-se a partir dos mesmos parâmetros do anterior. É a proporção entre o valor do ativo e a percentagem oferecida que permitirá concluir pela inviabilidade do pedido apresentado pelo devedor. Enquanto no primeiro caso o ativo é muito superior ao que foi oferecido, tornando a liquidação falimentar menos onerosa aos credores, nesta hipótese ocorre o inverso, ou seja, o dividendo oferecido é muito superior ao valor dos bens que o deveriam suportar, demonstrando-se inviável o cumprimento da concordata.¹⁴⁰

Em relação ao instituto da concordata, que se trata de um favor legal em benefício do devedor, há que se destacar o pensamento do professor Ricardo Negrão que conclui que deve haver um equilíbrio entre a parcela oferecida na inicial e a realidade contábil, cabendo ao devedor encontrar a medida certa que não imponha sacrifício exagerado aos credores, o que tornaria, para estes, mais atraente a liquidação em execução coletiva, e que não ultrapasse as forças do conjunto de bens que se encontre disponível para atendimento aos credores sujeitos à concordata. Todavia, o mais importante discernimento cabe ao juiz, para que este avalie se o pedido não é apenas um meio de adiar o irreversível decreto falimentar ou, ainda, um instrumento para enriquecimento ilícito do concordatário, que dessa via processual se utiliza para impor aos credores um desconto exagerado ou indevido sobre a dívida quirografária.¹⁴¹

O terceiro fundamento pressupõe a existência de conluio entre devedor, perito e comissário, os quais, por meio de declarações ou informações falsas, pretendem constranger os credores, o Ministério Público e o magistrado a concluírem pela concessão da concordata.¹⁴² Fato ao qual, segundo Miranda Valverde, cabe punição nos termos do art. 189, IV, da Lei Falimentar, note-se, porém, que este dispositivo faz referência apenas a figura do síndico.¹⁴³

O último fundamento aos embargos indica qualquer fraude ou má-fé que influa no favor legal, como qualquer ato que caracterize crime falimentar. Assim, se ficar constatado que, na tentativa de obter a concordata, o credor praticar

¹⁴⁰ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 637.

¹⁴¹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 637.

¹⁴² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 637-638.

¹⁴³ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência, v. 2. 4º ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 252.

algum dos atos previstos no art. 188 e incisos, a concordata deverá ser denegado indubitavelmente.¹⁴⁴

Opostos embargos, sob algum dos fundamentos expostos, será concedido ao devedor o prazo de quarenta e oito horas para contestar as afirmações dos credores embargantes, podendo indicar as provas que tiver, as quais serão submetidas à apreciação do magistrado, que após ouvir o comissário e o Ministério Público deferirá ou não, devendo designar, desta forma, audiência de julgamento dentro de dez dias, segundo pressuposto legal existente no art. 145 da LF.¹⁴⁵

3.1.4 – Da Concessão da Concordata:

Por fim, após o processamento dos embargos, se opostos, ou da decorrência do prazo de 5 dias seguintes à publicação do aviso, concede-se vistas ao Ministério Público que remeterá, após parecer, os autos para a origem. O juiz, de posse dos autos com o parecer do Ministério Público, então profere uma sentença, concessiva ou denegatória, decidindo o processo da concordata.¹⁴⁶ Da sentença que conceder ou não a concordata preventiva cabe agravo de instrumento, nos termos do art. 146 da Lei Falimentar. O prazo para interposição do recurso é o previsto no art. 522 do Código de Processo Civil, ou seja, prazo de 10 dias. Sendo partes legítimas para promovê-lo os credores embargantes, o comissário, o Ministério Público e, em caso de não concessão, o devedor.¹⁴⁷ Lembrando que o juiz deverá decretar a falência caso denegue a concessão da concordata, conforme o art. 176 da LF, ou após de concedida a concordata, caso verificar-se fato que comprometa o seu seguimento, nos termos do art. 150.¹⁴⁸ Este enunciado normativo dispõe sobre os fundamentos da ação de rescisão da concordata. Esta ação é instrumento de oposição que garante o regular cumprimento da concordata, pois se a devedora incorrer em alguns destes fundamentos, sejam: não pagamento das prestações nas épocas devidas ou inadimplemento de qualquer outra obrigação assumida pela concordatária; pagamento antecipado feito a uns credores, com prejuízo de outros; abandono do

¹⁴⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 638.

¹⁴⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 638.

¹⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 375.

¹⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 641.

¹⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 376.

estabelecimento empresarial; venda de bens do ativo a preço vil; negligência ou inação da concordatária na exploração da empresa; e condenação, por crime falimentar, de diretores, administradores ou liquidantes da sociedade concordatária; caberá o pedido de rescisão do benefício. Proposta esta ação, o juiz deve determinar a intimação da concordatária para contestá-la, no prazo de 24 horas, proferindo sentença na seqüência. Em caso de deferimento do pedido, na concordata preventiva, deve o juiz decretar a falência, se concordata suspensiva, a reabertura desta com a publicação do aviso de início da liquidação. Observando-se que se o fundamento utilizado for o não pagamento ou descumprimento de obrigação, o pedido pode ser elidido.¹⁴⁹

Neste mister cabe salientar que, com o advento da Lei n.º 4.983, de 18 de maio de 1966, modificou-se o sistema de contagem de prazo para o cumprimento da concordata preventiva, que anteriormente se iniciava da data da sentença que instaurava a concordata. Esta prática gerou muito conflito, pois os devedores usavam de expedientes protelatórios para retardar ao máximo a prolação desta sentença, concomitantemente a morosidade da justiça tal dispositivo teve necessidade de reforma. Assim, o art. 175, da lei supra, inseriu o seguinte mandamento: “O prazo para cumprimento da concordata inicia-se na data do pedido do ingresso em juízo”, ou seja, o prazo para pagamento, escolhido pelo credor entre as outras formas de pagamento que não o pagamento à vista, deve ser contado a partir da data do ingresso em juízo do pedido, e não mais da sentença.¹⁵⁰

O enunciado desta lei foi alterado pela Lei n.º 7.274, de 10 de dezembro de 1984, determinando que “o prazo para o cumprimento da concordata inicia-se na data do ingresso do pedido em juízo”. Isto porque a redação anterior dava margem de interpretação para que o prazo tivesse a contagem iniciada a partir do despacho de processamento da concordata, e não da data ajuizamento da petição inicial. Esta lei, também, passou a exigir taxativamente que o devedor, sob pena de decretação da falência, deverá depositar em dinheiro as quantias que vencerem, no mesmo dia do vencimento no caso de serem pagamentos à prazo, antes da sentença da concordata, e nos 30 (trinta) dias seguintes à data do ingresso do pedido em juízo, se a concordata for à vista, conforme determinação do art. 175, §1º, inciso I, note-se ainda que tais créditos

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 383-384.

¹⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 127.

independem de quadro geral de credores, de acordo com o art. 175, §1º, II, desta forma, cabe ao concordatário o depósito com base na lista nominativa de créditos, a qual deve compor a petição inicial por força dos preceitos do art. 159.¹⁵¹

3.1.5 – Do Cumprimento da Concordata:

Pagos todos os credores e cumprida as outras obrigações porventura assumidas pelo concordatário, relativas à concordata, deve requerer ao juiz que seja a mesma julgada cumprida, instruindo seu requerimento com as respectivas provas de quitação (art. 155). O preceito se refere apenas a credores quirografários. Os demais credores não sujeitos à concordata, como os credores privilegiados e preferenciais, continuam a existir e realizarão seus direitos segundo o contrato e os preceitos legais que lhe forem específicos. Após o recebimento do pedido de declaração de cumprimento da concordata, o juiz deverá, por meio de edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, torná-lo público, marcando o prazo de dez dias para a reclamação dos interessados, que podem impugnar o pedido. Note-se que qualquer credor quirografário pode opor-se a esta declaração, mesmo que não esteja habilitado, contanto que sujeito aos efeitos da concordata.¹⁵²

Findo o prazo da reclamação, ouvidos o devedor, se alguma oposição tiver sido formulada, e o representante do Ministério Público, o juiz julgará cumprida ou não a concordata. Desta sentença, de natureza declaratória, podem apelar apenas os interessados que hajam reclamado, e entre estes o representante do Ministério público. O concordatário terá agravo de instrumento contra a sentença que julgar não cumprida a concordata. O juiz deverá declarar a extinção das responsabilidades do devedor, caso entenda cumprida a concordata, publicando tal decisão em edital, de acordo com o preceito do § 4º do art. 155 da LF.¹⁵³ Destaque-se, porém, a lição de Miranda Valverde, o qual explica que o disposto na referida norma declarará extintas as obrigações do devedor sujeitas aos efeitos da concordata, correspondentes aos créditos dos credores admitidos ao passivo, pois só quanto a estes é que o concordatário deverá provar o seu

¹⁵¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 128, 132.

¹⁵² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65-66.

¹⁵³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66-67.

pagamento.¹⁵⁴ Julgada cumprida a concordata, ficam liberadas as garantias, reais ou pessoais, que asseguravam o seu cumprimento.¹⁵⁵

Restando terminadas as explicitações pertinentes ao processo da concordata preventiva e seus respectivos procedimentos, iniciando-se com o ajuizamento da petição inicial que requer a concessão da concordata e finalizando-se com a sentença declaratória de cumprimento da concordata, a matéria merece, no entanto, maiores explicações acerca dos efeitos dos contratos da empresa durante o processo da concordata.

3.2 – Dos Efeitos dos Contratos na Concordata:

A concordata, ao contrário do que ocorre no processo da falência se conveniente ao síndico, não revoga os contratos bilaterais da sociedade empresária (art. 165). Porém a concordata rescinde os contratos da concordatária se havia sido pactuada cláusula resolutiva com esta previsão.¹⁵⁶ Os contratos devem prosseguir, pois há a necessidade de sua continuação, a fim de que o concordatário prossiga nos propósitos comerciais de sua atividade, que não fica suspensa. Todavia, conforme dispõe os arts. 476 e 477 do Código Civil, nenhum dos contratantes do contrato bilateral pode exigir do outro que cumpra a obrigação anteriormente ao próprio tê-la feito; assim como, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incube fazer em primeiro lugar, recusar-se a fazê-lo até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia para cumprir sua obrigação. Nestes casos, num contrato de compra e venda, por exemplo, sendo o comprador concordatário o outro contratante pode exigir garantias pela entrega do produto. Se negativa a resposta do concordatário pode a outra parte denunciar o contrato.¹⁵⁷

Os contratos de conta corrente devem ser encerrados na data do despacho que mandar processar a concordata, apurando-se o saldo, que, sendo devedor pela impetrante, será pago de acordo com o dividendo oferecido. A lei, porém,

¹⁵⁴ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência, v. 3. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1955, nº 937.

¹⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 67.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 377.

¹⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 94-95.

possibilita a continuação do movimento do contrato, se útil ao cumprimento da concordata, mediante autorização do juiz, ouvido o comissário.¹⁵⁸ O encerramento da conta corrente é medida imprescindível para se verificar o saldo. Somente com o balanceamento das remessas e retiradas é que se pode verificar o saldo, para o credor habilitá-lo na concordata do devedor do devedor-concordatário, como quirografário. Se a conta corrente, contudo, for garantida com caução de títulos, hipoteca, penhor ou qualquer outra garantia real, não estará sujeita a concordata e, portanto, não será encerrada.¹⁵⁹

O contrato de trabalho, por sua vez, não é atingido pela concordata, por expressa disposição trabalhista (CLT, art. 449, caput).¹⁶⁰ Mesmo porque, os créditos provenientes destes contratos são privilegiados e, portanto, não estão sujeitos aos efeitos da concordata. Note-se, ainda, que a ruína do devedor comerciante é um fato perfeitamente concebível e, até mesmo, previsível, pois todo o comércio está sujeito a prejuízos e riscos. Desta forma, o comerciante não pode alegar o disposto nos art. 501 e 502 da CLT para rescindir os contratos de trabalho na concordata.¹⁶¹

Neste mister, ainda, cabe analisar as restituições. As mesmas hipóteses e fundamentos das ações de restituições na falência são aplicáveis à concordata preventiva. A Lei Falimentar em seu art. 166, ressalvando as relações jurídicas decorrentes de contrato com o devedor, manda aplicar o art. 76 aos pedidos de restituição ocorridos durante o evento concordatício. Ao contrário do que ocorre na falência, na qual pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de contrato, na concordata, estando o devedor em dia com suas obrigações, a restituição não é possível, devido a ressalva quanto ao seguimento dos contratos da concordatária que a lei impõe. Pois, na concordata a atividade prossegue normalmente sob a administração do próprio devedor, e nenhum prejuízo há em se manterem os equipamentos e bens de terceiros em seu poder porque não haverá liquidação. Desta forma, apenas duas espécies de restituição operam-se na concordata: à mercadoria vendida a prazo pelo credor e entregue nos quinze dias anteriores à data do requerimento de concordata preventiva; e ao valor adiantado em contrato de câmbio.¹⁶²

¹⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 377.

¹⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 96.

¹⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 377.

¹⁶¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 96-97.

¹⁶² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 625.

Quanto ao prazo para o pedido de restituição, entende Miranda Valverde que a reclamação restitutória pode ser realizada até a sentença que conceder a concordata, já que ela encerra o respectivo processo.¹⁶³ Porém para o jurista Ricardo Negrão, o credor restituinte poderá pleitear o seu direito no prazo compreendido entre o despacho que manda processar a concordata e a sentença de cumprimento da concordata, porque entende que a sentença que concede a concordata apenas dá início a mesma, terminando com a sentença de cumprimento. Portanto, o credor teria todo o processo de concordata, até seu encerramento efetivo, para propor o pedido de restituição.¹⁶⁴

A ação de restituição decorrente de venda de coisas a prazo cabe ao credor que vendeu mercadoria à concordatária dentro do prazo de quinze dias que antecede ao ajuizamento da petição inicial. Se o credor não o fizer, seu crédito deverá ser incluído no quadro geral de credores, na condição de quirografário. Se a mercadoria se encontra em trânsito, não tendo sido entregue a entrega pode ser obstada. Por outro lado, se a mercadoria tiver sido consumida pelo devedor ou transformada em outra, mas o produto final ainda não tiver sido comercializado pelo devedor, ainda assim, cabe a restituição, que se fará pelo objeto sub-rogado (art. 78, § 1º, da LF). No entanto, é pressuposto que a alienação ainda não tenha ocorrido, porque, nesse caso, a coisa litigiosa já se encontra em poder de terceiro de boa-fé. Neste sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Superior pela Súmula 495 que reza: "A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver alienada a terceiro".¹⁶⁵

Por sua vez, a restituição de dinheiro em contrato de câmbio, com fundamento no art. 75 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, é possível na concordata, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato.¹⁶⁶ Independentemente do prazo de 15 dias exigido no caso anterior, conforme a Súmula 133 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "A restituição de importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a

¹⁶³ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, v. 2. 4º. ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 323.

¹⁶⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 626.

¹⁶⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 626-627.

¹⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 104.

antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata".¹⁶⁷

Estes foram os comentários pertinentes à concordata preventiva, devendo-se, a partir do exposto, diferenciar as principais nuances existentes em relação à concordata suspensiva, isto que será explicado na seqüência.

3.3 – Do Processamento da Concordata Suspensiva:

A concordata suspensiva é incidente ao processo falimentar, portanto tem por pressuposto a decretação da falência, assim como a vontade unânime dos sócios solidários em impetrá-la, que deverá ser feita expressamente, conforme dispõe o art. 179, II. Seu escopo é o de evitar a liquidação dos bens arrecadados nas sedes da empresa pelo síndico, para fins de pagamento dos passivos contraídos pela mesma. Desta forma, concedido o benefício os bens arrecadados devem ser devolvidos à posse da devedora, suspendendo-se a liquidação.¹⁶⁸

A inexistência de processo penal falimentar instaurado contra representantes legais da sociedade devedora é condição de acesso ao benefício. Por isso, a falida não pode impetrar a concordata suspensiva antes de concluídas as investigações próprias da fase cognitiva. O prazo para impetração compreende os cinco dias seguintes ao término do prazo para o síndico apresentar o seu relatório. Desta forma, é a partir da data da simples interposição do pedido de concordata que se suspendem os atos de realização do ativo ou satisfação do passivo. Todavia, a lei permite à falida impetrar posteriormente a concordata suspensiva, que, de acordo com o art. 185, poderá ser feito até a sentença de encerramento da falência. Ocorre que, neste caso, feito o pedido fora do prazo regular, a simples impetração não suspende a liquidação do patrimônio arrecadado. Apenas a sentença concessiva do favor legal produzirá o efeito de suspendê-la. Encontrando-se a petição inicial em conformidade aos preceitos legais, o juiz mandará publicar edital para eventuais embargos, proferindo a sentença na seqüência que concede a concordata, ou a nega, reabrindo a

¹⁶⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 627-628.

¹⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 137.

falência, neste caso, com a publicação realizada pelo síndico do aviso de que está dando início à liquidação (art. 114).¹⁶⁹

Os dividendos dos credores quirografários, exigidos pela lei de acordo com o prazo para o pagamento escolhido pelo devedor, na concordata suspensiva são menores do que aqueles exigidos na preventiva, na forma estabelecida pelo art. 177, que estabelece: 35% se à vista; ou 50% em até dois anos. Ao contrário, também, do que ocorre na concordata preventiva, o prazo para cumprimento da concordata suspensiva começa a fluir do trânsito em julgado da sentença concessiva, e não da data da impetração do pedido. Devendo a concordatária exibir, em 30 dias, se a concordata for a prazo, a prova da quitação dos créditos não sujeitos a concordata, e, se for à vista, a de todos os créditos.¹⁷⁰

Quanto aos contratos de trabalho. Ocorrendo a suspensão da falência por concordata, é possível a reconstituição do vínculo se paga pelo menos metade dos salários correspondentes ao período em que se processava a falência. Contudo, neste caso o empregado perde o direito à indenização decorrente da rescisão que o fim da atividade econômica pela falência propiciaria, conforme art. 449, § 2º da CLT. Ressalte-se, porém, que nem a concordatária nem o empregado estão obrigados a aceitar a restituição do contrato de trabalho nesses termos. Se a metade dos salários correspondentes ao período em que tramitou a falência superar o total das verbas rescisórias, interessa ao empregado, mas pode não interessar a concordatária, no inverso, sendo a indenização maior que os meios salários, não interessa ao empregado.¹⁷¹

Terminado a análise acerca dos procedimentos, pressupostos, condições da ação, enfim, restado explicitado toda a matéria regulamentada pelo Decreto-lei 7.661/45 no que tange ao processo falimentar e ao da concordata, ressaltando-se o âmbito de abrangência do presente estudo, já pormenorizado na introdução, dá-se ensejo ao estudo da Nova Lei de Falências, Lei n.º 11.101/05, para melhor entendermos suas nuances e modificações em face da revogada legislação do direito falimentar.

4 - Da Nova Lei de Falência: Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005:

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 381.

¹⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 382.

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 382.

A Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, cuja vigência teve início em 9 de junho de 2005, revogou as disposições anteriores, ou seja, substituiu o Decreto-lei n.º 7.661 que regulamentava os assuntos pertinentes à falência e às concordatas preventiva e suspensiva. Foram 11 anos de tramitação no parlamento deste projeto até o sancionamento pelo Presidente da República na data supra, superando-se, então, o ordenamento jurídico pretérito, o qual perdurou por 60 anos.

Era óbvio o esgotamento do modelo de procedimento previsto no aludido Decreto-Lei para as empresas em processo falimentar. A referida legislação foi elaborada na época em que o Brasil tinha um paupérrimo parque industrial e comercial, e ainda a economia amargava os reflexos da 2ª guerra mundial. Note-se ainda que o país saía de um longo período ditatorial, personificada pelo chamado "Estado Novo", em que a legislação era praticamente imposta pelo Poder executivo.¹⁷²

No decorrer destes 60 anos muito se alterou, principalmente no tocante a dinâmica dos mercados financeiros e formas de comercialização, culminando com o atual estágio neoliberal e globalizado que a nossa economia atravessa nos dias atuais. Sendo, desta forma, incompatível o Decreto-lei de 1945 com as necessidades empresariais modernas. Resta saber se a Nova Lei, que já produz seus efeitos, renova o ordenamento jurídico de forma consistente e satisfatória.

Na elaboração da Nova Lei Falimentar, especificamente no relatório do PLC nº 71/2003, o relator destacou doze princípios que deveriam orientar a nova lei a ser aprovada, assim enumerados: Preservação da empresa; Separação dos conceitos de empresa e de empresário; Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; Proteção aos trabalhadores; Redução do custo do crédito no 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. Tais princípios nortearam o texto final do Projeto aprovado pelo Senado em 06 de junho de 2004.¹⁷³

¹⁷² PEREIRA, Clóvis Brasil. Principais Mudanças na Lei de Falências. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

¹⁷³ PEREIRA, Clóvis Brasil. Principais Mudanças na Lei de Falências. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

A preocupação com a manutenção da atividade empresarial já fora manifestada pela jurisprudência, como citado a cima, a qual deixava de aplicar rigorosamente as regras do Decreto-lei 7.661 de 1945, as vezes até negligenciando alguns dos dispositivos legais desta, face ao interesse em não se decretar a falência da empresa em débito. Isto porque, ao longo do tempo a jurisprudência e a doutrina foram desenvolvendo a hermenêutica do direito falimentar para extrair o máximo que estes dispositivos, já a muito ultrapassados, poderiam contribuir para melhor se aplicar a prática falimentar. Principalmente com o advento da Constituição de 1988, que introduziu em nosso ordenamento uma revolução social de direitos, que inclui no topo do ordenamento jurídico normas que garantem princípios básicos para que o cidadão tenha uma vida confortável e digna. Foi na verdade uma manifestação, da própria população, pois esta tem o poder de outorgar a Constituição¹⁷⁴, na maior experiência democrática existente e nosso país até então, com o intuito de se ver diminuída a miséria e a gigantesca diferença social que, ainda hoje, assolam os cidadãos do Brasil.

Em consonância com a efetiva implementação da democracia no país, a promulgação da Constituição Federal de 88 elevou para as normas superiores o indivíduo como pessoa, dispondo que todos devem ter condições sociais que garantam sua dignidade e elenca direitos básicos que devem ser cumpridos para tanto. Nesta exegese, a jurisprudência e a doutrina passaram a observar com outros olhos a importância das atividades comerciais. Pois passaram a observar, guiados à luz constitucional, que a gama de direitos que envolvem esta atividade excede em muito o simples direito patrimonial do empresário. O mais importante a observar é que esta atividade abrange também os direitos fundamentais e sociais exaltados pela Constituição. Surge, então, novos conceitos quanto o desenvolvimento das práticas comerciais, uma vez que, passou-se a observar que aquela atividade gerava vários postos de trabalho, direta e indiretamente, garantindo aos cidadãos fonte de subsistência, ou seja, as verbas salariais tem natureza alimentar, pois com elas o cidadão se mantém, sem esta fonte o cidadão não possui recursos para o seu próprio sustento, fato que lhe constrange os principais fundamentos das normas constitucionais. Em suma, sem emprego o cidadão não tem fonte de renda, sem fonte de renda não tem seus direitos

¹⁷⁴ MORO, Fernando Domingos. Jurisdição Constitucional Como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 128.

básicos respeitados, pois não terá recursos para se sustentar, pelo menos de forma digna e humanamente aceitável.

Embora a manutenção dos contratos de trabalho, por serem fontes das quais o cidadão retira o seu sustento, seja o maior interesse da sociedade e, portanto, a questão mais importante a ser observada no direito falimentar, há outros interesses sociais e coletivos envolvidos. O fechamento da empresa e a conseqüente paralisação da sua atividade, extingüe uma fonte de riqueza que repercute não apenas nos trabalhadores, mas, indiretamente, em toda a sociedade. Pois o Estado deixa de arrecadar os impostos gerados por aquela sociedade, que posteriormente seriam reinvestidos em assuntos do interesse da sociedade, como educação, saúde, lazer, urbanização, etc. Isto posto, cabe ressaltar a repercussão na economia como um todo, pois dependendo da extensão daquela atividade pode haver desabastecimento daqueles produtos no mercado, estimulando, desta forma, a inflação, ou seja, em última análise até os consumidores são prejudicados com a quebra de uma empresa. Uma análise mais extensa desta atividade fez com que pudéssemos observar quão importante é a manutenção da mesma e, por uma questão de interesse social, o Estado deve intervir no sentido de fornecer subsídio legais e materiais para tornar viável estes preceitos.

Neste novo rumo jurídico, imprimido pela exegese dos novos princípios introduzidos pela Constituição Federal de 88, criou-se uma nova legislação falimentar, a Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, cabendo-nos, agora, analisar o que foi alterado no ordenamento jurídico com a promulgação desta lei e concluir se esta satisfaz os preceitos da "função social da empresa" anteriormente expostos.

5 - As Alterações Introduzidas no Ordenamento Jurídico Pela Lei n.º 11.101/2005:

A mudança que logo de início pode ser observada foi a extinção da figura jurídica das concordatas preventiva e suspensiva, em face da criação do instituto da recuperação judicial e extrajudicial da empresa. Conseqüentemente, também extinguiu-se o comissário, sujeito que auxiliava o juiz na administração da concordata preventiva, conforme exposto anteriormente. Sofrendo, desta forma,

modificações em suas atribuições o síndico, que passou a ser chamado de administrador judicial.

O administrador judicial, que substituiu terminologicamente o síndico da lei anterior, sofreu, face as modificações impostas pela nova legislação, alterações quanto as suas atribuições e também quanto aos preceitos de sua nomeação. Pois o Decreto-lei 7.661/45 estabelecia no seu art. 60 que este deveria ser escolhido entre os maiores credores do falido, abrindo-se por exceção a escolha de síndico estranho ao quadro de credores quando houvesse recusa daqueles em assumir tal função.¹⁷⁵ Todavia, como já exposto anteriormente, esta norma não era rigorosamente respeitada pelos juizes, sendo, na prática, nomeado para a função de síndico advogado falencista de confiança do juiz. A Nova Lei de Falência veio neste sentido alterar o disposto por aquele decreto, ditando em seu art. 21 que: "O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador, ou pessoa jurídica especializada". Esta inovação indica o interesse da profissionalização da recuperação judicial da empresa, não mais se nomeando o administrador pelo quadro de credores, mas profissionais que tenham conhecimento acerca do assunto e pessoas jurídicas especializadas, e que provavelmente exerceram a função com mais qualidade que algum credor majoritário sem qualificação para tanto.

Quanto as suas atribuições, algumas modificações surgiram por conta das alterações introduzidas pelo instituto da recuperação da empresa, como o ato previsto no art. 22, I, letra g, que lhe impõe a necessidade de requerimento ao juiz da convocação da assembléia geral de credores nos casos previstos nesta lei, ou quando entender necessária sua ouvida para deliberação de determinados assuntos. Com a extinção do comissário, suas funções, previstas no art. 22, II, a este foram equiparadas durante o processo da recuperação judicial, ou seja, repetiu-se as atribuições do comissário no processo da concordata preventiva, constantes no art. 169 da Antiga Lei de Falência¹⁷⁶, quando estiver auxiliando o juiz na recuperação judicial. Outra função que não encontra previsão na lei anterior, porém face ao bom senso já vinha sendo observada na prática, é a

¹⁷⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência, v. 1. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 448.

¹⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 228.

descrita no art. 22, III, letra j, que reza: “requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei”.¹⁷⁷ A Nova Lei de Falência, no seu art. 24, § 1º, ainda prevê modificações, em relação ao síndico e ao comissário, no que tange aos vencimentos do administrador judicial, que dispõe: “Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor da venda dos bens na falência”. Ao contrário do que dispunha o Decreto-lei em seu art. 67, o qual dispunha que a remuneração do síndico variava de 2 a 6%, sobre o valor do montante da liquidação, dependendo do valor deste montante.¹⁷⁸ Sendo a remuneração do comissário efetuada os mesmos termos, todavia reduzida a um terço da que o síndico teria direito, de acordo com o art. 170.

Nesta mesma seção III, do capítulo II, a Nova Lei dispôs sobre o Comitê de Credores, outra inovação legislativa introduzida pela mesma. O Comitê será constituído por deliberação em assembléia geral, de acordo com os interesses de cada classe, devendo ser formado por um representante da classe dos credores trabalhistas, um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e um representante indicado pela classe dos credores quirográficos e com privilégios gerais, sendo que cada representante poderá ter dois suplentes, conforme disposição do art. 26. O § 1º deste artigo ainda dispõe que a falta de indicação por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do Comitê, desta forma uma dessas classes pode criar o Comitê independentemente do interesse das demais. As atribuições estão previstas no art. 27, e consiste basicamente num órgão que irá auxiliar o administrador judicial e o juiz, no decorrer do processo de recuperação da empresa ou na falência, a verificar o correto andamento destes processos. Trata-se, portanto, de um ente de fiscalização da atividade do devedor e do administrador judicial composto pelas várias classes de credores que compõe o quadro-geral.

¹⁷⁷ O art. 113 da referida lei que, in verbis, dispõe: “Os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos a considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente após a arrecadação e avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas”.

¹⁷⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, v. 2. 4º. ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p 9.

A seção IV do capítulo II da Lei n.º 11.101/2005 regulamenta as atribuições da assembléia-geral de credores. Na lei anterior não era vedada a constituição da assembléia, todavia esta ocorria extraordinariamente, como em casos em que os credores pretendiam intervir no processo devido a desacordo com ato praticado pelo síndico ou para propor forma de execução extraordinária, conforme os arts. 122 e 123.¹⁷⁹ Na atual lei a assembléia, presidida pelo administrador judicial (art. 37), deverá obrigatoriamente ser formada para deliberar sobre assuntos da recuperação judicial e da falência, nos termos do art. 35 e incisos. Cabe destacar o que reza o art. 35, I, letra "a": "aprovação rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor". Este dispositivo demonstra um retrocesso à teoria contratualista, anteriormente exposta, já abandonada pelo Decreto-lei n.º 7.661/45, a qual adotara a processualista. Isto significa dizer que, ao contrário da lei filiada a teoria processualista, na qual o benefício judicial (no caso a concordata) deveria ser concedido independentemente da anuência dos credores, bastando, portanto, que a sociedade devedora se enquadrasse nos ditames formais da lei. Na lei atual para que seja concedido o benefício judicial (no caso a recuperação judicial) será necessária a autorização dos credores que, conforme dispõe o art. supra, poderão aprová-lo ou não. Adotando-se, desta forma, novamente os preceitos da teoria contratualista, prática que fora rejeita pelo revogado Decreto-lei.

A Antiga Lei de Falência abandonou a prática do conceito contratualista, impondo aos credores a dilação no prazo para o pagamento de suas dívidas ou a remição parcial das mesmas, seja porque os credores dificilmente a concediam ou porque se passou a notar que a matéria de processo falimentar envolve direitos de ordem pública. A Lei atual, no entanto, preferiu atuar nos termos da corrente contratualista, ou seja, exige a aprovação dos credores para conceder o benefício à empresa devedora. Resta saber se esta decisão do legislador foi acertada, pois outrora este sistema foi abandonado não sem motivo. A discricionariedade do credor em conceder o benefício da recuperação judicial, ou não, pode tornar inviável a prática do instituto, uma vez que seria uma decisão de cunho subjetivo, na qual poderiam pesar valores incompatíveis com a prática jurídica, como o revanchismo entre o credor e o devedor, ou o interesse individual e egoísta do credor. Como dito anteriormente, o processo falimentar envolve direitos de ordem

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 194-196.

pública. Pois estar-se-á tratando de direitos submetidos aos máximos princípios constitucionais, sejam individuais ou sociais, como as relações trabalhistas, que os atingem diretamente devido a natureza alimentar destes créditos, ou os créditos fiscais, que indiretamente nestes incorrem, uma vez que pese o interesse da sociedade em receber benefícios coletivos oriundos destes créditos. Portanto, para este acadêmico de direito, por estarem envolvidos no processo de falência direitos de ordem pública, não está correto que a lei conceda aos credores a discricionariedade em conceder ou não a recuperação judicial quando lhes aprouver sem o envolvimento do Estado nestas decisões, confiando-se, desta forma, a particulares decidirem de forma correta, ou não, o destino de direitos fundamentais. Isto porque nada impede que a decisão dos credores em conceder ou não o benefício seja equivocada, ou seja, podendo ocorrer o fato de os credores aprovarem o plano de recuperação judicial de empresa que não deveria recebê-lo ou, o contrário, negar o benefício àquela que deveria receber.

Talvez o legislador tenha retrocedido neste mister por experiências na prática de pessoas de má índole que se aproveitavam do benefício coercitivo da concordata para tirar vantagens individuais e prejudicar de forma ainda mais acentuada os seus credores. Todavia, foram praticados tais atos porque a lei lhes dava esta margem, uma vez que fazia remição do valor dos créditos, independentemente da vontade do credor. Neste ponto, na minha opinião, seria imprescindível a discricionariedade dos credores de negociar com o devedor, em assembléia, os valores e prazos para pagamento, a imposição da lei acerca das percentagens e prazos engessava a possibilidade de credor e devedor se ajustarem da melhor forma possível que o caso permitisse.

Isto posto, deve-se analisar pormenorizadamente o procedimento da recuperação judicial da empresa, instituto que deu azo a promulgação desta Nova Lei Falimentar.

5.1 – Do Processamento da Recuperação Judicial da Empresa:

Os regramentos dos procedimentos e pressupostos da recuperação judicial da empresa estão estabelecidos no capítulo III da Nova Lei, e sua conceituação vem logo no primeiro artigo do mesmo, o art. 47 que diz: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a suspensão 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”.

A recuperação das empresas substituiu a concordata, que era uma prerrogativa dada aos devedores comerciantes, em dificuldades, para recuperarem a empresa, e sua concessão dependia do atendimento de determinados requisitos e pressupostos, e dava um fôlego aos comerciantes, para pagar, em condições privilegiadas, no prazo de até dois anos suas dívidas. Estima-se, no entanto, que entre 70 a 80% das empresas em regime de concordata, acabaram indo à falência, em razão da debilidade financeira.¹⁸⁰

Segundo estatística do IBGT (Instituto Brasileiro de Gestão e *Turnaround*) estima-se que, se a atual lei tivesse sido aprovada anteriormente, em 2002, 90% das empresas que encerraram suas atividades teriam condições de ter sobrevivido, gerando, por conseqüência, uma diminuição nos níveis de desemprego, maior aquecimento da economia, acirramento da concorrência com benefício aos consumidores.¹⁸¹

Desta forma podemos observar a importância do instituto em tela, concomitantemente a decadência do instituto da concordata que há muito não cumpria com a função de restabelecer o empresário em sua atividade comercial, ao invés, só corroborava com o retardamento da falência implicando, desta forma, maiores prejuízos aos credores.

Os requisitos para que o devedor possa requerer a recuperação judicial são similares ao da concordata suspensiva e estão previstos no art. 48. Na seqüência, o art. 49 trás no seu enunciado uma inovação importante, pois assim prescreve: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Excetuando-se aqueles previstos no § 3º do mesmo artigo; da importância entregue ao devedor decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, previsto no art. 86, II, o qual determina expressamente a aplicação do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965; e os créditos fiscais, conforme o art. 191-A do CTN com a

¹⁸⁰ PEREIRA, Clóvis Brasil. Principais Mudanças na Lei de Falências. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

¹⁸¹ ZANÃO, Elaine Cristina. Reflexos Práticos da Nova Lei de Falência. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=14433&kw=nova+lei+de+falencia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

redação dada pela LC 118/2005, que reza: "A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei".¹⁸² Tendo isto em vista, pode se observar que existem situações em que os créditos fiscais estão sobressaindo-se sobre os trabalhistas, outro exemplo é o disposto no art. 6º, § 7º, o qual dispõe que as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ao contrário do que ocorre com os créditos de natureza trabalhista, conforme o § 5º deste artigo.

Desta forma, a Nova Lei de Falências ao permitir a submissão dos créditos preferenciais à recuperação judicial ensejou numa possibilidade maior da atividade decadente se recuperar. Ao contrário da concordata que somente afetava os créditos quirografários e que, por isto, revelou-se como ineficiente para apresentar-se como solução viável à recuperação da atividade econômica pela via judicial, uma vez que o Decreto-lei não lhe dava nenhuma solução quanto aos débitos com garantias reais e trabalhistas, que são geralmente os grandes causadores da derrocada das empresas.¹⁸³

Constituem meios de recuperação judicial aqueles elencados no art. 50 e incisos. São várias as possibilidades, sendo, portanto, muito maiores as chances da recuperação da empresa nesta lei do que em relação ao decreto revogado, o qual engessava estas possibilidades conferindo apenas dilação do prazo, de no máximo dois anos, e remissão da dívida em percentagens fixas. Note-se neste mister o disposto no inciso XI do mesmo artigo em tela que concomitantemente ao disposto no art. 60, parágrafo único, permitem a facilitação da venda dos bens, pois dispõe este último: "O objeto de alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive os de natureza tributária, observando o disposto no § 1º do art. 141 desta lei".

A seção seguinte desta Lei trata do processamento da recuperação inicial. O processo tem início com o pedido, no qual o devedor deverá incluir os documentos exigidos pelo art. 51, que são basicamente os mesmos que eram exigidos na concordata preventiva, previstos no art. 159 do Decreto-lei 7.661/45,

¹⁸² FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. *Comentários sistemáticos. Primeira e Segunda Partes*. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 1 de set. 2005.

¹⁸³ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. *Comentários sistemáticos. Primeira e Segunda Partes*. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 1 de set. 2005.

todavia, em termos mais amplos, uma vez que são abrangidos praticamente todos os créditos na recuperação judicial, enquanto que na concordata restringiam-se aos créditos quirografários. Estes documentos irão possibilitar uma análise concreta da situação patrimonial da empresa e seu potencial de recuperação, face ao montante dos créditos que devem ser apresentados nominalmente, ou seja, individualizando cada credor e seu respectivo crédito.

Cumpridos estes preceitos legais o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 52, e nomeará o administrador judicial nesta oportunidade, além de praticar outros atos previstos nos incisos e parágrafo § 1º deste mesmo artigo. Devendo o requerente, no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que proferir o processamento, apresentar o plano de recuperação.

Constata-se, assim, a presença de dois momentos distintos no processo de recuperação judicial: a distribuição do pedido, cujo processamento será deferido ou não por ato exclusivo do juiz; e a apresentação do plano de recuperação, que se dará no prazo máximo de 60 dias do deferimento do processamento.¹⁸⁴

Desta forma, o devedor além de apresentar o balanço patrimonial de sua empresa e todos os outros documentos já mencionados, deve explicar pormenorizadamente como pretende usar seus recursos para conseguir se restabelecer devendo, assim, fazer constar obrigatoriamente neste plano o disposto no art. 53, I, II e III. Os credores terão o prazo previsto no art. 55 para impugnar o plano de recuperação judicial. Havendo objeção de qualquer credor, o juiz deverá convocar assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, a qual rejeitando o plano implicará na decretação da falência pelo juiz, nos termos do art. 55 e parágrafos, e art. 56, § 4º, respectivamente.

Cabe ressaltar o disposto pelo artigo 54 e parágrafo único, pois na recuperação judicial da falência não há fixação de prazos para cumprimento da mesma, ao contrario do que ocorria na extinta concordata. Note-se, porém, que este artigo da Nova Lei determina uma exceção à esta regra, pois estabelece o prazo máximo de 1 (um) ano para o pagamento dos créditos derivados dos contratos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a

¹⁸⁴ MESQUITA, Igor Nunes. A Nova Lei de Falência e a Participação dos Credores. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=15203&kw=nova+lei+de+fal%EAncia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

data do pedido de recuperação judicial. Limita, também, em 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salariais vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador.

Cumpridas as exigências da lei, inclusive a prova de inexistência de débitos tributários, prevista no art. 57, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeções de credor ou que tenha sido aprovado em assembléia geral de credores (art. 58). Contra esta decisão cabe recurso de agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público (art. 59, § 2º).

O processo de recuperação será acompanhado pelo juiz pelo prazo de dois anos. Nesse período, havendo descumprimento do acordado em assembléia de credores, será decretada a falência do devedor. Após esse período, os credores, isoladamente, promoverão as medidas de recuperação de crédito cabíveis, posto que, após a aceitação do plano, haverá novação da dívida, ou seja, valerão os termos do acordado no plano de recuperação, conforme arts. 59 e 61.¹⁸⁵

O juiz decretará, nos termos do art. 63, o encerramento da recuperação judicial se cumprida todas as obrigações nos seus respectivos prazos, e deverá determinar: o pagamento dos honorários do administrador judicial, que será efetuado apenas após a aprovação do relatório, versando sobre a execução do plano de recuperação, feito pelo mesmo; a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; e a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Durante o cumprimento da recuperação judicial o devedor poderá ser substituído por um gestor judicial, escolhido após prévia deliberação da assembléia geral de credores, caso incorra em algum dos impedimentos previstos no art. 64. Aplicar-se-á ao gestor judicial, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial, de acordo com o art. 65.

Uma ferramenta adotada pelo legislador para tentar impulsionar as chances de cumprimento da recuperação judicial foi introduzida no ordenamento

¹⁸⁵ ZANÃO, Elaine Cristina. Reflexos Práticos da Nova Lei de Falência. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=14433&kw=nova+lei+de+falencia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

jurídico pelo art. 67 caput e parágrafo único da atual lei falimentar. Esta consiste num benefício aos credores que atribuírem créditos à empresa em fase de recuperação, ou seja, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial serão considerados, em caso de falência, extraconcursais. Isto significa que estes créditos, investidos na empresa em recuperação, terão preferência sobre todos os outros, nos termos do art. 84, exceto aqueles que o antecedem na relação enunciada pelos incisos deste artigo.

Este é sem dúvida um mecanismo para atrair e facilitar investimentos à empresa em fase de recuperação judicial, fase na qual para se recuperar a empresa necessariamente precisará de novo capital, e o fato destes créditos preferirem a todos os que estão submetidos ao concurso alivia a desconfiança dos investidores de aplicarem seus investimentos numa empresa em crise. Todavia aqui pode haver um paradoxo, pois acertado foi o entendimento do legislador em incentivar a angariação de créditos por parte da empresa que está se recuperando, já que ausentes estes investimentos a recuperação terá grande probabilidade de fracassar.

Contudo, este privilégio concedido aos créditos desta natureza pode, na prática, tornar-se um óbice para a aprovação, em assembleia-geral de credores, do plano de recuperação de empresa. Isto porque estes créditos terão preferência àqueles dos que já são credores, desta forma, estes poderão sofrer prejuízos caso no processo de recuperação a empresa agrave a sua situação econômica, principalmente se contrair novos créditos, uma vez que estes serão pagos prioritariamente. Não resta dúvida quanto a necessidade de fomento para a empresa nesta fase, contudo entendemos que por se tratar de matéria de ordem pública, tendo em vista que envolvem direitos fundamentais do cidadão, o Estado deveria tomar para si esta responsabilidade, criando instituições financeiras específicas para fomentar as empresas em fase de recuperação judicial. Este acadêmico defende que o Estado deve ser entidade ativa no processo de recuperação da empresa, em se tratando de empresa com potencial de recuperabilidade, atuando de forma positiva com o intuito de manter efetivamente aquela atividade empresarial, face ao interesse coletivo da manutenção destas atividades.

Por isto, insisto em discordar da prática adotada pelo legislador ao retroceder às práticas defendidas pela doutrina contratualista, ou seja, o benefício

da recuperação judicial está totalmente submetido à discricionariedade dos credores. Cabe exclusivamente a estes conceder ou não a chance da empresa se recuperar. Contudo, o mais acertado seria submeter esta decisão, de conceder ou não a recuperação judicial, a um órgão imparcial formado por indivíduos capacitados para determinar se a empresa tem ou não potencial para se recuperar da crise e vinculado ao Estado, face a importância da matéria. Porém tem-se que ressaltar, neste mister, o acerto do legislador ao flexibilizar o acerto entre o devedor e os credores das condições, prazos e valores para a quitação das obrigações. O sistema anterior era engessado e prejudicial para as duas partes, especialmente aos credores.

Dessa forma, diante do conflito de interesses eminentemente privados, o que no caso significa a mínima intervenção estatal, entende-se que o aludido "princípio da preservação da empresa", pilar da nova lei, possa ser atropelado pela desinformação, falta de senso, ganância e até mesmo despreparo dos credores e respectivas assessorias jurídicas.¹⁸⁶

Portanto, a discricionariedade dos credores deveria ser restringida à negociação dos termos em que se operaria a recuperação judicial, com a intervenção de um perito indicado pelo juiz para resolver eventuais impasses, mas a aprovação da empresa para receber o benefício da recuperação judicial deveria ser decisão exclusiva do juiz, posteriormente a uma fase de cognição na qual participariam peritos competentes para analisar o caso concreto.

Por último, no que tange ao assunto de recuperação judicial da empresa, a convocação da recuperação judicial em falência. O juiz deverá decretar a falência quando durante o processo de recuperação ocorrer algum dos fatos previstos no art. 73, os quais são: deliberação da assembléia-geral de credores; a não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação que decidir o processamento da recuperação judicial; a rejeição do plano de recuperação pela assembléia-geral de credores; o descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação; ou ainda os casos previstos nos incisos I, II e III do art. 94.

¹⁸⁶ MESQUITA, Igor Nunes. A Nova Lei de Falência e a Participação dos Credores. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=15203&kw=nova+lei+de+fal%EAncia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

Feitos os comentários pertinentes ao instituto da recuperação judicial, deve-se analisar agora a recuperação extrajudicial de empresa, instituídas pela promulgação da Lei n.º 11.101/2005.

5.2 – Do Processamento da Recuperação de Empresa Extrajudicial:

A recuperação extrajudicial foi a maior inovação da Nova Lei de Falência.¹⁸⁷ Não que tenha sido a mais importante das instituições criadas pela nova lei, pois não foi. O pilar da Nova Lei foi justamente a recuperação judicial da empresa e a expectativa do legislador, em nome de toda a sociedade, de criar mecanismos que possibilitem uma empresa em crise de se restabelecer. Atendendo, desta forma, ao interesse coletivo que envolve a manutenção desta prática, de acordo com o que já foi explicado anteriormente.

Ocorre que a recuperação judicial da empresa, apesar de ter recebido novos moldes e possibilidades que facilitam a sua concessão, não é um instituto absolutamente novo em nosso ordenamento. Pois o art. 123, § 1º do Decreto-lei 7.661/45, previa uma forma de realização do ativo extraordinária, que consistia na continuação do negócio do falido pelos credores. A recuperação judicial nos moldes atuais defere vertiginosamente deste dispositivo, pois via de regra o devedor, após ter o plano de recuperação aprovado, continua na atividade de administrador de sua empresa, pelo menos até que eventualmente fosse destituído por um gestor judicial. Porém, aquela forma de realização do ativo enquadrava-se num molde primitivo da recuperação judicial, pois dava-se continuidade a atividade empresarial.

Quanto a recuperação extrajudicial, a Antiga Lei em nenhum dispositivo regulamentava ou fazia menção a esta prática. Pelo contrário, o Decreto inibia esta prática, pois determinava em seu art. 2, III, que fosse decretada a falência caso o devedor convocasse os credores e lhes propusesse dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.¹⁸⁸ Por conta disto que Rubens Requião afirmava que somente haveria, na época, concordata extrajudicial se a vontade dos credores

¹⁸⁷ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. *Comentários sistemáticos. Primeira e Segunda Partes*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 1 de set. 2005.

¹⁸⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1. 4º. ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p 64.

fosse unânime, pois desta forma o judiciário não teria conhecimento das negociações, conforme já mencionado anteriormente. Desta forma, se apenas um dos credores não estivesse de acordo e recorresse as vias judiciais, pelo disposto no artigo supra, a empresa teria decretada a sua falência.

O instituto da recuperação extrajudicial da empresa esta previsto no Capítulo VI da Nova Lei, e dispõe no seu art. 161, § 1º, de que não se aplica o disposto neste capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput.

O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com a assinatura dos credores que a ele aderiram. Poderá, ainda, o devedor requerer a homologação do plano quando assinado por credores que representem mais de três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, obrigando, desta forma, todos os credores de cada espécie, inclusive a minoria vencida, todos os credores ao plano extrajudicial. Deve o devedor, ainda, atender os requisitos legais previstos no art. 163, § 3º.

A recuperação extrajudicial, portanto, é proposta de acordo com as classes de credores, previstas no art. 83 e incisos, excetuando-se aqueles que foram excluídos expressamente pelo art. 161, e uma vez homologado o plano obriga todos os credores das espécies por ele abrangida. Desta forma, a sociedade empresária pode propor plano de recuperação extrajudicial apenas aos credores quirografários, por exemplo, ou propor contra estes e aqueles credores com garantias reais ou especiais, sendo homologado o acordo apenas com uma destas espécies de créditos, tendo em vista a recusa das demais (art. 163).

Se o pedido de homologação do plano extrajudicial estiver de acordo com os preceitos legais o juiz deverá ordenar a publicação em edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial. Sendo que estes terão o prazo de 30 (trinta) dias para impugnar o plano, e deverão fundamentá-la de acordo com o estipulado pelo art. 164, § 3º, garantindo-se ao devedor o direito de resposta à impugnação, a qual terá o prazo de 5 (dias) para realizar. Após estes trâmites legais, ou no caso de inexistir impugnações, os autos serão conclusos para sentença, oportunidade em que o juiz homologará o plano

de recuperação extrajudicial, se entender que não há irregularidades que recomendem a sua rejeição.

Conclui-se, portanto, que o plano extrajudicial de recuperação é na verdade judicial, caso o devedor prefira tê-lo homologado pelo juiz, e de natureza contenciosa, pois há possibilidade de que sejam interpostas impugnações ao plano, garantindo-se o direito à ampla defesa ao requerente. Pode, ainda, o juiz indeferir de ofício o plano se constatar alguma das irregularidades previstas em lei que proíbem a concessão do benefício. A diferença é que no plano extrajudicial o devedor tem a iniciativa de acertar um plano de recuperação, com as determinadas classes de credores, antes de ser interpelado em juízo, ou seja, este tem a opção de requerer que o judiciário homologue o plano, todavia este já foi elaborado e aprovado pelos credores anteriormente ao ingresso em juízo.

Note-se, também, que o art. 95 dispõe que o devedor poderá pleitear a sua recuperação judicial, após o requerimento da falência, dentro do prazo para contestação. Isto pode nos levar a concluir que, em tese, a recuperação extrajudicial seria, mais especificamente, o instituto que substituiu a concordata preventiva, pois o devedor a requeria anteriormente ao pedido de falência realizado pelos credores. Enquanto que a recuperação judicial substitui a concordata suspensiva, uma vez que posterior ao pedido de falência, nos termos do artigo supra. Ressalte-se novamente que esta relação deve ser considerada apenas na teoria, pois há que se observar que a lei não obsta que o devedor opte pelo pedido de recuperação judicial anteriormente ao pedido da falência, contudo o mais sensato seria crer que o mesmo optaria pelo plano extrajudicial de recuperação no caso de não haver pleiteada em juízo a sua falência.

5.3 - Do Processo da Falência na Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005:

No que tange ao processo da falência não há muito que se destacar em âmbito de inovações da Nova Lei. Contudo convém destacar a preocupação do legislador em imprimir maior celeridade e economia processual à este procedimento. Pois destaca estes dois princípios, expressamente, no parágrafo único do art. 75. Tendo em vista estes princípios, as maiores alterações em

processo falimentar que a Nova Lei introduziu no ordenamento são referentes a realização do ativo, como se explicará posteriormente.

Há, também, pequenas alterações impostas a conseqüente criação do instituto da recuperação judicial, tais como os artigos: 80; 95; 96, VII; 105; por exemplo, e a terminologias modernas. Como podemos observar no art. 75, caput, que discorre: “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”. Na prática já se consideravam os bens intangíveis, tais como marca ou ponto do estabelecimento, os quais podem superar, a nível de valor monetário, em muito os bens materiais, mas eram bens que não estavam previstos na lei anterior. Isto porque a evolução na prática comercial desenvolveu muito o seu lado publicitário, ou seja, a empresa sem muitos bens mas com uma boa imagem e publicidade pode valer muito mais do que aquela que, ao contrário, possui os bens materiais mas não os chamados bens intangíveis.

Quanto ao pedido de restituição dos bens há uma inovação interessante da nova lei, introduzida pelo artigo 86, parágrafo único, o qual determina: “As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.¹⁸⁹ Pode-se imaginar, assim, que certamente um credor com direito à restituição em dinheiro, opte por pagar o valor de cinco salários-mínimos por trabalhador, para receber a sua restituição em dinheiro imediatamente, de uma importância muito mais elevada, portanto, compensando o “sacrifício”. Porém, sujeitando-se a eventual rateio ou compensação futura com os demais credores pela diferença antecipada aos credores trabalhistas.¹⁹⁰

Contudo a maior alteração provocada no processo falimentar pela Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, principalmente considerando-se os benefícios que tais alterações provocam na efetividade de satisfação do interesse dos credores, foi a referente ao âmbito da realização do ativo da empresa. Estas alterações imprimiram maior celeridade ao processo falimentar, pois dispõe o art. 139: “Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao

¹⁸⁹ Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, art. 151: “Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa”.

¹⁹⁰ FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. A Restituição de Crédito na Nova Lei de Falência. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=11391&kw=nava+lei+de+falencia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

processo de falência, será iniciada a realização do ativo”. Ao contrário do que dispunha o art. 114 da Antiga Lei, a qual previa que a realização do ativo iniciaria apenas após a entrega do relatório do síndico com a publicação do quadro-geral de credores.¹⁹¹ Desta forma, conforme o administrador judicial for arrecadando os bens poderá desde este momento providenciar a alienação dos bens, independentemente da existência do quadro-geral de credores, nos termos do art. 140, § 2º.

As formas de alienação estão previstas no art. 140, caput e consistem em: alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; alienação dos bens individualmente considerados. Trata-se de uma classificação mais detalhada do que a apresentada pelo decreto em seu art. 116, o qual previa a venda dos bens na forma englobada ou separada.¹⁹²

Outra questão na qual se omitia a Antiga Lei, porém se aplicava na prática, é o disposto no art. 141, II, que reza: “o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho”. Este dispositivo deixa bem claro a intenção do legislador em promover com celeridade a realização do ativo do devedor, excluindo-se do comprador a responsabilidade sobre qualquer ônus existente sobre o bem alienado, ressaltando-se os de natureza preferencial de forma expressa. Este entendimento já era aplicado na prática, tendo em vista a dificuldade de se alienar os bens a terceiros, ou pelo menos de alienar por um valor satisfatório, tendo em vista que não há limite mínimo no lance para comprar qualquer um destes bens em fase de liquidação. Portanto, criou-se esta sistemática para facilitar a venda dos mesmos concomitantemente ao atendimento de melhores ofertas. Trata-se de uma medida acertada e essencial para a boa prática do processo falimentar, uma vez que os bens do ativo geralmente são escassos e não cobrem toda a dívida.

¹⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 190-191.

¹⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 191.

Por fim, a lei introduziu uma nova maneira de alienação dos bens, o pregão. A Antiga Lei fazia referência, em seus art. 117 e 118,¹⁹³ apenas as modalidades por leilão e por proposta. A Nova Lei, em seu art. 142, III, adicionou o pregão. A própria lei define o que é pregão e a forma como deve ser realizado, precisamente no seu art. 142, §§ 5º e 6º. Consiste numa forma híbrida entre leilão e proposta, operando na seguinte forma: recebidas e abertas as propostas o juiz ordenará a notificação dos ofertantes cujas propostas não forem inferiores a noventa por cento da maior ofertada para participarem de leilão por lances orais, sendo o valor de abertura do leilão o valor da maior proposta, do ofertante que estiver presente. Desta forma, se o dono da maior proposta não estiver presente no leilão por lances orais, o valor de abertura será o valor da segunda maior proposta, e assim respectivamente.

O pagamento dos credores deverá respeitar a ordem de classificação de seus créditos, de acordo com as preferências previstas na lei, notando-se o prazo para o pagamento dos créditos trabalhistas de até cinco salários mínimos. Note-se, ainda, que, para considerar-se extinta todas as obrigações do falido, a lei majorou a necessidade de quitação dos créditos quirografários de 40% para 50% ao final da falência, se realizado todo o ativo, de acordo com o art. 158, II.

Deve-se analisar com cuidado a matéria de classificação dos créditos, pois houve grandes e polêmicas alterações realizadas no instituto, a qual será a matéria em análise a seguir.

5.4 - Da Classificação dos Créditos Conforme a Nova Lei de Falência:

O instituto da classificação dos créditos está prevista na seção II do Capítulo V da Nova Lei de Falência, precisamente exposto nos artigos 83 e 84. Várias foram as alterações impostas neste mister, iniciando-se com a preferência absoluta dos chamados créditos extraconcursais, previstos no art. 84, que consistem nesta ordem: remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; quantias fornecidas à massa pelos credores; despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto,

¹⁹³ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, v. 2. 4º. ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, pp. 170, 174.

bem como custas do processo da falência; custas judiciais relativas às execuções em que a massa falida tenha sido vencida; obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67¹⁹⁴ desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta lei.

Portanto estes créditos denominados extraconcursais terão preferência àqueles elencados pelo art. 83, que dispõe nesta ordem: créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho; créditos com garantia real até o limite do bem gravado; créditos tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; créditos com privilégio especial; créditos com privilégio geral; créditos quirografários; multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; créditos subordinados.

Pode-se observar, primeiramente, a preocupação do legislador com o profissionalismo no procedimento da realização da recuperação judicial, uma vez que fez preferir a todos os outros créditos aqueles pertinentes a serviços desempenhados em função da recuperação judicial. Assim como, priorizou o interesse de a recuperação judicial efetivamente resultar positiva, pois garantiu posição privilegiada aos créditos investidos na empresa em fase de recuperação.

Todavia, neste sentido vos remeto para os comentários do prof.^o Fábio Ulhoa Coelho ao tratar da classificação dos créditos segundo a Antiga Lei de Falência, o qual explicita entendimento em consonância ao adotado pela sistemática da Nova Lei de Falência.¹⁹⁵ Contudo, volto a criticar este entendimento, pois se está sobrepondo créditos de outras naturezas aos créditos trabalhistas, os quais são de natureza alimentar, e portanto, segundo a exegese da Constituição Federal, devem ser prioritários a todos os outros. Claro que é válida a preocupação do legislador em fornecer mecanismos que propiciem a possibilidade de resultado positivo da recuperação judicial, mas, como já

¹⁹⁴ Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, art. 67: “Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei”.

¹⁹⁵ Vide comentários ao Prof.^o Fábio Ulhoa Coelho, sobre o assunto, exposto anteriormente neste trabalho às pgs.

explicitarei, estamos tratando de matéria de ordem pública e, portanto, o Estado neste momento deveria adotar postura ativa para garantir o sucesso da recuperação da empresa. Este é o meio correto de fazê-lo, e não por artimanhas legislativas. Ainda mais, porque, eventualmente poderá ocorrer de se esgotarem os ativos realizados com os bens da empresa nesta classificação, negligenciando-se os créditos trabalhistas. A não ser, é claro, os referentes a cinco salários mínimos. Desta forma, insisto que os créditos daqueles que atuaram no procedimento da recuperação judicial devem ser preferenciais, mas equiparando-os aos créditos trabalhistas, este que devem ter absoluta prioridade sobre os outros, face a sua natureza alimentar. Os créditos necessários para o desenvolvimento e recuperação da empresa em crise deveriam ser providenciados pelo Estado, através de Bancos de Fomento especializados neste assunto.

Não bastasse o exposto, os créditos trabalhistas foram novamente achincalhados pelo art 83, I, o qual determinou que o limite destes créditos, com preferência, seria de 150 salários mínimos (R\$ 45.000,00 atualmente) e o excedente seria considerado crédito quirografário. Não vejo outro fundamento para tal postura do legislador do que um favor legal aos bancos, que na minha opinião foram os maiores beneficiários desta nova lei como veremos ao final.

O procurador-geral da República, Claudio Fonteles, emitiu parecer sobre a questão citando o parecer de Ramez Tebet, relator no Senado do projeto que resultou na Nova Lei de Falências. Segundo o senador, o limite impede que os administradores das empresas (que em geral são os responsáveis pela falência) tentem receber na Justiça altos valores, com preferência sobre todos os outros credores e em prejuízo dos ex-empregados que deveriam ser efetivamente protegidos. Por isso, o procurador-geral afirma que os princípios de proteção ao trabalho foram “na verdade, reafirmados pelo novo inciso que estabeleceu o valor limite de 150 salários mínimos, bem como pelo dispositivo que considera como quirografário o crédito excedente”.¹⁹⁶

Só pode ser uma piada. “Vamos proteger o trabalhador restringindo o direito dos mesmos e, portanto, protegendo-os deles mesmos”? Note-se que os

¹⁹⁶ Redação da Última Instância. Revista Jurídica Eletrônica. Procurador-geral afirma que a Nova Lei de Falência é Constitucional. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=14892&kw=nova+lei+de+fal%EAncia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

únicos créditos que sofrem este tipo de restrição são os de natureza trabalhista. Se o legislador queria dar condições igualitárias a todos os credores em receber seus créditos que o fizesse de forma isonômica. Mas o que ocorreu foi uma arbitrariedade injustificada aos créditos trabalhistas. Não consigo entender porque estes créditos que são de natureza alimentar, tendo em vista a exaltação da exegese dos princípios constitucionais que inspiraram o instituto da recuperação judicial da empresa, estão sofrendo tanta repressão por parte do legislador nesta lei, enquanto deveria, face aos valores da Constituição Federal, estar acontecendo justamente o contrário.

Ao meu ver, a única explicação plausível para a postura adotada pelo legislador é um “injustificado” favor legal as instituições financeiras. Isto pode ser comprovado ao se analisar o art. 83 e descobrir que o inciso II institui os créditos com garantia real ao segundo posto de preferência dos créditos concursais, preferentes inclusive aos de natureza fiscal. Vejamos que essa disposição representa um privilégio dado aos Bancos, e uma garantia de recuperação dos créditos concedidos, uma vez que é prática comum das instituições financeiras, a vinculação de bens móveis (máquinas em geral) e imóveis da empresa, em garantia de alienação fiduciária e hipoteca em seu favor, nos contratos de financiamento formalizados.

Justificando-se pela *hipótese* que essa nova determinação legal acarretará a diminuição dos juros bancários cobrados das empresas para investimento ou capital de giro, e mesmo para as pessoas em geral, que utilizam o cheque especial, o cartão de crédito, empréstimo pessoal e o crédito ao consumidor, uma vez a desculpa e a justificativa dada pelos Bancos para as altas taxas de juros vigentes, é a grande inadimplência nos empréstimos concedidos às empresas, e a falta de garantia dadas pela legislação anterior, para recuperação dos seus ativos, no caso da decretação da falência.¹⁹⁷

Isto posto, mais uma vez destaco a importância de uma postura ativa do Estado para, em concedendo recursos á empresa, tornar viável o cumprimento Constitucional da função social da empresa através da recuperação judicial. As artimanhas legislativas fulcradas no “interesse” de prover recursos e subsídios para a empresa em fase de recuperação judicial, mostraram-se uma afronta aos

¹⁹⁷ PEREIRA, Clóvis Brasil. Principais Mudanças na Lei de Falências. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

princípios Constitucionais de dignidade e de Direitos Sociais. Pois resta claro que a postura em se limitar o valor dos créditos trabalhistas, em relação a sua preferência, tem por objetivo a satisfação do interesse dos credores com direitos de garantias reais, principalmente os Bancos, que terão maiores condições de receberem seus créditos, tendo em vista que, face a esta limitação, maior será o ativo restante da empresa.

Complementa-se, ainda, que tampouco há justificativa para se incluir os créditos com garantia real em privilégio superior aos de natureza tributária. Estes últimos também devem prevalecer sobre aqueles de garantia real, tendo em vista a natureza deste crédito, pois os créditos de natureza fiscal são revertidos à população através de obras e serviços promovidos pelo Estado, seja na área da saúde, da educação ou outra qualquer que traga benefícios à coletividade. Portanto, o interesse coletivo justifica a preferência dos créditos fiscais, mas nada justifica a preferência de créditos de interesses patrimoniais e individuais nestes tempos em que imperam as disposições Constitucionais, as quais priorizam a satisfação dos direitos fundamentais e sociais em detrimento dos direitos egoístas e patrimonialistas.

Desta forma, este acadêmico de direito resta indignado com a solução dada pelo legislador neste mister da Nova Lei de Falência, forçando-me a entender os motivos do legislador para proceder de tal forma, conclui por um favor legal “injustificado”, concedido pelos legisladores aos credores com garantias reais, sobretudo às instituições financeiras, já não bastasse os milhões que estas faturam de lucro líquido por ano.

Conclusão:

Esta foi a exposição das principais mudanças, benefícios e prejuízos introduzidos em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, a Nova Lei de Falência.

Pode-se observar um avanço legislativo com a entrada em vigor desta, por mérito da própria e também por demérito da Legislação revogada que a muito não cumpria com os seus objetivos.

As principais mudanças no processo falimentar, que ocorreram a partir de 9 de junho de 2005, foram sem dúvida a criação dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial da empresa. Estes mecanismos se propõe em conceder fôlego novo ao empresário em crise para que este restabeleça seus negócios, atendendo desta forma a função social da propriedade. Pois toda a sociedade é beneficiada com a manutenção desta atividade empresarial, seja por meio dos postos de trabalhos, seja pela criação de tributos ou até mesmo para os consumidores, ou seja, a atividade empresarial atinge todos os ramos da sociedade, direta ou indiretamente. Sendo prejudicial a todos a falta de mecanismos para que mantenham-se em atividade as empresas.

A Nova Lei, neste mister, melhorou em muito o procedimento da falência em relação ao Decreto-lei n.º 7.661, uma vez que o instituto das concordatas a muito tempo só serviam para os empresários de má-fé que tinham por interesse em retardar a decretação da falência de suas empresas.

Todavia, este autor defende uma participação ativa do Estado. Este deve intervir nesta relação, pois trata-se de direitos de ordem pública, uma vez que estão envolvidos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal. O que a lei propõe é justamente o contrário, um Estado liberal. Deixando a decisão de assuntos, que irão repercutir em direitos de magnitude constitucional, ao “bom senso” dos particulares.

O legislador, no entanto, desrespeitou a ordem axiológica de prioridade dos direitos, prevista pela Constituição Federal, justificando-se pela necessidade de criação de meios de facilitação para o devedor conseguir angariar capital para se recuperar, e, portanto, dar cumprimento ao que a Lei se propôs a fazer, recuperar a empresa. Todavia, isto não deverá acontecer se o Estado de forma positiva

intervir nesta relação, seja por meio da criação de Bancos de Fomento especializados em investir recursos em empresas em crise ou outra intervenção que torne possível a recuperação da empresa em crise.

Sob esta argumentação, de se promover a recuperação da empresa, a custa de outros direitos, o legislador, contrariando os preceitos Constitucionais, prejudicou seriamente os créditos de natureza trabalhista. Pois, injustificadamente os limitou e prejudicou sua preferência na ordem de classificação para recebimento dos mesmos. Apesar de ter disposto sobre a preferência absoluta de créditos trabalhistas de pequenos valores, até cinco salários mínimos, desvirtuou as disposições Constitucionais, no que tangem a prevalência dos direitos fundamentais e sociais sobre os demais, destaquem-se os patrimoniais.

Portanto a Nova Lei de Falência nos trás benefícios, apesar de todo os encaixos criados pelo legislador am desatenção aos princípios Constitucionais, pois criou um processo falimentar mais célere. Possibilitou, ainda, oportunidade, oferecendo melhores recursos que a lei revogada, para que o empresário em crise conseguisse se recuperar e restabelecer sua atividade comercial, beneficiando, desta forma, a todos: aos credores, a si mesmo e, sobretudo, à sociedade. Todavia, merece reforma, principalmente no que tange a classificação da ordem de pagamento dos créditos, conforme a sua natureza. Deve, também, se alterar este espírito liberal que foi instaurado, concedendo total discricionariedade aos credores em tomar decisões que poderão repercutir em direitos de ordem pública. Assim, para se fazer respeitar os preceitos constitucionais e para imprimir condições neste processo para que o empresário possa efetivamente se recuperar, o Estado deverá adotar uma posição intervencionista no processo de recuperação judicial da empresa.

Referências Bibliográficas:

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Clara Pereira Ribeiro. **Curso Avançado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Código Comercial e Legislação Comercial Anotados**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, v. 3**. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

FAZZIO JR., Waldo. **Lei de Falências e Concordatas Comentada**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. **A Restituição de Crédito na Nova Lei de Falência**. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=11391&kw=nava+lei+de+falencia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. *Comentários sistemáticos. Primeira e Segunda Partes*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 1 de set. 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial, v. 15**. Saraiva: São Paulo, 1961.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. *Atualizada por Ricardo Negrão*. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

MESQUITA, Igor Nunes. **A Nova Lei de Falência e a Participação dos Credores**. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=15203&kw=nova+lei+de+fal%EAncia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

MORO, Fernando Domingos. **Jurisdição Constitucional Como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 3**. São Paulo: Saraiva. 2004.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **Principais Mudanças na Lei de Falências**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6747>>. Acesso em: 1 set. 2005.

Redação da Última Instância. Revista Jurídica Eletrônica. **Procurador-geral afirma que a Nova Lei de Falência é Constitucional**. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=14892&kw=nova+lei+de+fal%EAncia>. Acesso em: 1 de set. 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar, v. 1**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar, v. 2**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, v. 1**. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. 4º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, v. 2**. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. 4º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, v. 3**. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. 4º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ZANÃO, Elaine Cristina. **Reflexos Práticos da Nova Lei de Falência**. Disponível em:

<http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=14433&kw=nova+lei+de+falencia>. Acesso em: 1 de set. 2005.