

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

**BENHUR SCHIMITH TASSO
0005002**

DIREITO FALIMENTAR

**CURITIBA
2004**

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

**BENHUR SCHIMITH TASSO
005002**

REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA DIANTE DO PROCESSO FALIMENTAR

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

BENHUR SCHIMITH TASSO

**REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA DIANTE DO PROCESSO
FALIMENTAR**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



**Prof.ª Dr.ª. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado, UFPR.**

**Prof. Mestre Edson Isfer
Departamento de Direito Privado, UFPR.**



**Prof. Mestrando Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi
Departamento de Direito Privado, UFPR.**

Curitiba, 04 de novembro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO.....	01
INTRODUÇÃO.....	02
CAPÍTULO I	
HISTÓRICO	
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	05
1.2 FALÊNCIA NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS.....	07
1.3 FALÊNCIA NO BRASIL.....	09
CAPÍTULO II	
NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO FALIMENTAR	
2.1 DIREITO CONCURSAL.....	12
2.2 A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO.....	14
2.3 PRESSUPOSTOS PARA A EXISTÊNCIA DA FALÊNCIA.....	16
2.3.1 EMPRESÁRIO.....	20
2.3.2 INSOLVÊNCIA E IMPONTUALIDADE.....	22
2.3.3 SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA.....	30
CAPÍTULO III	
A REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA FALIDA	
3.1 A NOVA EMPRESA.....	35
3.2 A FIGURA DA RECUPERAÇÃO.....	36
3.3 LEGITIMIDADE ATIVA.....	38
3.4 A FIGURA DO SÍNDICO.....	42
3.5 O GESTOR.....	46
3.6 ARRECADAÇÃO DOS BENS.....	48
3.7 PRETENSÕES SOBRE A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA FALIDA.....	49
CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	54

RESUMO

Quando da edição de nossa legislação falimentar vigente (Decreto Lei 7.661/45), a situação econômica pela qual nosso país passava era completamente distinta da de hoje, pois esta legislação possui um caráter eminentemente liquidatário, e com seus 59 anos de vigência, se encontra completamente fora dos parâmetros econômico-sociais atuais, acabando até por se contrapor à nova ordem econômica globalizada, pois diverge da presente tendência de se buscar a preservação e recuperação da empresa em crise, com base principalmente na sua função social e na busca do pleno emprego, almejados pelo legislador constituinte de 1.988. (art. 170, VIII, C.F.). Não são poucas as empresas que, esperançosas de obterem algum auxílio no intuito de adimplir seus débitos, optam pela confissão de sua insolvência, com posterior declaração de falência, para poderem requerer a continuação dos negócios, benefício legal contido no artigo 74 do Decreto Lei nº 7.661/45. Contudo, apesar desta tendência, contemplamos que atualmente este benefício jurídico está compreendido apenas em um artigo de nossa Lei de Falências, e ainda de forma restritiva, trazendo em seu bojo limitações de ordem material e processual, deixando esta benesse apenas à sorte do devedor, e condicionando a análise de tal pedido somente para depois de os bens serem arrecadados e inventariados. Vê-se ainda que a condição atual da nomeação do síndico, prevista no artigo 60 do referido diploma legal, acaba por se tornar mais um empecilho para o célere desenvolvimento administrativo da massa, sendo cabível que a tarefa de minimizar tais incongruências seja clamada pelos operadores do direito e pela doutrina, até que tenhamos nova legislação nesse sentido.

INTRODUÇÃO

Todo empresário, ao abrir sua empresa, espera do mercado uma receptividade, a qual lhe dará uma viabilidade financeira, espera-se, por um longo período. Muitas destas empresas, logo que abrem suas portas, deparam-se com um mercado quase saturado, sem muitas expectativas, o que, aliado às altas taxas de juros e demasiadas contribuições trabalhistas, tornam quase impossível sua subsistência. Estes fatores, aliados ao fenômeno da globalização, acabaram por cumular um gravame imenso as empresas, pois o mercado nacional, afoito por novidades, possibilitou o ingresso de grandes multinacionais, aumentando a concorrência e fragilizando estas empresas nacionais, principalmente as de pequeno e médio porte, que fazem esforços enormes para a manutenção das suas obrigações.

Muitas vezes este empenho não é o suficiente, gerando um estado de inadimplemento, não restando ao empresário alternativa senão a confissão do seu estado de insolvência¹, ou aguardando a declaração desta a pedido de eventuais credores.

Com a declaração da falência, ou seja, a afirmação de que a empresa está insolvente (patrimônio passivo superior ao ativo), o poder judiciário intervém na relação particular, objetivando satisfazer os interesses do Estado e, principalmente, aos interesses dos credores, quase na totalidade dos casos fazendo com que a empresa cesse suas

¹ Artigo 8º, caput, do Decreto-lei 7.661/45: "O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de 30 (trinta) dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento: (...).

atividades e liquide todo o seu patrimônio para quitar as dívidas resultantes da atividade empresarial.

Ocorre que, em alguns casos, a falência foi requerida com o intuito de reorganizar a empresa, visto que esta é viável, mas atravessa momentos críticos, passando por dificuldades financeiras, não sendo possível adimplir suas obrigações.

Apesar da legislação falimentar (Decreto Lei 7.661/45) não apresentar uma solução adequada que se encaixe neste dilema, como consta em projeto de lei tramitando no Câmara dos Deputados², ao menos após a intervenção judicial é admitida a conciliação da falência a uma espécie de continuidade dos negócios, desde que de forma salutar e responsável, com o intuito de reerguer a empresa falida, através de administradores nomeados pelo Poder Judiciário, que são o síndico e o Gestor de Negócios³, valendo lembrar que se trata de remédio excepcional dentro de nossa legislação falimentar a figura da continuação dos negócios, e ainda condicionada, à conveniência do juízo.

A Lei de Falências – Decreto-Lei 7.661/45 - acaba impondo barreiras ao bom andamento da ação, pois peca por excesso de zelo processual, e em certos pontos não se coaduna com a nova ordem econômica, estando defasada juridicamente (pois em vigência há quase 60 anos), e acaba colocando obstáculos à tomada de medidas mais efetivas e imediatas, como a continuidade dos negócios de plano, não condicionada à arrecadação e ao inventário de bens.⁴

² Projeto de Lei 4.376/93.

³ Art. 74, caput, do Decreto-Lei 7661/45: “O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico”.

⁴ Art. 74, §1º, do Decreto-Lei 7.661/45: “A continuação do negócio, salvo caso excepcional, a critério do juiz, somente pode ser deferida após o término da arrecadação e juntada dos inventários aos autos da falência.”

Dito isto, esclarece-se que o presente trabalho procura listar tentativas da doutrina e da jurisprudência de buscar novas formas de propiciar uma prestação jurisdicional mais efetiva, embasando-se não apenas na interpretação literal da Lei Falimentar vigente, mas também na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Tentar-se-á demonstrar com isso que o objeto da proteção estatal passou a ser a preservação da empresa (superando-se o binômio credor / falido), e sua conseqüente recuperação quando esta passa por dificuldades financeiras, procurando-se atender aos anseios principalmente dos credores e dos empregados, mas também do próprio empresário falido, pois a empresa, atualmente, possui muita importância no cenário nacional.

É imprescindível que busquemos a continuidade da atividade empresária, pois além de serem as empresas fontes de tributos, temos nelas um complexo gerador de empregos, sendo que sua preservação se revela necessária, seja diante da função social da propriedade ou da busca do pleno emprego.

Para chegar ao resultado pretendido neste trabalho, primeiro deve-se analisar de onde surgiu o instituto da falência, seja no âmbito brasileiro ou mundial. Depois de superada esta fase, passa-se a ver os institutos que compõem a falência de um empresário, como a falência é requerida, deferida e decretada, além de seus pressupostos intrínsecos. Somente depois que estes obstáculos sejam ultrapassados é que tratar-se-á do tema central, qual seja, a continuidade dos negócios da empresa falida.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A utilização prática da falência iniciou-se no período da antiguidade, com a insolvência do devedor. Quando este deixava de pagar suas dívidas para com seus credores, poderia ser executado (citado em juízo para que pagasse a dívida, sob pena de ter seus bens penhorados, tantos quantos bastassem para quitá-la) pelos mesmos.

Respondia o devedor por suas dívidas com coação física por parte do credor, coação esta que consistia na possibilidade de escravidão, pena pessoal e intransferível, e até mesmo na perda da própria vida.

Conta Rubens REQUIÃO⁵ que na Índia o débito do devedor poderia ser acrescido de mais cinco por cento em caso de confissão e dez por cento em caso de negação. Já no Egito, a execução do devedor já recaía sobre seus bens, mas como muitas vezes eram insuficientes, poderia o credor, ao falecer o devedor, tomar seu cadáver como forma de penhor.

Mas é na Grécia que se deu a mais importante fonte histórica das formas de se executar aquele que não pagava suas dívidas, através da Lei das XII Tábuas.

⁵ REQUIÃO, Rubens, Curso de direito falimentar, v I, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

Para pagar suas dívidas, poderia o devedor vender-se ao credor (sua própria pessoa), bem como o credor aliená-lo, ou até mesmo acabar com sua vida.

O direito romano seguia a linha das formas de se executar o devedor como a Grécia, acrescentando um *plus* de que, se após ser confessada a dívida, julgada a ação, executado durante trinta dias, e ainda assim não pagasse sua dívida, ou alguém não a solvesse, aplicava-se a pena capital, podendo ser esquartejado, ou ainda alienado seu cadáver.

O grande marco da história de Roma perante o direito falimentar que se aplica atualmente é o delineamento das duas formas de execução: a singular e a coletiva.

Na Idade Média, já em meados do século XIII, *“forma-se um direito comum baseado nos usos e costumes consagrados nas decisões dos juízes consulares e das corporações, constituindo-se um direito comercial.”*⁶

Nessa época surge a submissão dos credores ao judiciário, para que pudessem cobrar suas dívidas, arrecadando-se os bens do devedor, para que o juiz os vendesse e, conseqüentemente, pagar-lhes o que era devido. Contudo, relata J. C. Sampaio de Lacerda⁷: *“havia sanções severas para os que se apresentassem como credores de crédito inexistente, quando então teriam que contribuir com certa soma para a comunidade e aquele que pretendesse fazer valer um crédito por quantia maior que a devida, perderia o próprio crédito”*.

⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. V I, São Paulo: Saraiva, 1989 p.9

⁷ LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de direito falimentar, 13ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, p. 42.

Já nessa época procurava-se demonstrar a preocupação existente em relação às fraudes, pois os supostos credores (crédito inexistente), porquanto não sendo credores reais, pretendiam em relação ao devedor, configurando atualmente o que é chamado de má-fé.

A decretação da quebra nos períodos mais antigos trazia ao devedor sanções penosas, pois a falência era considerada como um fato delituoso, e aquele que praticasse atos que resultassem nessa situação (insolvência) deveria ser punido.

1.2 FALÊNCIA NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Uma das grandes contribuições que incentivaram a nossa atual e vigente legislação falimentar foi o Código Comercial Francês de 1808. Dizia o Código Napoleônico, pois foi o que legislou a este respeito, que o instituto da falência servia como forma de enriquecimento, sem perder a honra, e que isto deveria ser coibido.

O devedor ao menos deveria se sentir culpado por ter se deixado chegar a essa situação, a de falido. Napoleão exigia mais severidade e intolerância quanto à classe dos devedores falidos.

Rubens REQUIÃO⁸ afirma que se abriu na evolução histórica do instituto, o predomínio de um intuito econômico, que põe em relevo os interesses dos credores.

⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar, v. I, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.

Afirma, também, que se procurou corrigir a falibilidade da repressão à fraude através do aperfeiçoamento de normas legais, sucedendo-se as reformas legislativas em vários países.

Na França, em 1955, foi suprimida a liquidação judicial e criado o regulamento judicial, ao lado da falência. Várias foram as posteriores legislações que modificaram esse instituto, como a Lei 67.563, de julho de 1967, na qual lê-se: *“todo comerciante, toda pessoa moral de direito privado, mesmo não sendo comerciante, que cessa seus pagamentos, deve, em quinze dias, declarar que deseja a abertura de um processo de regulamento judicial ou de liquidação de bens. Tais processos podem ser abertos também a pedido de um credor, qualquer que seja a natureza de seu crédito.”*⁹

Conforme os anos vão passando, cada vez mais se visualiza a necessidade do aperfeiçoamento e adaptação da legislação falimentar para acompanhar a realidade dos fatos. Mas dentre tantas alterações, ocorridas tanto na legislação de nosso país como de todo o mundo, permaneceram dois requisitos essenciais: a essencialidade do devedor ser empresário e a manifestação de cessação dos pagamentos de seus débitos.

O sistema italiano possui um caráter essencialmente voltado ao comércio. Já o sistema anglo-saxônico, por outro lado, representado por Inglaterra e Estados Unidos, analisa o instituto da falência de forma diferente, permitindo que este incida sobre todo e qualquer devedor, sendo este comerciante ou não.¹⁰

⁹ LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de direito falimentar. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 44

¹⁰ PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5 e 6.

1.3 FALÊNCIA NO BRASIL

Como o Brasil foi colonizado pelos portugueses, aplicava-se à época colonial a mesma legislação utilizada no direito lusitano, basicamente regulamentado por três Ordenações: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas.

Nas ordenações Manuelinas foram regulados, primeiramente, *"o concurso de credores que ocorria quando o patrimônio do devedor não bastava para solver todos os seus débitos. Prevalecia a prioridade do primeiro exequente."*¹¹

Tais ordenações regulamentavam que, havendo sentença condenatória transitada em julgado, teria o devedor insolvente seus bens penhorados tantos quantos fossem necessários à quitação dos débitos, ou se não possuísse bens suficientes para quitar suas dívidas, seria preso até que pudesse solvê-la, sob pena de continuar encarcerado até que pudesse quitar por completo as pendências para com seus credores.

As contribuições legislativas Filipinas, que tiveram sua origem na Espanha e não em Portugal, delinearam o comportamento das atividades mercantis na colônia portuguesa. No que tange à questão da execução do devedor insolvente, permaneceram as mesmas regras das Ordenações Manuelinas.

Como quase em todas as legislações antigamente surgidas, as Ordenações também visavam prevenir ações fraudulentas, as quais eram punidas até com a pena capital. Tal visão se ressaltou com o Alvará número 13 de 1753, expedido pelo Marquês de Pombal, constituindo na legislação brasileira o ponto inicial do estudo da instituição da falência.

¹¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. v I, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

Os processos que cuidavam das quebras dos devedores, verificada a má-fé dos mesmos, eram julgados pelo Juiz Conservador do comércio que autorizava a prisão dos "culpados". Quando era demonstrada a boa-fé, penhoravam-se os bens do devedor, prioritariamente.

Segundo relata Rubens REQUIÃO, *"o alvará traz em seu texto os germens de todo o moderno sistema falimentar, constituindo valioso subsídio para o conhecimento das reais tendências do direito português e brasileiro."*¹²

A legislação falimentar passou a vigorar no Brasil após a Proclamação da Independência, isto é, no período do Império, destacando-se como principal regulamentação o Código Comercial Napoleônico de 1808, aplicando-se subsidiariamente o Alvará supra citado chamado de Lei da Boa Razão.

No ano de 1850 foi promulgado o Código Comercial, agora brasileiro, que regulamentaria o processo falimentar (artigos 102 a 187) até o período Republicano.

Segundo J. C. Sampaio de LACERDA, *"alegava-se contra o Código Comercial sua lentidão, complexidade, dispendiosidade e prejudicialidades concomitantes entre credores e devedor."*¹³

Com o advento de um novo período que se instaurava no Brasil, e as inadequadas condições em que se encontrava o comércio brasileiro, surgiram algumas relevantes legislações que tratavam da falência, dentre elas o Decreto nº 817 de 1890, a Lei nº 859 de 1902, a Lei nº 2024 de 1908 e a Lei nº 5476 de 1929.

¹² REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. v I, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

¹³ LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de direito falimentar. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 45.

No ano de 1939, Trajano de Miranda Valverde apresentou o anteprojeto de lei de falências que se tratava de uma lei que interessava profundamente à ordem econômica.

Seguindo a cronologia anual das legislações falimentares, em 1943 o Ministro da Justiça Marcondes Filho apresentou outro anteprojeto que se transformou no Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945 e que está vigente no país até os dias atuais.

NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO FALIMENTAR

2.1 DIREITO CONCURSAL

O direito concursal (modernamente denominado Direito Falimentar) está a serviço da sociedade (mais intimamente do Estado, que atua como representante da coletividade) para preservar e proteger relações jurídicas de natureza empresarial.

Melhor ainda se dissermos que preserva e protege o crédito, ou o pagamento das dívidas das empresas, destacando-se suas finalidades primordiais, que são a preservação do crédito público e a igualdade de credores, através da liquidação judicial (falência).

Neste bojo, importante é ressaltar que o binômio credor x devedor, predominante na atual legislação falimentar, deixou de ser o objeto principal da proteção pela sociedade (mas não pelo Estado, segundo a sistemática atual).

A tendência de nosso ordenamento é de se preservar a empresa econômica e financeiramente viável face à sua função social, almejada pelo legislador constituinte de 1.988¹⁴. Ocorre que a atual sistemática que regula a falência (Decreto-Lei 7.661/45) ainda está dirigida à proteção do crédito, fato este que se busca alterar com o projeto de Lei 4.376/93, e já alterado até mesmo no próprio entendimento estatal, como visto no Código Civil de 2002 e na própria Constituição Federal de 1988.

¹⁴ A respeito do tema, pertinente a observação de José Afonso da Silva, (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed. Malheiros Editores, 1993, p. 675/676): “A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no artigo 170, VIII (CF/88), especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva”.

Comungam deste entendimento J. A Penalva SANTOS e Paulo Penalva Santos:
“Hodiernamente, é inadmissível a existência de um direito concursal centrado apenas na idéia tradicional de um instituto jurídico disciplinador da função anormal do crédito, como se fosse apenas uma questão patrimonial, com base no princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores.”¹⁵”

A lição adiante descrita sobre o tema, de José Francelino de ARAÚJO, ilustra de forma cristalina essa nova concepção, pois o direito falimentar não deve ser visto tão somente da ótica jurídica, mas também do prisma econômico-sociológico:

“Do ponto de vista jurídico o direito é um conjunto de relações entre os diversos ramos do direito, assim considerados o Direito Civil e o Processo Civil, o Direito Penal e o Processo Penal, o Direito Constitucional e outros. Deste concurso dos vários ramos do direito surge um direito novo, independente, especial com regras de direito material e processual próprias, capazes de, em certos casos, derogar normas consagradas no direito comum.”¹⁶”

Para uma melhor compreensão, acrescenta o autor que:

“A falência apresenta dois aspectos: um econômico-social e outro jurídico. No exame do primeiro aspecto, o estudo se dirige à economia e à sociologia, na busca das causas que originaram a quebra e a consequência dessas mesmas causas na sociedade onde a empresa atua. Sob o aspecto jurídico, o exame é direcionado para o estudo do Direito Comercial e dos outros ramos que formam o direito

¹⁵ SANTOS, J. A Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Comentários à lei de falências. In VALVERDE, Trajano de Miranda. 4ª Editora Forense, 2000, v.1, p. 27.

¹⁶ ARAÚJO, José Francelino. Curso de Falências e Concordatas. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996. p 9-10.

*falimentar, resultando dessa análise a reunião do direito material e do direito processual, em um único instituto excepcional.*¹⁷”

Mas a realidade jurídica demonstra a existência de uma totalidade de normas disciplinadoras quase que exclusivamente com caráter jurídico-processual, e não econômico-sociológica, e por este motivo não se constituem em mecanismos eficientes e capazes de propiciar a preservação e recuperação de empresas em crise, além de atender efetivamente aos anseios do universo de credores, principalmente dos empregados.

Neste sentido, o direito falimentar atua, em primeiro plano, como instrumento de preservação do crédito público, ficando marginalizada, principalmente, a função social da norma jurídica.

2.2 A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

Toda a sistemática empresarial atual está centrada no intuito de fazer as riquezas circularem, e esta circulação está diretamente ligada à existência e manutenção de um crédito com o Estado e com as demais empresas. A ausência da possibilidade de se criar um capital de giro sustentável (necessário seria ter um montante muito alto de capital), faz com que empresas busquem em seus fornecedores prazos, estes com o intuito de criar uma espécie de capital ficto, pois se fosse necessário se socorrer junto a bancos para criar este capital, a empresa seria inviável, diante da pequena margem de lucro obtida com vendas frente às altas taxas de juros praticados pelas instituições financeiras.

¹⁷ ARAÚJO, José Francelino. Curso de Falências e Concordatas. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto. 1996. p 9-10.

Neste sentido, é oportuna a lição de Paulo Penalva Santos sobre a importância do crédito:

“É inquestionável que o crédito pode ser comparado ao oxigênio para dar vida a qualquer sistema econômico, pois o mecanismo da circulação das riquezas tem nele um dos elementos essenciais de propulsão. Sem operações de créditos, as atividades econômicas encontrariam limites muito estreitos para se reproduzirem, ainda maiores para se expandirem. A manutenção da credibilidade no sistema financeiro é um elemento básico na organização econômica.”¹⁸

Para que qualquer empresa consiga desenvolver-se na sociedade atual a concessão de crédito é imprescindível, pois do contrário esta empresa sucumbirá diante da concorrência, conforme assevera Trajano de Miranda Valverde:

“O mecanismo da circulação das riquezas tem no crédito um dos elementos principais de propulsão. As organizações comerciais modernas, quaisquer que sejam, sem ele não podem desenvolver com amplitude os seus negócios, atuar com eficácia no campo largo e aberto da concorrência.”¹⁹

Crédito e confiança estão diretamente ligados. O não cumprimento de uma obrigação no prazo avençado cria verdadeira insegurança e instabilidade no sistema econômico, pois muitas vezes o credor contava com o pagamento daquela obrigação para poder honrar com negócios assumidos perante terceiros, o que acaba por ocasionar, muitas vezes, uma sucessão de relações jurídicas não honradas, as quais, conseqüentemente, levarão à insolvência generalizada.

¹⁸ SANTOS, Paulo Penalva. Falência requerida pela fazenda pública. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v. 4. p. 402.

¹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

A empresa que não cumpre suas obrigações no prazo acaba por perder a confiança que lhe foi conferida no momento da atribuição de seu crédito, supondo-se que o usou indevidamente, sujeitando-a a uma eventual falência. Esta medida se faz necessária para preservação do crédito público como um todo, culminando na exclusão de empresas insolventes do sistema econômico, garantindo assim a corrente de confiabilidade do sistema.

2.3 PRESSUPOSTOS PARA A EXISTÊNCIA DA FALÊNCIA

Para entender-se como funciona a falência, precisamos antes estudar seus pressupostos de existência, para que seja possível entender sua sistemática.

No nosso atual ordenamento jurídico, para que uma empresa seja declarada falida, necessário se faz a presença de três pressupostos. São eles: Devedor-comerciante (empresário *lato sensu*); Insolvência e Impontualidade deste devedor e Sentença declaratória da falência.

Mas para que se possam analisar esses pressupostos, primeiro deve-se saber quem é a pessoa legitimada para requerer a falência de uma empresa na maior parte dos casos, qual seja: o credor (com a ressalva do instituto da autofalência, onde o próprio devedor confessa seu estado de insolvência).

O credor, munido de título que comprove seu crédito, é quem pode requerer a falência de determinada empresa, desde que esta não consiga honrar com seus compromissos financeiros corretamente, e respeitados os pressupostos já citados.

Na grande maioria dos casos, quem requer a falência da empresa em dificuldades é o credor quirografário, sem nenhum tipo de garantia, pois os credores que as possuem, sejam elas garantias reais sobre determinado bem, ou qualquer outro tipo de segurança de que o pagamento de seu crédito será honrado (até mesmo pela própria ordem dos pagamentos na falência), não possuem interesse nesta declaração, visto que a própria sistemática atual (do ordenamento jurídico como um todo) acaba por garantir seus créditos (acrescentando que para estes poderem propor a ação de falência terão de renunciar às suas garantias – art. 9º, III, b do Decreto-Lei 7.661/45).

Miranda VALVERDE comunga deste entendimento, como podemos ver a seguir:

*"o requerente da falência, é, em regra, credor quirografário. A esta classe pertence a grande maioria, credores que não tem outra garantia, desprovida, aliás, de qualquer privilégio ou preferência, senão os bens, em globo, do devedor. Por serem os mais sacrificados no desastre, cabe-lhes sempre a iniciativa da abertura do processo de falência, que é o meio mais rápido e eficaz de que dispõem para a salvaguarda de seus direitos."*²⁰

De acordo com o contido no artigo 1º do Decreto Lei 7.661/45 (Lei de Falências), qualquer pessoa (física ou jurídica), detentora de um título de crédito com força executiva (líquido e certo), pode requerer a falência do devedor.

²⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências (atualizadores J. A Penalva Santos e Paulo Penalva Santos). Editora Forense, 2000. V. I, p. 156.

Para Wilson de Souza Campos BATALHA e Sílvia Marina L. Batalha de RODRIGUES NETTO, dívida líquida e certa é *"aquela de existência indubitável quanto à sua origem e ao seu valor."*²¹

O Projeto de Lei 4.376/93 traz em seu bojo um conceito mais amplo, conforme se verifica em seu artigo 97: *"Podem requerer a falência do devedor: I - o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107; II - o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III - o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV - qualquer credor..."*

Qualquer credor, civil ou comercial, tem a faculdade de requerer a falência do devedor insolvente, quando verificada qualquer das hipóteses legais.

Neste sentido é a jurisprudência:

"FALÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA PARA REQUERER. CREDOR CIVIL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO CASSADA PARA QUE O PROCESSO PROSSIGA COMO DE DIREITO. A lei falimentar não distingue a origem da dívida, se civil ou comercial, tampouco indaga se o credor é ou não comerciante. Assim, qualquer credor, devidamente munido de título apto ao requerimento da falência, pode propô-la". (TJPR. 5ª Câmara Cível, Ap. Cível 52.621-2, acórdão 1697, Rel.: Juiz convocado Cunha Ribas).

"COMERCIAL. FALÊNCIA. ABANDONO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. PRESUNÇÃO DE INSOLVÊNCIA NÃO ELIDIDA. DESCABIMENTO DO DEPÓSITO ELISIVO. LEGITIMIDADE ATIVA DO

²¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos BATALHA e Sílvia Marina L. Batalha de RODRIGUES NETTO. Falências e Concordatas, 3ª edição. Editora I.Tr, 1999. p. 90.

CREDOR CIVIL. DESNECESSIDADE DO PROTESTO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE FALÊNCIA CONFIRMADA. 1. O pedido de falência com fundamento nos fatos enumerados no artigo 2º da Lei de Falências, importa em presunção de insolvência do devedor, que pode ser elidida mediante oposição de embargos e não através de depósito elisivo, limitado esse ao pedido de falência fundado em impontualidade. 2. O direito de requerer a falência pode ser exercido por qualquer credor, seja civil ou comerciante. 3. O requerimento de falência fundado em presunção de insolvência dispensa a certidão de protesto que caracteriza a impontualidade do devedor, bastando a prova da qualidade de credor e do fato invocado para caracterizar a falência. Referência legislativa: Dec.-lei 7.661/45, arts. 1º, 2º, VII, 4º, 9º, III, 11, parágrafos 1º e 2º, 12, parágrafo 1º. (TJPR. 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0093130-2, acórdão 19470, Rel. Des. Ulysses Lopes. J. em 13.03.2001, pub. DJPR de 02.04.2001).

Apesar de competir, preferencialmente, aos credores quirografários o requerimento da falência, não ficam os que têm garantias reais impossibilitados de o promover, conforme entendimento jurisprudencial:

"FALÊNCIA. CREDOR COM GARANTIA REAL (Dec. Lei 7.661/45, artigo 9º, III, B). No ato do credor com garantia real que requer a falência do devedor está implícita a renúncia a essa garantia, pois a lei de regência DL 7661/45, artigo 9º, III, B) não exige que ela seja expressa. Recurso conhecido e provido". (STJ. 4ª Turma, Rel.: Min. Antônio Torreão Braz, RSTJ nº 69, p. 249).

Desta forma, entendido o conceito de credor (que é um dos legitimados para requerer a declaração da falência, juntamente com o próprio devedor, com a ressalva da

autofalência), passa-se à análise dos pressupostos que culminarão nesta intervenção judicial da atividade empresária.

2.3.1 EMPRESÁRIO

O primeiro pressuposto a ser preenchido pelo credor que requer a falência, pressuposto este imperativo e autorizativo para que o juiz a decrete, consiste na prova da qualidade de empresário do devedor, ou seja, que este - o devedor - exerça profissionalmente atividade econômica, tipificada na forma da lei.

Porém, como adverte José da Silva PACHECO: *"compete ao juiz, em prudente apreciação, verificar da configuração ou não dessa qualidade."*²²

Atualmente o conceito de comerciante, utilizado no Decreto-lei 7.661/45, foi substituído pelo de empresário, encontrando-se delineado com maior amplitude, pois se visualiza no artigo 966 do Novo Código Civil – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação:

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

O projeto de lei 4.376/93, que se aprovado revogará e substituirá a atual legislação falimentar, em seus artigos 1º e 2º, afasta qualquer discussão em relação ao atual conceito de empresário:

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

²² PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata, Forense, 6ª ed., p. 86.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I - empresa pública e sociedade de economia mista; II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

Aduz Silvio de Salvo VENOSA que “*com essas novas disposições, fica mais clara a distinção, feita antes pela doutrina, no tocante às associações, bem como quanto às sociedades civis (sociedades simples) e sociedades mercantis.*”²³”

Com estes conceitos, aliados ao entendimento jurisprudencial pátrio dominante, resta cristalino o entendimento de que o conceito de empresário foi estendido a pessoas antes não atingidas pela lei de falências, e que se sujeitavam ao regime da insolvência civil.

A respeito, citamos a seguinte jurisprudência:

"COMERCIAL. FALÊNCIA. HOSPITAL. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada que presta serviços com finalidade de lucro. Admissibilidade da quebra. O conceito moderno de comerciante compreende toda empresa que desenvolve atividade econômica organizada, admitindo-se, assim, a aplicação da Lei de Falências à sociedade prestadora de serviços que vise à obtenção de lucro. Referência legislativa: Dec.-lei 7,661/45, artigo 1º."
(TJPR. 1ª Câmara Cível, Ap. Cív. 97.181-5, Rel.: Des. Ulysses Lopes, DJPR de 02.04.2001).

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Editora Atlas. 3ª ed, p. 286.

2.3.2 INSOLVÊNCIA E IMPONTUALIDADE

Insolvência nada mais é do que a situação ocasionada quando o passivo torna-se superior ao ativo de uma empresa, ou seja, o devedor possui patrimônio insuficiente para honrar seus compromissos, conforme leciona Amador Paes de ALMEIDA: *Insolvência "é a condição de quem não pode saldar suas dívidas."*²⁴

A impontualidade no cumprimento de uma obrigação não reflete necessariamente o estado de insolvência do devedor, pois pode decorrer, *verbi gratia*, do deficiente fluxo de caixa e da falta de capital de giro.

Desta forma, pode-se afirmar com certeza que os conceitos de insolvência e impontualidade não se confundem, conforme assevera Carvalho de MENDONÇA: *"a impontualidade é o não-pagamento de dívida líquida e certa, e insolvência se caracteriza pela insuficiência do ativo para cobrir o passivo."*²⁵

A Lei de Falências (art. 1º do Decreto-lei nº 7.661/45) é clara ao considerar falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

Na leitura do dispositivo supra transcrito percebe-se que o direito falimentar pátrio adotou como princípio geral para a caracterização da falência a impontualidade, desprezando o exame da insolvência, conforme asseverado por José Francelino de ARAÚJO:

²⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata, Ed. Saraiva, 18 ed., p. 21.

²⁵ BATALHA, Apud Wilson de Souza Campos e Silvia Marina L. Batalha de RODRIGUES NETTO. Falências e Concordatas. LTr, 3ª ed. p. 133.

"O direito brasileiro, adotando a impontualidade e os atos de falência, como caracterizadores da quebra, desprezou o exame da insolvência e da insolvabilidade como causas da falência, assim como na apuração das responsabilidades criminais do falido excluiu a antiga análise sobre falência causal, culposa e fraudulenta. A investigação da insolvência e da insolvabilidade foi substituída, objetivamente, pela impontualidade. Basta o não pagamento do título no vencimento para que o empresário seja considerado falido, segundo preceito do artigo 1º da Lei de falências.²⁶"

Darcy BESSONE, dissertando sobre o referido princípio registrou, *in verbis*: "A busca da simplificação e da objetivação encontrou no sistema da 'impontualidade' o mais factível, embora, teoricamente, possa não ser o de maior racionalidade. Entre nós, desde 1890 (Lei n. 917), vigora o sistema da impontualidade, ainda que complementado pelos critérios definidos no art. 2º, que arrola casos especiais de caracterização da quebra, independentemente da configuração da impontualidade.²⁷"

O "caput" do art. 11 da Lei de Falências estabelece: "Para requerer a falência do devedor com fundamento no art. 1º, as pessoas mencionadas no art. 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor".

Trajano de Miranda VALVERDE ensina que "a impontualidade se torna pública com o protesto do título creditório.²⁸"

²⁶ ARAUJO, José Francelino de. Curso de Falências e Concordatas. Manual de falências e concordatas. Porto Alegre. Sagra-Luzzatto, 1996, p. 30.

²⁷ BESSONE, Darcy. Instituições de direito falimentar. Saraiva, 1995, p. 32.

²⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à lei de falências. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1948, p. 113.

Preleciona Ruben RAMALHO que:

"Em face da nossa Lei Falimentar, só será considerado impontual o devedor que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida. Dai se infere que, em existindo motivo justo para o não cumprimento de uma obrigação assumida, desaparece ou não chega a constituir a figura legal do impontual".

(...)

"Mas não há impedimento de ordem jurídica ao descumprimento de uma obrigação assumida, por razões diversas, por mero capricho. Nesse caso, ainda que o devedor comerciante possua recursos econômicos e financeiros, a falência tem suporte legal. Esse suporte é configurado na impontualidade.²⁹"

A omissão no pagamento, característica da impontualidade, conforme ensina Darcy BESSONE, necessita de ato que formalmente a estabeleça, sendo um destes atos o protesto do título, eleito pelo art. 10 da Lei de Falências como a forma objetiva da certeza da impontualidade.

Neste sentido é a jurisprudência:

"PEDIDO DE FALÊNCIA – ARTIGO 1º, DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 – IMPONTUALIDADE – DUPLICATAS E CHEQUES – DESNECESSIDADE DE PROTESTO ESPECIAL – EXIGÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS PROTESTOS DOS TÍTULOS – RECURSO DESPROVIDO – Em pedido de decretação de falência com base no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, instruído com títulos de crédito consistentes em duplicadas e cheques, desnecessário é o protesto especial, bastando o protesto cambial comum. Imprescindível é, no entanto, a comprovação

²⁹ RAMALHO, Rubem. Curso teórico e prático de falências e concordatas. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 95.

da intimação do devedor pelo cartório, sob pena de invalidade do protesto. Inexistindo comprovante da intimação, correta está a sentença que indeferiu a petição inicial e decretou a extinção do processo (art. 267, I do CPC). 2. FALÊNCIA. MORATÓRIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PARA PASSÍVEL COMPOSIÇÃO DAS PARTES. IMPONTUALIDADE DESCARACTERIZADA. ARTIGO 4º, INCISO VIII, DA Lei de Falências. EXTINÇÃO DO PROCESSO. – Na falência o que se protege é o interesse público. Nela a proteção não é apenas do credor, cuja operação comercial não foi liquidada. Se há desvio de sua finalidade, como suspensão do processo para possível composição entre credor e devedor, fica descaracterizada a impontualidade do devedor para o fim de sujeitá-lo à quebra requerida com fundamento no artigo 1º, da Lei de Falências". (TJPR – ApCiv . 0073009-6 – (19088) – Sarandi – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira – DJPR 19.03.2001)

Conforme visto acima, verifica-se a existência da possibilidade do devedor acordar com o credor a referida ‘impontualidade’ da dívida, objetivando a descaracterizar e evitar uma eventual falência, cabendo apenas e tão somente ao credor executar o acordo se este não for cumprido.

D’outro lado merece destaque o projeto de lei 4.376/93, o qual limitará de forma substancial o uso do pedido de falência como meio coercitivo de cobrança. Em que pese a insolvência ainda continuar a ser o critério caracterizador da liquidação judicial, e a impontualidade um dos seus sinais exteriores mais relevantes, a insolvência ficará melhor caracterizada, pois o pedido de liquidação judicial deverá ser instruído com certidão de

protesto do título do credor, acompanhado de títulos de outros credores distintos, os quais também deverão ter sido objeto de protesto, conforme se infere da leitura do artigo 94 do referido projeto:

"Artigo 94: Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido da falência: (...) § 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I. § 2º Ainda que liquidados, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. §3º Na hipótese do inciso I, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. (...)"

Outra importante mudança a ser implantada, como visto no trecho acima transcrito, será a implantação do valor mínimo do crédito a ser pleiteado no valor de 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no País, como um dos pré-requisitos para se requerer a liquidação judicial (atual pedido de falência). Essa medida pode ser vista como tendo o intuito de desafogar os tribunais, pois na atual praxe forense de nossa cidade tem-se um grande número de pedidos de falência com valores inferiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais), que acabam por sobrecarregar de trabalho as varas especializadas, e esta imposição de um valor mínimo do crédito a ser cobrado, sem sobra de dúvidas, contribuirá

sobremaneira para o bom desenvolvimento dos trabalhos junto ao Judiciário, diante da diminuição da indústria da falência.³⁰

O próprio empresário pode dar vestígios de estar em dificuldades financeiras, os quais poderão ser valorados e considerados como outras hipóteses de insolvência, encontradas no artigo 2º do Decreto Lei 7.661/45, o qual elenca taxativamente estes atos exteriores que podem levá-lo a declaração da falência.

Rubens REQUIÃO adverte: *"Nesses casos não ocorre, evidentemente, a impontualidade do devedor, mas o seu estado de insolvência se exterioriza pela prática desses atos. É a aparência de insolvabilidade. A presunção desse estado, todavia, pode ser elidida pelo devedor, ao se defender quando citado."*³¹

Neste sentido é a jurisprudência:

"Falência. Pedido formulado em dívida de valor ínfimo. Admissibilidade. Quebra que se caracteriza no momento em que o comerciante, depois de executado, não paga, não deposita a importância ou não nomeia bens à penhora dentro do prazo legal. Inteligência do artigo 2º, I, do Dec.-lei 7.661/45. Voto vencido.

Ementa da Redação: O valor ínfimo da dívida não serve como obstáculo ao pedido de falência, pois, nos termos do artigo 2º, I, do Dec.-lei 7.661-45, caracteriza-sê a quebra no momento em que o comerciante, depois de executado, não paga, não deposita a importância ou não nomeia bens à penhora dentro do prazo legal.

³⁰ Esta informação é oriunda de um levantamento interno feito pelas próprias Varas da Fazenda, pois sabemos que na Comarca de Curitiba existem apenas 4(quatro) varas especializadas em matéria falimentar, para atender ao universo de empresas sediadas na capital e região metropolitana. Inevitável é aos magistrados se depararem com um grande número de processos falimentares, muitos dos quais com baixo valor, entre outros procedimentos, criando-se um entrave no desenrolar das lides forenses. Neste entrave é que esta limitação do valor dos créditos a serem cobrados será útil.

³¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, 1º v., Saraiva, 17ª ed., p. 83.

Ementa do voto vencido, pela Redação: Tratando-se de dívida de pequeno valor, a opção pelo processo falimentar como meio de cobrança, evidencia abusivo direito, mormente se o credor, após mover a execução e não ter encontrado bem para penhora, volta-se contra o devedor, com espírito de emulação, pretendendo a decretação da quebra, mesmo sabendo inexistir bens a arrolar.”

(8ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Ap. Cív. 116.442-4 2, Rel.: Des. Carlos Alberto Hernandez, J. em 20.03.2000, RT 779/222).

Para a falência requerida com base no artigo 2º da lei 7.661/45, o processo a ser seguido é disciplinado na regra contida no artigo 12 do mesmo diploma legal³², sendo o único meio de defesa os embargos.

Outra hipótese de requerimento de falência fundado na insolvência da empresa decorre da confissão do próprio devedor, conforme salienta J. C. Sampaio de LACERDA: *"o devedor não espera a ação dos credores. A lei obriga-o a confessar logo a sua falência, a fim de que não seja levado à prática de expedientes prejudiciais. E mesmo diante da discordância dos credores, o juiz terá de decretar a falência já confessada.* ³³”

³² Artigo 12 do Decreto-lei 7661/45: "Para a falência ser declarada nos casos do art. 2º, o requerente especificará na petição os fatos que a caracterizam, juntando as provas que tiver e indicando as que pretenda produzir.

Parágrafo 1º O devedor será citado para defender-se, devendo apresentar em cartório, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, os seus embargos, instruindo-os com as provas que tiver e indicando outras que entenda necessárias à defesa.

Parágrafo 2º Se o devedor citado não comparecer, correrá o processo à revelia; se não for encontrado, o juiz nomeará curador que o defenda.

Parágrafo 3º Não havendo provas a realizar, o juiz proferirá a sentença; se as houver, o juiz, recebendo os embargos, determinará as provas que devam ser realizadas e procederá a uma instrução sumária, dentro do prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em seguida.

Parágrafo 4º Durante o processo, o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, poderá ordenar o seqüestro dos livros, correspondência e bens do devedor, e proibir qualquer alienação destes, publicando-se o despacho, em edital, no órgão oficial. Os bens e livros ficarão sob a guarda de depositário nomeado pelo juiz, podendo a nomeação recair no próprio credor requerente.

Parágrafo 5º As medidas previstas no parágrafo anterior cessarão por força da própria sentença que denegar a falência.

³³ LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de Direito Falimentar. 14ª ed. Freitas Bastos Ed., p. 65.

Tal confissão está positivada no artigo 8º, caput da Lei de Falências: *"O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida deve, dentro de 30 (trinta) dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento: (...)".*

O empresário tem o dever público (perante o Estado e a sociedade) de confessar o seu estado de insolvabilidade, quando não consegue saldar suas dívidas, por ser esta uma norma cogente.

O fato de o empresário provocar sua autofalência deve ser visto com cuidado e de forma crítica, pois inúmeras vezes esta simples confissão do seu estado de insolvência, no caso concreto, foi utilizada como hipótese de fraude com relação aos títulos que embasam o pedido, até mesmo para criar a figura do maior credor, o qual poderá vir a ser nomeado síndico em cumprimento ao contido no artigo 60 da lei de falências, fato que resultará em lesão grave ao universo de credores.

Rubens REQUIÃO corrobora com este entendimento, pois pensa ser possível, caso não esteja perfeitamente delineada a insolvência, que credores se oponham ao pedido, cabendo ao juiz indeferir a autofalência:

"Tem-se indagado se à confissão de insolvência do devedor os credores se podem opor. Os conflitos de interesses e as situações peculiares, de que tão pródiga é a atividade comercial, podem levar o devedor a pedir a decretação de sua autofalência. Nesse caso, pensamos que seria possível aos credores, intervindo no pedido do devedor, informarem ao juiz, deduzindo suas provas e razões, que o

devedor pode perfeitamente pagar os seus credores. Ao Juiz caberia, então, indeferir o pedido de falência, pela confissão do devedor. ³⁴”

Neste sentido é o precedente jurisprudencial:

“EMENTA: COMERCIAL. AUTOFALÊNCIA. INSOLVÊNCIA DESCARACTERIZADA. Pedido formulado com a clara intenção de prejudicar credor, cuja execução se encontra em fase final. Possibilidade de o credor se opor à confissão de insolvência do devedor. Provimento do agravo”.

(TJ/PR. Acórdão nº 14.655, 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 59.642-9. Relator: Sydney Zappa)

Quanto à legitimidade do credor para se opor a tal confissão, vale lembrar o contido no artigo 30 do Decreto Lei 7.661/45, o qual apresenta a possibilidade dos credores intervirem e fiscalizarem as ações da massa, bem como sua administração, desde que tenham apresentado a declaração de seus créditos na forma do art. 82.

Decretada a falência, seja a pedido dos credores ou do próprio empresário, inicia-se a fase de execução concursal através da liquidação judicial, devidamente cumpridas as disposições previstas nos artigos 14, 15 e 16 do Decreto Lei 7.661/45, como forma de se preservar a futura massa.

2.3.3 SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA

A insolvência e impontualidade levarão o devedor à execução de seus débitos, esta de forma singular ou concursal, dependendo do número de credores que o executem.

³⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, 9ª ed. 1º/88-89, p. 66.

A execução dos empresários insolventes está disciplinada em nosso ordenamento de forma diversa das execuções promovidas sobre não empresários. Na hipótese de execução concursal, estas estão sujeitas à Insolvência Civil, prevista nos artigos 748 a 786 do Código de Processo Civil - Decreto lei 5.869 de 1973, o qual disciplina a Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente. Já aqueles se sujeitam à Lei de Falências.³⁵

Diferentemente das outras modalidades de ação, o estado jurídico denominado falência inicia-se apenas com a sentença³⁶, isto é, com a declaração da quebra da empresa e o início de sua liquidação judicial, pois antes disso existe uma fase pré-falimentar, onde configura(m) no pólo ativo o(s) credor(es) – ou o próprio devedor - e no pólo passivo o devedor empresário (na figura de representante legal de sua empresa), conforme nos ensina PONTES de Miranda:

"A sentença que decreta a falência é sentença inicial, em relação ao processo falencial. A ação a que ela se refere, e o pedido que ela defere, não são a ação, ou o pedido ou pedidos que se vão processar a partir dela. De modo que é indispensável distinguirem-se a ação pré-falencial, que leva à sentença de decretação da falência, e a ação concursal falencial propriamente dita."³⁷

Nesta fase pré-falimentar o Ministério Público estadual vem manifestando-se no sentido da desnecessidade de sua intervenção no *parquet*, na condição de *custos legis*³⁸,

³⁵ Decreto Lei 7.661/45, que é o diploma legal aplicado onde existam lides com discussão de créditos no âmbito empresarial.

³⁶ Art. 14, caput, do Decreto-Lei 7.661/45: "Praticadas as diligências ordenadas pela presente Lei, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, proferirá sentença, declarando ou não a falência".

³⁷ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro; Borsoi, 1960, t. 28, p. 9.

³⁸ De acordo com o disposto no artigo 82 do CPC, "Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos

por tratar-se de direitos patrimoniais e disponíveis, atuando tão somente após a quebra, agora por força legal, diante de norma cogente, conforme se infere do inciso II do artigo 15 do Decreto Lei 7.661/45.³⁹

A partir da decretação da quebra da empresa, inicia-se um novo estado jurídico, pois inexistente é a falência sem sentença judicial que a declare.

Trajano de Miranda VALVERDE ensina: *"a sentença de falência é, pois, o ato condição do novo estado jurídico, do qual faz a lei decorrer efeitos imediatos e retroativos, ou futuros, perfeitamente ordenados, tendentes, uns e outros, a solucionar esse novo estado."*⁴⁰

José Francelino de ARAÚJO, diz que *"O novo estado de falência determina efeitos jurídicos imediatos, futuros ou retroativos, efeitos ex nunc e ex tunc,"*⁴¹ *verbi gratia*, a fixação do termo legal da falência, um dos requisitos temporais, conforme previsto no artigo 14, parágrafo único, inciso III, da Lei de Falências.

Além dos requisitos genéricos previstos no artigo 458 do Código de Processo Civil⁴² e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988⁴³, a sentença que declara a

pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

³⁹ Art. 15: *O resumo da sentença declaratória da falência será, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, depois do recebimento dos autos em cartório: I – (...); II – remetido, pelo escrivão, por protocolo ou sob registro postal, com recibo de volta, ao representante do Ministério Público, ao Registro do Comércio e à Câmara Sindical dos Corretores. (...)*

⁴⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências (atualizadores J. A Penalva Santos e Paulo Penalva Santos), v. I, 4ª ed. Revista Forense, 1999, p. 178.

⁴¹ ARAÚJO, José Francelino de. Manual de falências e concordatas. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996, p. 52.

⁴² Artigo 458 do Código de Processo Civil: *"São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem".*

⁴³ Artigo 93, IX, da CF/88: *"todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".*

falência deverá conter os requisitos específicos contidos no artigo 14 do Decreto Lei 7.661/45.⁴⁴

Cabe ao escrivão cumprir imediatamente o contido nos artigos 15 e 16 da lei falimentar, assim que for proferida a decisão julgando procedente o pedido de declaração da falência da empresa requerida, os quais determinam que deverá ser afixado à porta do estabelecimento do falido um resumo da sentença declaratória da falência, bem como deve ser remetido este resumo ao representante do Ministério Público, ao Registro do Comércio e à Câmara Sindical dos Corretores, incorrendo o escrivão em pena de suspensão de 6 (seis) meses e perda de todas as custas, além de responder pelos prejuízos ocasionados se não o fizer de imediato.

A preservação de todo o universo de credores, e da própria massa falida, depende do imediato cumprimento dos preceitos contidos nos dispositivos supra mencionados, por força imperativa da lei, tendo em vista que o falido perderá a livre disposição de seus bens, os quais passarão a ser administrados pelo representante legal da massa falida, ou seja, pelo Síndico nomeado pelo Juiz em cumprimento ao artigo 60 da Lei de Falências.

⁴⁴ "Artigo 14: Praticadas as diligências ordenadas pela presente Lei, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, proferirá sentença, declarando ou não a falência. Parágrafo único: A sentença que declarar a falência: I - conterá o nome do devedor, o lugar do seu principal estabelecimento e o gênero de comércio; os nomes dos sócios solidários e os seus domicílios; os nomes dos que forem, a esse tempo, diretores, gerentes ou liquidantes das sociedades por ações ou por cotas de responsabilidade limitada; II - indicará a hora da declaração da falência, entendendo-se, em caso de omissão, que se deu ao meio-dia; III - fixará, se possível, o termo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, sem poder retrotrai-lo por mais de 60 (sessenta) dias, contando-se do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial da falência (artigos 8º e 12), ou da distribuição do pedido de concordata preventiva; IV - nomeará o síndico, conforme o disposto no artigo 60 e seus parágrafos; V - marcará o prazo (artigo 80) para os credores apresentarem as declarações e documentos justificativos dos seus créditos; VI - providenciará as diligências convenientes ao interesse da massa, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido nesta lei".

Assim que houver sentença judicial declarando a quebra da empresa terá início a ação de falência propriamente dita, podendo o empresário falido pleitear, excepcionalmente, a continuidade de seus negócios, conforme permissivo legal inserido no artigo 74 do Decreto Lei 7.661/45.

A REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA FALIDA

3.1 A NOVA EMPRESA

Atualmente a empresa não atua mais apenas como um ente econômico, mas também como um ente social que cumpre com sua função primordial, que é a de gerar empregos. Para tanto, a continuidade dos negócios, mesmo para a empresa falida (melhor dizer em dificuldades financeiras), é essencial não apenas para seus sócios, mas também para toda a sociedade, a qual possui muitos interesses nesta continuidade, não só em caráter pessoal, no tocante aos empregos, mas vendo na empresa uma geradora de tributos e divisas, assumindo um papel de extremo relevo e destaque como pessoa jurídica no sistema econômico globalizado, conforme assevera Nelson ABRÃO:

"Efetivamente, o desaparecimento da empresa, prematura ou definitivamente no seio do mercado causa transtornos e dissabores múltiplos, desde o corte dos empregos, na arrecadação tributária, mas na consistência da incógnita plausível de sobrepairar em diversos outros estabelecimentos comerciais."⁴⁵

Se possível for a reestruturação da empresa em dificuldades, torna-se necessário uma legislação que apóie este intuito, dando imediata continuidade à falida mesmo após a constatação de sua quebra, objetivando a preservação do patrimônio e tutela dos interesses dos empregados e credores, pois, dependendo do ramo de atuação da mesma,

⁴⁵ ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência. São Paulo: Leud, 1998, p. 31.

uma paralisação abrupta de seus trabalhos poderá significar a irreversibilidade da medida, como numa indústria em que as máquinas operam em tempo integral e não podem ser desligadas, sob pena de sofrerem danos materiais.

Nesta seara vislumbra-se que a continuação dos negócios da empresa falida deve ser revista no âmbito jurídico, pois se houvesse uma modalidade legal de recuperação da empresa, esta seria encarada como forma de se evitarem maiores danos aos interesses coletivos, pois na prática temos na falência um processo lento e moroso, seja em decorrência do excesso de zelo processual, aliado ao déficit de magistrados, ou ao despreparo dos profissionais que atuam nesta área.

3.2 A FIGURA DA RECUPERAÇÃO

O intuito de a empresa falida poder continuar com seus negócios, no Brasil, teve sua implantação através do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, sendo este considerado como a primeira lei falimentar extravagante, competindo ao próprio falido, de maneira exclusiva, o dever de pleitear o prosseguimento de suas atividades negociais. Tal preceito acabou por ser reiterado nas leis específicas subsequêntes, até a atual legislação falimentar (Decreto Lei 7.661/45).

Em que pese que nossa Lei de Falências foi criada ainda numa fase precária da indústria nacional, podendo ser chamada até de fase pré-industrial, e tendo como pressuposto básico a preservação dos interesses do Estado e a execução coletiva para liquidar o ativo, repartindo-o entre os credores, podemos claramente ver que esta não

mais satisfaz seus propósitos, não sendo condizente com a atual economia, muito menos sendo sustentável frente a um mercado cada vez mais competitivo, sujeito a pressões dos mercados internacionais e ao fenômeno que é a globalização.

O Decreto-Lei 7.661/45, no momento de sua elaboração, tinha por intuito mor a proteção ao binômio credor / falido, o que não pode mais ser concebível nos dias atuais, pois a empresa deve se ater ao princípio da sua função social, conforme almejado pelo legislador constituinte de 1.988, já que uma empresa não deve estar sujeita apenas a sorte de seu diretor gerente e demais sócios.

Na legislação vigente, como já visto, esta reestruturação da empresa, e posterior continuidade de seus negócios, é um remédio excepcional, permitido desde que haja conveniência, consoante regra inserta no artigo 74 do Decreto Lei 7.661/45⁴⁶.

Não se pode concordar que uma matéria tão importante na atual praxe jurídica esteja sujeita a apenas um artigo da lei vigente, e ainda de forma excepcional, merecendo esta uma ampliação legislativa, pois o dia a dia de nossos tribunais demonstra que a

⁴⁶ "Artigo 74: *O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico. Parágrafo 1º A continuação do negócio, salvo caso excepcional, a critério do juiz, somente pode ser deferida após o término da arrecadação e juntada dos inventários aos autos da falência. Parágrafo 2º O gerente, cujo salário, como os dos demais prepostos, será contratado pelo síndico mediante aprovação do juiz, ficará sob a imediata fiscalização do síndico e lançará os assentos das operações em livros especiais, por este abertos, numerados e rubricados. Parágrafo 3º O gerente assinará, nos autos, termo de depositário dos bens da massa que lhe forem entregues, e de bem e fielmente cumprir os seus deveres, prestando contas ao síndico. Parágrafo 4º As compras e vendas serão a dinheiro de contado; em casos especiais, concordando o síndico e o representante do Ministério Público, o juiz poderá autorizar compras para pagamento no prazo de 30 (trinta) dias. As vendas, salvo autorização do juiz, não poderão ser efetuadas por preço inferior ao constante da avaliação. Parágrafo 5º O gerente recolherá, diariamente, ao estabelecimento designado para receber o dinheiro da massa (art. 209), as importâncias recebidas no dia anterior, e, no fim de cada semana, apresentará, para serem juntas aos autos, que se formarão em separado; I - as relações das mercadorias adquiridas e vendidas e respectivos preços, caracterizando os negócios que, na conformidade do parágrafo anterior, tiverem sido feitos a prazo; II - a demonstração das despesas gerais correspondentes à semana, inclusive aluguel e salários de prepostos. Parágrafo 6º O juiz, a requerimento do síndico ou dos credores, ouvido o representante do Ministério Público, pode cassar a autorização para continuar o negócio do falido. Parágrafo 7º Cessará a autorização se o falido não pedir concordata no prazo do artigo 178, ou, se o tiver feito, quando julgado, em primeira instância, o seu pedido."*

legitimidade conferida ao falido para requerer tal benesse encontra-se fragilizada, pois a doutrina converge no sentido de conceder esta legitimação aos outros interessados, como credores, empregados e até mesmo ao órgão do Ministério Público, ficando o empresário em segundo plano.⁴⁷

Ao juiz cabe a nomeação do síndico da massa. Esta nomeação, nos moldes da lei vigente, também é alvo de severas críticas, pois preferencialmente o maior credor é quem deveria exercer o cargo (seguindo determinação legal – artigo 60 do Decreto-lei 7.661/45), e isto acaba dificultando o bom desenvolvimento dos trabalhos, que devem ser realizados de forma imediata e precisa, visto que, nestes casos em que o maior credor é nomeado, para o síndico a massa fica em segundo plano, pois geralmente este (que é o maior credor) exerce sua profissão e não pode abandonar seus próprios negócios para gerir uma massa falida.

3.3 LEGITIMIDADE ATIVA

De acordo com o disposto no *caput* do artigo 74 do Decreto Lei 7.661/45, "*o falido pode requerer a continuação do seu negócio; (...)*".

Apesar da lei se referir ao pedido como sendo formulado apenas pelo falido, o entendimento de certos doutrinadores está no sentido de aceitar este requerimento, o de

⁴⁷ J. C. Sampaio de Lacerda nos diz: "*Sendo assim, a despeito da lei referir-se apenas à permissão para a continuação do negócio a requerimento do falido, nada impedirá que a mesma possa ser solicitada pelo síndico, pelo representante do ministério Público e até mesmo de ofício pelo juiz. Bastante será que se verifique ser de todo interesse para a massa que o negócio do falido não tenha sua atividade paralisada. Muitas vezes é, de fato, de grande importância que isso ocorra, possibilitando a continuidade do negócio melhorar e muito a situação dos credores*" in Manual de Direito Falimentar. 14ª ed. Freitas Bastos Ed., p. 87.

continuação dos negócios, pela figura do síndico ou dos credores, conforme assevera Nelson ABRÃO:

*"No Brasil, temos felizmente construções doutrinárias, consentâneas com o moderno conceito e a projeção da empresa, solapando gradativamente a obsoleta norma contida no artigo 74 da lei falimentar, que faculta ao falido e, desenganadamente, só a ele, pleitear a continuação do negócio, ensejando, destarte, a que vários pronunciamentos jurisprudenciais admitissem o pedido de prosseguimento da atividade empresária pelo próprio síndico, credores e, até mesmo, empregados, considerando a relevância social da empresa e os inconvenientes gerais causados pela simples cessação de suas atividades, simplificando um procedimento que poderá entremostar a viabilidade da empresa, em detrimento do formalismo que percorre o curso de sua existência."*⁴⁸

Neste sentido, atualmente, estão sendo aceitos pedidos de continuidade dos negócios não apenas pelo próprio empresário falido, mas também pelo síndico, ou pelos credores.⁴⁹

Depois de declarada a falência, o falido perde a livre disposição dos bens de sua empresa⁵⁰, mas isso não significa a dissolução da sociedade, conforme nos ensina Rubens REQUIÃO:

"A sociedade comercial nem sempre se dissolve com a declaração de sua falência. A falência, como de resto a dissolução social, não extingue a personalidade"

⁴⁸ ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência. 2ª ed. São Paulo, Leud, 1998, p. 98/99.

⁴⁹ Neste sentido, vide publicação na RJTJSP, Ed. Lex, 119:404. BARRETTO JUNIOR, Caio Graccho. Tutela Cautelar nas falências e concordatas. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 47-54, e ainda ob. cit. n°48.

⁵⁰ Artigo 40, *caput*, do Decreto Lei 7.661/45: "Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor".

*jurídica da sociedade; mas enquanto a liquidação, que sobrevém dissolução, mantém a sociedade em posição estática, vivendo apenas para a liquidação do ativo e pagamento do passivo, não se envolvendo em operações novas, durante o processo de falência, a sociedade continua viva, pois pode inclusive prosseguir no comércio se assim requerer e o juiz consentir. Aqui perde ela, como todos sabem, apenas a administração de seu patrimônio; mas poderá retornar à plena capacidade de disposição de seus bens, se obtiver a concordata suspensiva da falência, que lhe restituirá toda a plenitude de seus direitos e obrigações.*⁵¹”

Assim que o falido é afastado da gerência do patrimônio da empresa, logo após a quebra, cabe ao síndico (logo que nomeado) proceder a arrecadação imediata destes bens.

O passo seguinte é realizar uma verdadeira devassa nos livros da empresa, com o intuito de apurar a real situação da falida, ponderando se a mesma possui ou não uma situação econômica sustentável. Se entender que a empresa é viável, deverá pleitear a continuidade dos negócios urgentemente, para que não haja maior prejuízo à massa, pois a paralisação pode ser irreversível, dependendo do caso concreto.

Neste sentido, Trajano de Miranda VALVERDE considera ser dever do síndico pleitear tal medida:

“Tratando-se de medida que visa acautelar o patrimônio comercial ou industrial de maiores prejuízos, que podem facilmente ocorrer da paralisação ou interrupção da empresa ou do estabelecimento, interessado, portanto, a continuação dos negócios tanto ao falido quanto, e principalmente, aos seus credores, devia competir ao administrador da massa falida, ao síndico, a

⁵¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, Editora Saraiva, 1985, 2º v., p. 274.

*faculdade de formular o pedido. Acertadamente, por isso, dispunha o anteprojeto de 1939: O síndico, ainda que o falido não tenha requerido, poderá pedir ao juiz a continuação do negócio, se achar de conveniência para a massa falida. Presume-se essa conveniência quando, da paralisação do negócio, como nas empresas industriais, há possibilidade de maiores prejuízos para a massa falida.*⁵²”

Analisando-se a atual ordem econômico-social vigente, não se pode pensar que o requerimento de continuidade dos negócios da empresa falida fique condicionado ao livre arbítrio apenas do empresário, pois se este não o fizer de imediato, para mais tarde buscar a retomada de seus negócios através de uma concordata suspensiva, poderá a massa sofrer prejuízos de ordem econômica, irremediáveis frente à depreciação de seu patrimônio.

Neste sentido, preleciona Rubens REQUIÃO:

*"A lei admite a continuação da empresa, mas se assim o requerer o falido. É um direito individual seu, não cabendo essa iniciativa a nenhum outro credor. Ora, tal individualismo é retrógrado, e não condiz com a evolução do direito, quando se depara com interesses coletivos que integram o conceito moderno da empresa. Reagindo contra esse critério exclusivista que atribuiu ao falido essa iniciativa, o direito falimentar moderno, em outros países, transfere-se ao síndico ou aos credores a iniciativa de solicitá-la ao juiz.*⁵³”

Amador Paes de ALMEIDA acrescenta: *"Ora, se ao juiz é dado deferir ou indeferir a continuação do negócio, cumprindo-lhe aplicar a lei ao caso concreto, e se a moderna tendência é no sentido de tornar abrangente a regra estabelecida no art. 76 da*

⁵² VALVERDE, Trajano de Miranda, *apud* ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência. São Paulo, Leud, 1998, p. 102.

⁵³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, *apud*, ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência, São Paulo, Leud. 1998. p. 102.

*Lei de Falências, observada a conveniência da continuação do negócio, impõe-se a sua decretação, 'ex officio', pelo próprio juiz da quebra.*⁵⁴

Não se chegando ao extremo de exigir a declaração da continuidade dos negócios “*ex officio*” pelo juiz, ao menos deve-se pleitear que essa benesse, a de requerer a continuidade dos negócios, seja estendida ao síndico e aos credores, pois também são interessados diretos na lide.

3.4 A FIGURA DO SÍNDICO

No momento em que houver a declaração da falência da empresa, e autorizada seja a continuidade dos negócios, ao síndico cabe assumir papel de extremo destaque e relevância, pois dele depende a sorte da futura massa falida, tendo em vista que este se legitima, através da assunção, ao encargo de defender os interesses da massa, conforme assevera José Francelino de Araújo:

"A administração da falência é de exclusividade do síndico. A ele cabem as atribuições e deveres legais. O síndico, como administrador da massa, assemelha-se a um gestor de negócios. Cumpre-lhe executar todos os atos de administração direta, bem como aqueles tendentes a defender os interesses da massa, sendo sua função indelegável.

(...)

Pode ocorrer que o síndico necessite ajuizar uma ação em nome da massa, ou defendê-la em outra na qual seja ré. Em qualquer dos casos, poderá contratar

⁵⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. Ed. Saraiva, 18ª e. 2000. p. 263

*advogado, mesmo que ele próprio o seja e esteja capacitado a promover a ação ou defesa.*⁵⁵”

A partir deste momento que uma boa atuação do síndico refletirá positivamente no interesse coletivo, tanto dos credores quanto do devedor. Geralmente as dificuldades financeiras atravessadas pela empresa a levam a se socorrer junto a instituições financeiras e, como última opção, a empréstimos de agiotas, fazendo com que suportem encargos muitas vezes até extorsivos, nascendo para o síndico a impossibilidade de promover as respectivas ações revisionais de contrato, se houver irregularidades nestas transações⁵⁶.

O estado de insolvência acarreta diversos prejuízos à empresa. Muitas vezes esta empresa, antes de ter sua falência decretada, responde a diversos processos de execução, sejam eles movidos pelas fazendas públicas (municipal, estadual e federal) ou por credores particulares.

Caberá ao síndico buscar que as medidas judiciais cabíveis para reverter este quadro sejam aplicadas, pois decorre da *vis attractiva* do juízo falimentar, regra consagrada no artigo 23 do Decreto-lei 7.661/45, que todas as execuções judiciais em trâmite sejam reunidas à falência ou suspensas, sujeitando as execuções individuais ao concurso de credores, para que se respeite a "*par conditio creditorum*"⁵⁷.

⁵⁵ ARAÚJO, José Francelino de. Manual de falências e concordatas. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996, p. 178.

⁵⁶ Neste sentido assevera Nelson Abrão, em sua obra Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa, Ed. Rumo Gráfico, São Paulo, 1984, págs. 195-198.

⁵⁷ Amador Paes de Almeida, na obra Curso de Falência e Concordata, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, pág. 158, nos diz: "Por força dessa atração exercida pelo juízo falimentar, ficam suspensas as ações e execuções sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares do sócio solidário de sociedade comercial ou industrial falida, nos termos do que prescreve o art. 24 da Lei de Falências."

Cabe ao síndico ainda atenção redobrada no momento da arrecadação dos bens, pois na prática trata-se de medida salutar para o interesse coletivo, evitando-se que bens sejam desviados.

Com relação à nomeação do síndico, prevê o artigo 60 da Lei de Falências: "*O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residente ou domiciliado no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira. Parágrafo 1º Não constando dos autos a relação dos credores, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor, se estiver presente, para apresentá-la em cartório dentro de 2 (duas) horas, sob pena de prisão até 30 (trinta) dias. Parágrafo 2º Se credores, sucessivamente nomeados, não aceitarem o cargo, o juiz, após a terceira recusa, poderá nomear pessoa estranha, idônea e de boa fama, de preferência comerciante. (...).*"

Não se deve dar interpretação literal a este dispositivo, pois, como já exposto, esta nomeação deve ser o mais célere possível. diante da posição relevante do síndico no processo e da exigência de intervenção rápida e efetiva, pois na prática a tomada de todas as providências contidas no dispositivo supra mencionado inviabilizam qualquer medida judicial de urgência prevista na legislação falimentar.

Neste aspecto, Fábio Ulhoa COELHO assim se posiciona: "*Diz a lei, ainda, que após a terceira recusa, o juiz pode escolher para a função um não credor, idôneo e de preferência comerciante. Na prática, prevalece a escolha imediata de advogado falencista conhecido do juiz, o chamado 'síndico dativo'. Trata-se de procedimento de*

*escolha não previsto na lei, mas que se revela o mais interessante e ágil para a defesa dos interesses da comunidade de credores.*⁵⁸ ..

Os tribunais assim se posicionam sobre o tema:

"CONCORDATA. NOMEAÇÃO DE COMISSÁRIO. DECRETO LEI 7.661/45 (LEI DE FALÊNCIAS), ART. 60, PARÁGRAFO 2º.

Superado está o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual só é possível a nomeação de pessoa estranha após a terceira recusa de credores sucessivamente nomeados. É que o cumprimento dessa formalidade inútil acarreta inadmissível demora no processamento da concordata, como se observa na prática, com graves prejuízos para os credores e interessados."

(TJSP. Ag. de Inst. 203.340-1. J. em 10.11.93. Rel.: Des. Sousa Lima. Boletim Informativo da Juriá Editora, 29/547. Juriá Editora).

AGRAVO. NOMEAÇÃO DE SÍNDICO. FALÊNCIA. A nomeação de credor para exercer função de síndico pode ser indeferida, se alguma circunstância sugere potencial antagonismo de interesse daquele com os da massa e demais credores. É facultado ao juiz nomear pessoa estranha às relações comerciais do falido, tendo em vista o fundamental objetivo de tornar exitoso o processo falimentar. Agravo desprovido. (Agravo de instrumento nº 596032508, Sexta Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Jorge Alcebiades Perrone de Oliveira, Julgado em 21/05/1996).

Quando a falência é decretada com esquite nos artigos 1º ou 2º da Lei de Falências, e a relação de credores não integrar o caderno processual, será necessária a intimação do devedor para apresentação deste em 2 horas, se presente, sob pena de prisão,

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v.3, 2ª ed, Editora Saraiva, 2001. p. 255/256.

conforme regra contida no parágrafo 1º do artigo 60 da Lei de Falências, o que prejudica o bom andamento do processo e a tomada de medidas cabíveis.

Na hipótese de confissão do estado de insolvência do devedor (auto falência prevista no artigo 8º da lei de falências), a relação de credores deve acompanhar a inicial por exigência legal, mas existe o risco da fraude, com nomeação do maior credor ilegítimo, como constatado na prática, com grave lesão aos credores, o que autoriza o juiz a nomear síndico dativo, conforme preleciona Trajano de Miranda VALVERDE: *"É certo que o juiz não está obrigado a escolher o síndico entre os credores constantes da relação apresentada, porque pode ter fundadas razões para a desprezar, se desconfia, v.g., da legitimidade ou da idoneidade de todos eles. Mas, se isso acontecer, deverá o magistrado ter nos próprios autos da falência elementos suficientes para a escolha do síndico."*⁵⁹

Esta tendência doutrinária e jurisprudencial agora se materializa no Projeto de Lei 4.376/93, que em seu artigo 99 assim dispõe: *"A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) IX - nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do artigo 22, III, sem prejuízo do disposto no art. 35, II, a; (...)"*

3.5 O GESTOR

Assim que o síndico realizar a arrecadação dos bens, e entender ser possível a reestruturação da empresa, deverá formular pedido ao juízo com este propósito. Se

⁵⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. Editora Forense, Rio de Janeiro 2000, v. I, p. 449.

deferido, cabe a ele indicar ao Juízo pessoa idônea e de sua confiança para atuar como gerente, o qual, se aceito, deve prestar compromisso e assumir o encargo de depositário dos bens.

De acordo com a norma legal, o gestor deve recair em pessoa diversa do síndico por razões de ordem prática, conforme leciona Nelson ABRÃO:

"Não quis o legislador brasileiro confiar a gerência ao próprio síndico. Embora desconhecendo a mens legis, vemos a razão do preceito nos inconvenientes que procurou evitar, os quais ocorreriam se a gestão mediata do negócio ficasse a cargo do próprio síndico:

I - subjetivamente, porque, como embora não seja exigência legal, via de regra, a escolha desse último recai em credor comerciante, pelo simples fato de serem mais comuns as relações obrigacionais entre empresários, tendo já o síndico sua empresa a cuidar, não lhe sobraria tempo e esforços para dedicar-se a alheia;

II - objetivamente, o contato direto com a dinâmica dos negócios da massa teria o condão de solicitá-lo intensamente, o que despertaria naturalmente a tendência a uma condução mais pro domo sua, em detrimento dos demais.⁶⁰"

Já que o gestor (ou gerente) irá assumir uma empresa que estava em dificuldades, nada mais sensato que a escolha de tal profissional recaia sobre pessoa graduada e com experiência no ramo de atuação, pois de grande importância é sua função, assumindo os negócios do falido, expondo-se aos riscos da concorrência e intempéries da economia.

Para que o gestor consiga reestruturar e recuperar a empresa falida, tomando-a novamente viável economicamente, o falido poderá contribuir e muito, pois efetivamente

⁶⁰ ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência. São Paulo, Leud, 1998, p. 145/146.

é quem detém conhecimento da carteira de clientes, fornecedores e da real situação da empresa, atuando como assistente direto.

Ao síndico cabe supervisionar diretamente a atuação do Gestor, cobrando que este preste contas semanais dos negócios realizados, para ter a total certeza de que é possível a manutenção desta continuidade dos negócios, fazendo com que estes tenham total transparência e publicidade dos atos para com os credores e interessados, bem como manter a escrituração especial prevista na lei.

3.6 ARRECADAÇÃO DOS BENS

A atual legislação somente permite o requerimento para a continuidade dos negócios quando encerrada a arrecadação dos bens da empresa falida e após a juntada dos inventários aos autos de falência.

Vale lembrar que a arrecadação dos bens da empresa, passando estes a serem de propriedade da massa falida, visa acautelar os interesses de todos os envolvidos no processo, sendo uma medida extremamente importante, até mesmo para o próprio síndico, pois o colocará a par do patrimônio da falida que foi arrecadado, sendo por isso uma exigência legal que o auto de arrecadação seja por todos assinado, inclusive pelo Ministério Público.

Esta arrecadação, em alguns casos, pode acarretar prejuízos à massa (devendo o síndico os evitar), e até mesmo a terceiros, havendo medidas judiciais cabíveis nestes casos, como os embargos de terceiro, para acautelar seus direitos.

Se houver uma completa paralisação das atividades da empresa falida após a arrecadação dos bens, poderemos vislumbrar como sendo uma medida irreversível, tomando-se como exemplo um supermercado, que possui em seu interior perecíveis na área de panificação, açougue, frios, etc...

Nestes casos é que a intervenção do síndico torna-se indispensável, pois cabe a ele valorar a situação em questão e informá-la ao juiz, objetivando evitar sérios danos à massa, os quais poderiam ser ocasionados apenas com a interpretação literal do dispositivo em apreço, o que não seria plausível de ocorrer na prática.

3.7 PRETENSÕES SOBRE A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA FALIDA

O que se procura quando é proposta a continuidade dos negócios de uma empresa falida? Efetivamente busca-se a reestruturação da atividade da empresa, com a possibilidade desta poder voltar a atuar no âmbito econômico-social. Resultam desta continuidade a esperança de vários resultados, mas dentre eles destacam-se a manutenção dos empregos e a preservação do complexo patrimonial.

Infelizmente podemos verificar que as empresas falidas, na maior parte dos casos, têm suas atividades encerradas de plano, necessitando gastar vultuosas somas para contratar empresas especializadas em vigilância para evitar que seus maquinários

‘sumam’, e até que se realize a conversão do ativo para quantias monetárias, objetivando o pagamento dos credores, corre-se o risco dos bens transformarem-se em sucatas.⁶¹

E é por este motivo que cabe ao síndico analisar profundamente a situação e a viabilidade da empresa falida, bem como os motivos que a levaram a quebra, pois algumas vezes não é interessante à massa permanecer sujeita às intempéries da economia com a continuidade dos negócios, pois, como é sabido, os encargos da massa têm preferência sobre os demais créditos, e devem ser liquidados em primeiro plano.

Isto quer dizer que o síndico deve valorar se vale a pena ou não assumir o risco de voltar a ativa, pois poderia ser prejudicial a empresa e aos credores, e acabar agravando ainda mais a insolvência da empresa.

Ocorre que na maior parte dos casos o síndico prefere não assumir estes riscos, e acaba por inviabilizar o andamento de uma empresa que poderia retomar a ativa, voltando a ser economicamente viável, e cumprindo com o que hoje é chamado de função social da empresa. É nestes casos que nota-se a falta de uma legislação mais atuante, que vise a tornar possível esta reestruturação, dando tratamento normativo mais adequado à continuidade dos negócios da empresa falida, ou facilitando a venda do ativo da empresa como um todo.

Se não for requerida a continuidade dos negócios da empresa, pode o empresário falido pleitear a concordata suspensiva prevista no parágrafo 7º do artigo 74 da Lei de

⁶¹ Rubens Requião, em sua obra Curso de Direito Falimentar, São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 233, nos diz: “A inatividade da maquinária de um estabelecimento industrial, por longo tempo, requer grandes despesas de conservação, e sua improdutividade agrava as despesas da massa, com seu enfraquecimento econômico”.

Falências, no momento oportuno⁶², ou ainda a lei lhe possibilita extinguir suas obrigações, caso consiga recursos com o êxito na continuação dos negócios, mediante o pagamento dos débitos, na forma prevista no artigo 135 do mesmo diploma legal, *verbis*:
"Extingue as obrigações do falido: I - o pagamento, sendo permitida a novação dos créditos com garantia real; II - o rateio de mais de 40% (quarenta por cento), depois de realizado todo o ativo, sendo facultado o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem, se para tanto não bastou a integral liquidação da massa; (...)."

Se indeferida a continuação dos negócios, ou não pleiteada, deve-se dizer que certamente a liquidação do ativo, como um todo, será bem mais vantajosa para a massa, pois a venda da empresa em bloco e em plena atividade possui muito mais chances de obter resultados positivos, bem como continuaria a atender sua função social na preservação dos empregos, e continuaria a contribuir para o desenvolvimento social-econômico da nação, através do pagamento dos impostos.

⁶² A respeito, oportuna a lição de Trajano de Miranda VALVERDE, Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro, 1999. Forense, 1999, p. 3/4: *"O favor ou benefício da concordata só há de ser concedido ao devedor comerciante infeliz e de boa-fé. Por isso, o requerimento do devedor para a obtenção da concordata suspensiva da sua falência não poderá ser formulado ou ter seguimento enquanto se processa o inquérito judicial para a apuração de crime falimentar, que o síndico, na sua exposição, ou qualquer credor, haja imputado ao falido (artigos 103 e 104). Ora, o relatório do síndico, a que se refere o artigo 178, somente deverá dar entrada em cartório após a decisão do juiz no inquérito judicial, recebendo ou não a denúncia ou a queixa apresentada contra o falido (art. 63, XIX). E a lei dispõe que o pedido de concordata deverá ser feito dentro dos cinco dias seguintes ao vencimento do prazo para a entrega, em cartório, do relatório do síndico. (...) Mas, como o síndico pode ser desidioso e não entrar com o relatório em cartório no prazo fixado na lei (art. 63, XIX), o artigo 178 fixou o critério, o dobro desse prazo (10)*

CONCLUSÃO

Hoje a empresa é vista não apenas como uma entidade que recolhe impostos, mas como um ente jurídico que desempenha uma função não apenas econômica, mas social: que é a de gerar empregos. Portanto, sua recuperação é estritamente necessária, pois num país onde ocorre um índice de desemprego tão alto, não podemos permitir que fiquem sujeitas apenas à própria sorte, deixando de lado o interesse social nelas inserido. É imperativa a manutenção da fonte produtora, tanto do emprego de seus trabalhadores quanto dos interesses dos credores, viabilizando-se a realização social da empresa.

No desenvolvimento deste trabalho apresentam-se alguns dos pontos que geram controvérsia em nosso âmbito jurídico, pois acabam atrapalhando o bom desenvolvimento e o sucesso da reestruturação da empresa falida, com a continuidade de seus negócios, demonstrando também a importância de se ampliar a legitimidade para requerer o benefício previsto no artigo 74 do Decreto Lei nº 7.661/45, autorizando o síndico, credores e empregados a pleitearem tal benesse, diante do interesse coletivo e social na manutenção da empresa.

Inicialmente tentou-se demonstrar de onde surgiu o instituto da falência, não só em nosso país, mas em todo o mundo, por intermédio de uma breve evolução histórica. Feito isso, ficou demonstrado que o instituto da falência surgiu como sendo um clamor da própria sociedade, pois a evolução social pela qual a empresa passou, no decorrer dos

dias, a contar da data em que o síndico estava obrigado a cumprir aquele dever. para, dentro dele, o devedor ou falido formular ao juiz o seu pedido de concordata”.

anos, acabou por tornar indispensável uma intervenção do Estado nas relações particulares, seja no âmbito empresarial, ou como meio de proteção ao crédito público.

Foram analisados ainda os pressupostos para a existência e configuração da falência de uma empresa, bem como a maioria das hipóteses que acarretam na sua declaração.

E no terceiro capítulo adentrou-se ao tema principal deste trabalho, tentando dar ênfase aos pressupostos da falência, mas não de modo satisfativo e completo, mas como auxiliares à atual praxe forense, atuando não apenas centrada no texto literal da Lei vigente, mas também de acordo com as evoluções tidas nas empresas e na sua função social desempenhada.

Apesar de nossa atual legislação falimentar mostrar-se inadequada e despreparada para atender a tais objetivos, pois ainda possui em seu âmago o caráter jurídico processual ao invés do econômico, visando principalmente liquidar a empresa falida, o certo é que estamos no rumo adequado, pois tramita em nossa Câmara dos Deputados o projeto de Lei 4.376/1993, o qual substituirá a atual legislação falimentar trazendo significativas mudanças, mas os próprios doutrinadores já estão inovando com a interpretação não literal do contido na atual lei falimentar, respaldados pela doutrina, jurisprudência e pelo contido na Constituição Federal de 1.988, possibilitando a aplicação do direito de acordo com a necessidade fática.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nelson. A Continuação do negócio na falência. São Paulo: Leud, 1998;
- ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Leud, 5ª ed. 1997;
- ABRÃO, Nelson. Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa, Ed. Rumo Gráfico, São Paulo, 1984;
- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. Saraiva, 4º ed. 1983;
- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. Saraiva, 18º ed. 2000;
- ARAÚJO, José Francelino de. Curso de falências e concordatas. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1996;
- BARRETTO JUNIOR, Caio Graccho. Tutela cautelar nas falências e concordatas. São Paulo, Saraiva, 1995;
- BATALHA, Wilson de Souza Campos e Silvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. Falência e concordata. LTr, 3ª ed. 1999;
- BESSONE, Darcy. Instituições de direito falimentar. Saraiva, 1995;
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Saraiva, 2ª ed. 2001, v. 3;
- FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. Fundamentos do Direito Falimentar. Curitiba: Juruá, 2002;
- LOBO, Jorge Joaquim. Direito Concursal. Rio de Janeiro: Forense, 1999;
- PACHECO, José da Silva. Falência e concordata. Rio de Janeiro: Forense; 2001;
- PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1960;

RAMALHO, Rubem. Curso teórico e prático de falências e concordatas. São Paulo: Saraiva, 1999, 3ª ed.;

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, Saraiva, 1985, 2º V;

REQUIÃO, Rubens, Curso de direito falimentar, São Paulo: Editora Saraiva, 1975;

REQUIÃO, Rubens, Curso de direito falimentar, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, v. I.;

SAMPAIO DE LACERDA, J.C. Manuel de direito falimentar. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996;

SANTOS, J. A Penalva. e Paulo Penalva. Comentários à lei de falências, Rio de Janeiro: Forense, 2000, v I;

SANTOS, Paulo Penalva. Falência requerida pela fazenda pública. Rio de Janeiro, Instituto de direito, 1997, v. 4;

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1949;

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, v I;

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Editora Atlas, 3ª edição.