

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**GESTÃO PROFISSIONAL DAS MASSAS FALIDAS
(UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA A PARTIR DA LEI 11.101/2005)**

Carlos Alberto de Souza Passos

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**GESTÃO PROFISSIONAL DAS MASSAS FALIDAS
(UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA A PARTIR DA LEI 11.101/2005)**

Carlos Alberto de Souza Passos

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Edson
Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2014

**GESTÃO PROFISSIONAL DAS MASSAS FALIDAS
(UMA VISÃO CONTEMPORANEA A PARTIR DA LEI 11.101/2005)**

Trabalho de Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira
Orientador

Álvaro Barbosa
Examinador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Escute aquela pequena voz que vem de dentro de você.

Se você não vive a sua vida completamente, realizando as metas que julgou importante, dando sua contribuição única para o mundo, ninguém mais irá fazê-lo. Sua canção morrerá com você.

Muitos de nós já descobrimos o que fazer com suas vidas. Nós temos um propósito que ecoa do centro do nosso ser. De algum modo, nossas vidas nunca estarão completas a menos que respondamos a este chamado. Mas nos recusamos... “Aquela vozinha” sussurra um sonho... Mas, mais tarde, mais dia menos dia, nossa visão começará a desaparecer... imersa na praticidade. Nossos sonhos e aspirações parecem incertos, e talvez um pouco fúteis.

Nós nos arrastamos pelos mais altos caminhos do conformismo, seguindo os outros. Buscamos o que os outros buscam – conforto, segurança, dinheiro, poder, prazer. Não estamos sozinhos, mas somos estranhos para o melhor de nós mesmos. Os anos deixam rugas na pele, mas a perda de entusiasmo deixa rugas na alma.

É impossível dizer a alguém que caminho seguir. Somente você, com tranquilidade e humildade, pode ouvir a pequena voz dentro de você. Sucesso e felicidade não são metas distantes de serem capturadas e mantidas. Acontecem acidentalmente enquanto você está se realizando.

Michael Lynberg, Escritor,
The Gift of Giving

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus, que me orientou por esse caminho e colocou na minha vida as pessoas a quem sigo agradecendo.

Agradeço a meu pai, Valdélío, a minha mãe, Juraci pela vida e educação que me concederam.

Agradeço a meus filhos Gabriel, Pedro e Thiago, pela paciência em decorrência da minha ausência.

Agradeço especialmente a minha esposa, Jucemara, que sempre me apoio nas empreitadas da vida e esteve firme ao meu lado neste desafio.

Agradeço ao Professor Edson Freitas de Oliveira, por me orientar no desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço aos Professores Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues e Álvaro Barbosa, que me honrara com a presença na qualidade de bancas deste trabalho, trazendo profundo conhecimento sobre a matéria apresentada.

Agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, seus professores e funcionários, na pessoa do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral, pelo conhecimento adquirido nestes anos acadêmicos, os quais foram imprescindíveis para a elaboração do trabalho.

Minha admiração e respeito!

Grato.

RESUMO

A justiça social prevista na Constituição Federal deve ser considerada em todas as suas vertentes, a fim de concretiza o ideal de levar existência digna a todos através do trabalho humano e da livre iniciativa. O presente trabalho tem por objetivo apresentar algumas medidas com o fim de dar mais celeridade e eficácia ao processo de falência, das grandes empresas, a luz da atual legislação falimentar, tratando especificamente do papel dos seus órgãos nas grandes falências, com fulcro na função social da empresa, e conseqüentemente na massa falida, com uma proposta de manutenção da atividade empresarial, preservando sua função social, mesmo após a falência do empresário. A questão da função social é conduzida sob o enfoque da extensão dos prejuízos causados pela decretação da falência das grandes empresas, que extrapolam os interesses dos credores e alcançam os demais agentes econômicos que gravitam em torno desta. A abordagem levanta questionamento sobre a necessidade de maior qualidade, transparência, isenção e eficácia desde a apuração da falência até a gestão da massa falida, o que desqualifica a atividade administrativa do juiz, abrindo espaço para uma gestão que envolve multiprofissionais em torno de uma pessoa jurídica e uma prévia auditoria independente. Discute-se a parcialidade do credor na tomada de decisões, que irão condicionar o juiz em particular na recusa do plano de recuperação de empresa, que comina na falência, ressaltando a importância do Ministério Público num processo mais eficaz no âmbito de sua função social.

Palavras-chaves: Função Social. Falência. Gestão da Massa Falida.

ABSTRACT

The social justice envisaged at federation constitution has be considered at all yours direction, to embodying the ideal to bringing dignified existence to all through the human work and free initiative. This paper have the objective show some measures to give more agility and efficiency at bankruptcy process, from big companies, the light to present bankruptcy legislation, specifically the function of organs at big bankruptcy, with focus social function of the company, and accordingly with the state in bankruptcy, with a proposal to maintain of business activity, preserving your social function, even after bankruptcy of businessman. The question of the social function is conducted from the focus of extensions of prejudice cause by the decreed bankruptcy in big companies, that go beyond the interest of creditors and reach others economics agents who surround towards this. The approach raises questioning about the necessity of higher quality , transparency, exemption and eficciency since the calculation of bankruptcy to the management in bankruptcy, which desqualifies administrative activity of the judge, opening space to a multifunctional management involving around a legal entity and previous independent audit. Discuss the partiality of the lender in making decisions, who will condition the particular judge in refusing recovery company, which imputes the bankruptcy, highlighting the importance of the Public Prosecution in a more effective process within its social function

Key-words: Social function. Bankruptcy. The management in bankruptcy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRICO DA FALÊNCIA	11
3 SUJEITOS PASSÍVEIS DE FALÊNCIA	14
3.1 Complexidade da Sociedade Empresária em Geral	16
3.2 Sociedade Empresária ou Empresário em Crise	18
3.3 Resposta do Mercado a Crise Empresarial	20
3.4 Insolvência Jurídica	22
4 PROCESSO DE FALÊNCIA	25
4.1 Pedido de Falência	25
4.2 Credores da Falência	30
4.3 Realização do Ativo na Falência	31
4.3.1 Bens arrecadados	32
4.3.1.1 Tipos de bens	33
4.3.1.2 Perda de valor	33
4.3.2 Modalidades de alienação trazidas pela Lei 11.101 de 2005	34
4.3.2.1 Alienação ordinária	36
4.3.2.1.1 Leilão	38
4.3.2.1.2 Proposta	38
4.3.2.1.3 Pregão	38
4.3.2.2 Alienação Extraordinária	39
4.3.2.3 Alienação Sumária	40
4.3.3 A sucessão	41
4.3.3.1 Sucessão na alienação ordinária	41
4.3.3.2 Sucessão na alienação extraordinária	42
4.4 Devedores da Massa Falida	43
4.5 Pagamentos de Credores	43
5 ÓRGÃOS DA FALÊNCIA	46
5.1 Administrador Judicial	46
5.2 Assembleia Geral	52
5.3 Comitê De Credores	55
5.4 Juiz	57
5.5 Ministério Público	59
6 FUNÇÃO SOCIAL DA MASSA FALIDA E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	62
6.1 Função Social da Massa Falida	62
6.2 Preservação da Atividade Empresarial Após a Falência	67
7 MEDIDAS CAPAZES DE TORNAR O PROCESSO FALÊNCIA MAIS EFICIENTE	71
7.1 Decisão Sobre Falência Instruída Por Parecer de Auditoria Independente	71
7.2 Limitação do Juiz as Atividades Jurisdicionais	72
7.3 Empresa Especializada Em Falência	72

7.4 Criação De Fundo Específico Para Socorrer Empresas Em Processo de Falência e Recuperação	74
7.5 Acompanhamento Do Ministério Público.....	74
8 CONCLUSÃO.....	75
BIBLIOGRÁFIA	77

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou através do método dialético discutir as funções dos órgãos no processo de falência a luz da Lei 11.101 de 2005, questionando a complexidade da gestão administrativa das massas falidas, seus administradores e a função social da empresa, após a decretação da falência e apresentando medidas para conduzir a falência com novo foco.

Para atacar a questão foi necessário lembrar a evolução histórica da falência até a Lei 11.101 de 2005, em breve passadas, apresentando o provável fundamento que o legislador atual se utilizou para justificar o credor como único interessado na falência, pois há quem diga que a Lei de Falência apresentou uma evolução, no sentido de conceder mais poderes aos credores na falência. Hoje com a edição da nova lei o credor pode decidir pela recuperação de empresa ou pela falência, ou posteriormente pela convolação da recuperação de empresa em falência, onde o juiz tem se limitado a homologar essa decisão, conforme inclusive jurisprudência do STJ.

No decorrer do trabalho foram feitas considerações a respeito da legitimidade do credor, abordando a existência de obstáculo constitucional, ao passo que a Constituição Federal de 1988, exige uma função social para a propriedade e por extensão a empresa, logo a sociedade e outros agentes econômicos também são prejudicados pela falência, quando interrompida a atividade empresarial, e por outro lado a opinião subjetiva do credor no tocante a possibilidade de preservação da atividade empresarial, haja vista seu interesse pode esta voltado apenas para o recebimento de seus créditos.

Foi debatida a função do Ministério Público na falência, considerando o entendimento a respeito da preservação da Função Social da empresa e a inovação do legislador infraconstitucional na edição da atual Lei de Falência que reduziu a participação do parquet no processo de falência.

Apesar de o legislador ter trazido na lei 11.101/2005 a recuperação da empresa ao sistema pátrio com objetivo de evitar a quebra da empresa, postergando a falência somente para quando não tiver mais como recuperá-la, esse tema não foi tratado neste trabalho, que se reservou a cuidar da falência e suas consequências em situações posteriores a recuperação de empresa, que se opera com a presença do falido na gestão e em algumas situações até mesmo afastando-o de sua direção, mas em todas seguindo um plano de recuperação aprovado pelos credores, neste momento se refugiam no direito privado de propor medidas para terem seus

créditos liquidados, hipótese que na falência também é contemplada mas não deve ser o foco central do instituto.

Procurou-se demonstrar que dirigir uma empresa, ditar as regras e as formas da realização das suas atividades, marcando o caminho a ser seguido, é uma tarefa difícil, que muitas vezes é realizada por vários profissionais que se concentram em volta de mesas para debater as estratégias necessárias para sobreviver em um mercado que exige do empresário astúcia e técnica para detectar os melhores momentos para determinadas ações. Tendo em vista que as escolas de administração levaram muito tempo para desenvolver teorias de comportamento a serem observadas na gestão de empresas e ainda hoje várias aparecem, ditando a melhor forma de gerir os negócios. Esclarecendo que a complexidade da empresa seja ela pequena ou grande corporação ela exige a aplicação de estratégias desde a escolha do negócio a ser explorado até o momento da venda da empresa ou de suas ações. Projetou-se esta necessidade de profissionalismo para o estado de falência, pois com a decretação da falência da empresa a sua massa falida não perde a complexidade imediatamente, pelo contrário necessita de mais atenção e técnica na sua gestão, em particular se ainda for viável, pois não só o crédito dos credores mas também a sua função social. Neste sentido questionou-se a atuação do Juiz como administrador da falência, mesmo quando auxiliado pelo Administrado Judicial e Comitê de Credores.

Para tratar da função social da empresa foi necessário trazer o Princípio da Função social da Propriedade e o entendimento doutrinário a seu respeito, culminando na função social da atividade empresarial, que mesmo após a falência pode ser preservada em favor dos agentes econômicos envolvidos, entre os quais está também o credor.

Muito embora seja uma abordagem teórica foi apresentado medidas que poderiam ser implementadas a custa de um esforço legislativo para tornar o processo de falência transparente, célere, eficaz e viabilizado por um fundo específico capitado entre todas as empresas. No cenário apresentado o Ministério Público assumi o interesse social por traz da falência e viabiliza a gestão profissional da massa falida, seja para manter a atividade empresarial, seja para alienar os bens da massa.

Dentre as propostas apresentadas foi sugerida a participação de Auditores Independentes, por analogia a exigência legal para Sociedade Anônima, com a finalidade de dar segurança e transparência para a tomada de decisão sobre a falência e em possíveis questionamentos durante a gestão profissional, apresentado pareceres, assim substituindo o credor, que na assembleia de aprovação da recuperação de empresa tem o poder de decidir pela falência do devedor, pautado no seu interesse subjetivo.

2 BREVE HISTÓRICO DA FALÊNCIA

A insolvência remonta a antiguidade, onde em algumas civilizações o corpo do devedor respondia pelas suas dívidas. Era assim, na Roma antiga onde não havia intervenção do Estado, o credor poderia fazer justiça com as próprias mãos. Posteriormente com o advento da Lei das XII Tábuas, houve o delineamento da execução coletiva, onde a preocupação era em atender aos diversos credores, para não privilegiar os primeiros que cobravam, entretanto a forma de realizar a liquidação dos créditos, quando o devedor era insolvente, ainda continuava sobre o seu corpo, de forma que ele poderia ser vendido, morto ou em caso de pluralidade de credores, esartejado e entregue parte de seu corpo para cada credor, conforme Rubens Requião (1993, p. 7).

O delineamento da execução coletiva teve forte influência no direito moderno, obviamente considerando apenas que o interesse de todos os credores deve ser considerado evitando beneficiar um em detrimento dos outros, ou seja, a igualdade entre os credores, *par condicio creditorum*.

Com o passar dos tempos os tratamentos desumanos foram abolidos e a participação do Magistrado se acentuou na direção da execução dos bens do devedor e não do seu corpo, para a liquidação dos créditos, como bem explica Rubens Requião (1993, p. 7-8):

O rigor desumano da execução felizmente não perdurou. No ano de 428 ou 441 a.C., não se precisando bem a data, surgiu a *Lex Poetelia Papiria*, pela qual foi abolida a *manus injectio*. Ela tornava o devedor inadimplente, independentemente de julgamento ou confissão, nexus, submetido ao credor. Fortalecia-se, pelas novas regras, a atuação do magistrado, proscrevendo a execução extrajudicial [...] Os bens do devedor e não o seu corpo, passam a constituir a garantia dos credores. Instituiu-se, conseqüentemente, com *Rutilio Rufo*, a *bonorum venditio*. Com esse sistema os bens do executado eram alienados a uma pessoa, considerada por ficção semelhante ao sucessor-herdeiro, que recebendo-os se obrigava a pagar aos credores, oferecendo-lhes um determinado rateio, em percentual, para satisfação dos créditos. Essa prática, todavia, se prestou a muitas fraudes, surgindo, então, a *missio in bona*, sob a supervisão e controle do pretor. Permitia-se, então, ao credor imitar-se na posse do patrimônio do devedor, mediante petição ao pretor, podendo tal pedido se apresentado por um ou mais credores. Mas a decisão do magistrado concedendo a *missio in bona*, dependia da confissão da dívida, da fuga ou ausência do devedor. Afinal ocorria a venda dos bens para proporcionar o pagamento, através da *bonorum venditio*. Como se pressente, a *cessio in bona* era o procedimento preliminar, objetivando a venda dos bens do devedor, tornada pela lei a garantia dos credores. É desse mecanismo jurídico primitivo que se delinea o instituto da falência.

A legislação Romana deste período também trouxe a figura do administrador judicial, que foi precedido na época pelo *Magister* a quem competia tomar as medidas e

estabelecer as regras para a venda do patrimônio do devedor, que posteriormente eram submetidas à assembleia de credores, aos moldes da legislação atual, para depois ser publicada para conhecimentos de terceiros, como diz Rubens Requião (1993, p. 8).

A insolvência era duramente punida com a desonra do cidadão, como ensina Gladston Mamede (2012, p. 9), “A insolvência, portanto, era hipótese de *capitis dininutio máxima*, ou seja, o maior decaimento de condição social, perdendo o devedor seu status político (*status civitatis*) de cidadão, sua liberdade e, até, a sua vida”.

Naquela época existia ainda a *bonorum cessio*, que era a modalidade de falência destinada ao devedor que incorria na insolvência por infortúnio do negócio, sem a intenção de lesionar os seus credores por improbidade, que alguns afirmam se a origem da concordata preventiva da falência, ou atualmente o auto pedido de falência, conforme artigo 97, inciso I da Lei 11.101 de 2005, “Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei”.

No período medieval o direito falimentar se consolida no sentido mais severo, onde a repressão penal era aplicada de forma a reservar aos falidos penas de infâmia, com explica Waldo Fazzio Júnior. (2012, p. 8):

As medidas de caráter pessoal sobrepujavam as de feição real. Por força dos usos e costumes, as sanções aplicáveis ao insolvente eram extremamente cruéis, tanto sob o aspecto físico como moral. Por isso, tentando eximir-se delas, o devedor fugia. Se é verdade que a fuga era apenas uma exteriorização do estado de isquemia patrimonial (fuga propter debita), sua corriqueira ocorrência acabou por transformá-la em pressuposto do estado de falência.

No direito moderno a evolução do direito concursal não seguia uma homogeneidade entre os diversos Estados, entretanto foi neste momento da história que ocorreu definitivamente a interferência do Estado como entidade política e jurídica nas soluções das questões de insolvência, arrogando exclusividade na imposição de sanções por meio dos organismos judiciais encarregados de aplicar a lei.

Napoleão Bonaparte na primeira década do século XIX promoveu a separação entre a legislação comercial e a civil na França, de forma que o direito concursal se estabeleceu como liquidação do ativo do devedor comerciante insolvente, sob a égide do Poder Judiciário, tal como se apresentava no direito brasileiro pela Lei de Falência e Concordatas, concebida em meados do século passado, (FAZZIO JÚNIOR., 2012, p. 10).

No Brasil no período imperial a legislação sobre falência que vigorou após a Proclamação da Independência foi herdada de Portugal, que tinha entre seus dispositivos, um que determinava a aplicação subsidiária de leis das nações civilizadas, desta forma o

legislador da época optou por seguir o Código Comercial Napoleônico de 1.807, influenciando profundamente na matéria falimentar brasileira (REQUEIÃO, 1993, p. 18-19).

A respeito da última alteração legislativa sobre matéria de falência explica Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 252):

Em 1993, o Poder Executivo enviou ao Congresso o projeto de reforma da Lei de Falências que vigia desde 1945. O projeto era bastante tímido em termos de alterações. Em 2004, o Poder Legislativo aprovou, depois de longa tramitação, um projeto bem diferente, com alterações mais significativas. Ele foi sancionado como Lei n. 11.101/2005 (LF). Além de atualizar a lei falimentar, a reforma teve o objetivo de contribuir em duas frentes importantes para a economia brasileira do início do século XXI: a luta contra o desemprego e a retomada do desenvolvimento econômico. Na primeira, procurou-se desacelerar a elevação do nível de desemprego por meio da introdução do instituto da recuperação judicial. Na medida em que empresas viáveis possam se reorganizar, mantêm-se os postos de trabalho a ela correspondentes. Na segunda frente, medidas como a venda dos bens do devedor independentemente da verificação dos créditos e investigação de crime falimentar ou alterações na classificação dos credores foram introduzidas com o objetivo de reduzir o risco associado à insolvência do devedor e, conseqüentemente, os spreads e juros bancários. A reforma de 2005 não alterou os fundamentos da lei falimentar anterior. A crise da empresa continua sendo vista como essencialmente litigiosa, demandando por isso constante presença do Poder Judiciário em cada passo dos seus desdobramentos.

Atualmente a falência é regulada pela Lei 11.105 de 2005 que não trouxe grande mudança no aspecto litigioso da falência, muito embora tenha ampliado a participação dos credores através das prerrogativas da Assembleia Geral e do Comitê de credores, quando necessário, acompanhando a tendência internacional, que se pauta apenas na preservação dos direitos creditórios. Entretanto limitou a participação do Ministério Público, a fim de reduzir a burocracia e com isso a morosidade dos processos de falência, mas por outro lado manteve o Juiz a frente da administração da massa falida, com o auxílio do administrador judicial, o que não garantiu qualidade e celeridade aos processos de gestão nas falências no Brasil.

3 SUJEITOS PASSÍVEIS DE FALÊNCIA

A Lei 11.101 de 2.005, no seu artigo 1º, define que a falência só alcança os empresários e as sociedades empresárias, logo é preciso estar exercendo atividade econômica de forma empresarial, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 259):

Para sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submete à execução concursal, de um lado, quem não explora atividade econômica nenhuma e, de outro, quem o faz sem empresarialidade.

A quem entenda que as regras de falência a serem aplicadas ao empresário individual devem ser diversas das aplicadas a sociedade empresária, em função das implicações que a falência de cada um destes teria no âmbito da justiça, como afirma Waldo Fazzio Júnior. (2012, p. 26-27):

[...] a aplicação eficaz do regime de insolvência pode ser comprometida pela fixação de soluções idênticas para empresas de perfis diferenciados, seja pela inadequação da solução em relação ao problema, seja pela diversidade da projeção da insolvência sobre a pessoa nesse estado e a sociedade empresária endividada. É intuitivo que o remédio produz efeitos metabólicos diferentes em organismos diferentes. E as diferenças, aqui, registram-se não apenas no plano da eficácia, mas, sobretudo, no da justiça.

Por outro lado a quem, na doutrina, discuta se as sociedades simples poderiam falir, ao arripio do artigo 966, do código civil de 2002, que dispõe que empresário é quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” e segundo o artigo 982 do mesmo *códex* “considera-se empresária a sociedade que tem por objetivo o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (967); e simples, as demais”, segue este entendimento, estendendo-o a sociedade limitada simples, Newton de Lucca, (2005, p. 95), ao discorrer:

De toda sorte, insista-se no seguinte ponto, não de todo compreendido por alguns que já discorreram sobre o presente tema: NÃO É VERDADE que a sociedade limitada simples esteja subsumida às normas da NLF, isto é, NÃO É VERDADE que ela se sujeita à falência, ainda que insolvente, assim como não tem o direito de socorrer-se do instituto da recuperação. Se se trata, porém, de sociedade limitada empresária, a solução será diversa, pois, em tal hipótese, o seu enquadramento no art. 1º da NLF será indubitável.

A lei de Falência ainda traz em seu artigo 2º, que estão excluídos do regime falimentar:

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.

Podendo ser totalmente ou parcialmente excluídos com explica Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 260):

Na verdade, a lei prevê hipóteses de exclusão total ou parcial do regime falencial. Quando totalmente excluída da falência, a sociedade empresária devedora com ativo inferior ao passivo (menos bens em seu patrimônio do que o necessário ao pagamento dos débitos) submete-se sempre a regime de execução concursal diverso do falimentar. Chama-se, também, a hipótese de exclusão absoluta. Quando, de outro lado, é parcialmente excluída da falência, submete-se a sociedade empresária a procedimento extrajudicial de liquidação concursal alternativo ao processo falimentar. Essa hipótese é também chamada de exclusão relativa. Uma sociedade empresária excluída totalmente da falência não pode, em nenhuma hipótese, submeter-se ao processo falimentar como forma de execução concursal de suas obrigações, isto é, ela nunca pode falir. Já a excluída parcialmente, em determinados casos discriminados por lei, pode ter o seu patrimônio concursalmente executado por via da falência. Ou seja, nesse último caso, ela não pode falir em determinadas situações.

A exclusão total se estende as empresas públicas, sociedades de economia mista e câmaras de compensação, já a exclusão parcial aplica-se as seguradoras, operadoras de planos privados de assistência à saúde e instituições financeiras, como ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 261-263):

As companhias de seguro (sociedades anônimas), nos termos do art. 26 do Decreto-Lei n. 73/66, estão sujeitas a procedimento específico de execução concursal, denominado liquidação compulsória, promovida pela Susep — Superintendência de Seguros Privados, autarquia federal responsável pela fiscalização da atividade securitária. [...] As operadoras de planos privados de assistência à saúde sujeitam-se à falência quando, no curso da liquidação extrajudicial decretada pela ANS — Agência Nacional de Saúde Suplementar, verifica-se que o ativo da massa liquidanda não é suficiente para pagar mais da metade dos créditos quirografários, as despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial ou se houver fundados indícios de crime falimentar (Lei n. 9.656/98, art. 23) [...] Também entre as sociedades empresárias parcialmente excluídas do regime falimentar estão, por fim, as instituições financeiras, às quais destinou o legislador o processo de liquidação extrajudicial previsto na Lei n. 6.024/74.

Continua Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 261-263), explicando porque a exclusão dessas sociedades é parcial:

A exclusão dessas sociedades empresárias é parcial, na medida em que elas, quando se encontram no exercício regular da atividade financeira, sujeitam-se à decretação da falência como qualquer outro empresário. Mas, se o Banco Central decreta intervenção ou liquidação extrajudicial de certa instituição, esta não pode mais falir a pedido de credor. Nesses casos, a quebra somente pode verificar-se a pedido do interventor (na intervenção) ou do liquidante (na liquidação extrajudicial), devidamente autorizados pelo Banco Central. [...] Sob o mesmo regime de liquidação extrajudicial reservado às instituições financeiras encontram-se as sociedades empresárias arrendadoras dedicadas à exploração de leasing (Res. BC n. 2.309/96), as administradoras de consórcios de bens duráveis, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas (Lei n. 5.768/71, art. 10), e as sociedades de capitalização (Dec.-Lei n. 261/67, art. 4 °), sendo as duas primeiras fiscalizadas pelo Banco Central e as duas últimas pela Susep. Também é parcial a exclusão dessas sociedades empresárias e entidades, porque podem falir nas mesmas hipóteses que a lei estabelece para os bancos

Os demais devedores insolventes, que não realizam atividade econômica na forma empresarial estão sujeitos à insolvência civil, disciplinada no Código de Processo Civil, no artigo 748 e seguintes.

3.1 Complexidade da Sociedade Empresária em Geral

Exercer atividade econômica na forma empresarial implica em atender requisitos legais, realizar investimentos financeiros, ter conhecimento técnico sobre o ramo de atividade que irá exercer, e sobre tudo de gestão nas diversas áreas da administração para que o negócio prospere no ambiente econômico. Entretanto quando maior a empresa, maior será a necessidade de envolvimento de pessoas que contenham conhecimento em outras as áreas do conhecimento, como por exemplo, pessoas com competências ligadas a gestão financeira, contábil, jurídica, informática, de vendas, de compras, de pessoal, logística, marketing, suprimentos, comunicação e outras.

No que tange o aspecto legal Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 81) explica:

Os empresários estão sujeitos, em termos gerais, às seguintes obrigações: a) registrar-se na Junta Comercial antes de dar início à exploração de sua atividade; b) manter escrituração regular de seus negócios; c) levantar demonstrações contábeis periódicas.

Essas obrigações são de natureza formal, logo a sua não observação gera seria consequência, inclusive no âmbito penal. Explica a razão de ser desta exigências Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 81):

A razão de ser dessas formalidades, que o direito exige dos exercentes de atividade empresarial, diz respeito ao controle da própria atividade, que interessa não apenas aos sócios do empreendimento econômico, mas também aos seus credores e parceiros, ao fisco e, em certa medida, à própria comunidade. O empresário que não cumpre suas obrigações gerais — o empresário irregular — simplesmente não consegue entabular e desenvolver negócios com empresários regulares, vender para a Administração Pública, contrair empréstimos bancários, requerer a recuperação judicial etc. Sua empresa será informal, clandestina e sonegadora de tributos.

Considerando as exigências da lei é nítido que exercer uma atividade econômica de forma empresarial exige a participação de profissionais habilitados para atender as exigências legais, como por exemplo, para manter escrituração regular e levantar demonstrações contábeis periódicas é necessário que o profissional seja registrado no Conselho Regional de Contabilidade e esteja em dia com as suas obrigações, conforme Artigo 1.182 do Código Civil Brasileiro em vigência, “Sem prejuízo do disposto no art. 1.174, a escrituração ficará sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado, salvo se nenhum houver na localidade.” e 1.184, §2º, do mesmo *codex* “Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária”. No caso de Empresa Limitada e no caso de Sociedades Anônimas a fundamentação legal se encontra no artigo 177, §4º da Lei 6.404 de 1976, “As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.”.

Os procedimentos de registro da empresa na Junta comercial são eminentemente técnicos, ao passo que deve ser realizado por pessoa capacitada a fim de não incorrer em erros, perder prazos ou até mesmo registrar a empresa com finalidade diversa da que se pretende realizar, tornando a atividade realizada irregular perante o órgão do registro.

A falta de registro, nos termos da lei, pode acarretar sérias consequências, conforme Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 89), a principal é a responsabilidade ilimitada, que deixa sócios em condição de responder com seu próprio patrimônio por todas as obrigações da sociedade, além de não ter legitimidade para pedir falência de outro empresário, de não poder pedir a sua recuperação judicial, sem falar das sanções de naturezas fiscais e administrativas.

O aporte jurídico também é indispensável ao desenvolvimento da gestão administrativa do negócio, agregando o ponto de vista legal sobre as questões a serem enfrentadas, sejam elas na esfera organizacional, trabalhistas, tributária e mesmo perante clientes e fornecedores.

A visão estratégica do negócio por vezes esta presente na experiência do empresário, pessoa física ou sócio administrador ou controlador, cuja responsabilidade é traçar um objetivo a ser alcançado pelo empreendimento e em conjunto com outros profissionais decidir o melhor caminho para alcançá-lo, são as decisões estratégicas, conforme ensina Ademir Antônio Ferreira, (1997, p 116) “as decisões estratégicas são aquelas que permitem à empresa se desenvolver e perseguir seus objetivos da melhor forma, considerando-se suas relações com o ambiente em que se insere”.

No tocante a necessidade de investimentos, o ramo de atividade a ser explorado irá ditar o seu montante, mas para se administrar o investimento é preciso ter cautela e conhecimento a respeito deste ramo de atividade. Pode-se citar com cautela no investimento a aquisição do estabelecimento comercial, que por hora pode se próprio ou locado, porém nos dois casos é necessário adequações para atender exigências legais e ao próprio negócio a ser explorado, sem falar na localização, que é preciosa em alguns tipos de negócio. Os equipamentos que em alguns ramos de atividade implicam na maior mobilização de recursos, também espiram cuidados, pois se o empresário erra no dimensionamento do equipamento que necessita para realizar a sua atividade empresarial, ele pode produzir menos do que precisa para atender a demanda ou ter um equipamento, cujo custo de manutenção é alto e que esteja sendo subutilizado, a ponto de comprometer a continuidade do negócio.

A realização de atividade empresária é ato complexo e técnico, já que as tomadas de decisões exigem profundo conhecimento e as empresas não estão só suscetíveis aos efeitos da gestão, mas também a concorrência do mercado e a evolução tecnológica, que exigem precisão nas iniciativas, a fim de não perder espaços perante os clientes em geral.

3.2 Sociedade Empresária ou Empresário em Crise

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 243), ensina que a crise das empresas pode ser econômica, financeira ou patrimonial, muito embora uma possa desencadear a outra.

A crise econômica se verifica quando ocorre a contração do negócio, ou seja, seus clientes de uma forma geral deixam de consumir ou reduzem muito o consumo do

produto e ou serviço objeto do empreendimento. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 243) essa é uma situação de risco se não for identificada com precisão, pois a retração pode ser global, segmentada no ramo de atividade, na localidade ou específica do empresário em função de seu atraso tecnológico, por exemplo. Se não conseguir identificar com clareza a origem da crise econômica poderá tomar medidas que irão agravá-la ao invés de controlá-la.

A crise financeira se mostra presente na situação de falta de liquidez, ou seja, quando a empresa tem dificuldade em pagar as suas obrigações com o seu ativo. Esta situação pode ser uma crise aparente quando não associada às outras crises (patrimonial e econômica), já que o índice de liquidez é um indicador estático, apurado em dado momento, logo é possível se diagnosticar, naquele momento, uma crise de liquidez decorrente de um desencaixe entre os pagamentos e recebimentos, ou decorrente de aplicação de recursos em estoque que ainda não foram realizados ou investimentos que darão retorno à longo prazo, mas onerou o caixa a curto prazo. Entretanto na hipótese em que, mesmo realizando todo o estoque, recebendo todos os recebíveis mais o saldo das contas de caixa e banco, seria ainda incapaz de pagar os saldos do passivo, esta seria uma crise de liquidez geral, que mesmo assim pode ser contornada com a busca de recursos nas instituições financeira, para pagamento à longo prazo, desde que o juros não sejam muito elevados a ponto de comprometer a liquidez novamente.

A crise patrimonial é a insolvência econômica da empresa, ou seja, é quando todo patrimônio da empresa não é capaz de fazer frente as suas obrigações. É uma situação que se caracteriza pelo Capital Social negativo, que em linhas gerais significa que o investimento feito na empresa não existe mais e a empresa representa para o sócio ou proprietário uma dívida com terceiros. Esta crise desperta a falta de credibilidade junto a fornecedores, bancos e outros investidores. Entretanto pode ser uma situação momentânea em que o empresário realizou, por exemplo, grandes investimentos em projetos que ainda não começaram a gerar resultados, como a ampliação da unidade fabril ou construção de mais uma filial, para os quais foi necessário recorrer a financiamento junto a bancos, mudar a política financeira com relação a negociação de prazos com fornecedores e outras iniciativas para destinar recursos para a execução dos projetos.

Esses índices são muito relativos, dependem do ramo de atividade para representarem perigo para a saúde da empresa. Entretanto adverte Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 245):

Em geral, cabe dizer que determinada sociedade empresária está em crise quando presentes as três formas pela qual se manifesta. [...] A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. [...] A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa.

A empresa vai muito além do interesse financeiro de seus sócios e proprietários, ela tem uma função social, que atende a diversos agentes econômicos, a exemplo dos trabalhadores que precisam manter seus postos de trabalho, governo que espera arrecadar tributos com o desenvolvimento das atividades da empresa, a comunidade local que depende da empresa para a aquisição de bens e produtos, para o desenvolvimento local a fim de atrair mais investidores e conseqüentemente melhorias por parte do governo e outras empresa que são clientes e precisão de insumos para o seu negócio ou são fornecedores e dependem da produção da empresa para realizar a sua atividade.

3.3 Resposta do Mercado a Crise Empresarial

Com tamanha importância que tem no ambiente econômico as empresas com atividade econômica desenvolvida de forma empresarial tem contado com a proteção da Lei Falimentar tanto no que tange a recuperação da empresa com na decretação de falência.

Entretanto é fácil vislumbrar que a economia é uma engrenagem, onde todas as peças devem estar presentes e exercendo o seu papel, logo uma peça que não esta funcionando como deveria, estará sujeita a iniciativa do próprio mercado em realizar uma revitalização.

Inicialmente a influência do mercado na revitalização das empresas, se dá pela observância do empresário ou sociedade empresária, de forma voluntária, as pressões indiretas aplicadas pelo mercado, quando o cliente exige qualidade, o concorrente melhora e

ameaça tomar seus clientes, o fornecedor coloca exigências para fornecer insumos e o governo estabelece normas a serem observadas.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 246) classifica a busca pela superação da crise por meio da adequação a economia de forma voluntária como “solução de mercado”.

Existe uma variável importante em todas as empresas que pode impossibilitar a solução de mercado, que se trata do proprietário em empresas individuais ou o sócio controlador nas sociedades empresárias, quando estes resistem às adequações necessárias ou impossibilitam o investimento ou alienação da empresa ao atribuir-lhe um valor muito acima do de mercado.

No tocante a valorização exagerada da empresa para fins de investimento ou alienação, por parte do empresário, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 247-249) chama de valor idiossincrático da empresa, que é a projeção psicológica que o empresário faz no empreendimento, mesmo contra todas as avaliações de mercado, atribuindo a ele um valor com carga sentimental, sem observar a realidade econômica em que reside a empresa no momento, assim torna inviável para que outra pessoa possa investir no negócio ou mesmo adquiri-lo.

Quando a solução de mercado se vê infrutífera é o momento em que é necessária a intervenção estatal nos termos da legislação falimentar, hipótese em que se mitiga o direito de propriedade e livre iniciativa, para proteger o interesse dos demais agente econômicos, impondo regras e estratégias que ainda podem ser utilizadas para revitalizar a empresa.

Quando a empresa não apresenta condições de ser recuperada, nestes casos a decretação da falência é o melhor remédio para a economia, como ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 247):

[...] se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação. Se nenhum empreendedor ou investidor viu nela uma alternativa atraente de investimento, e a recapitalização e a reorganização do negócio não estimulam nem mesmo os seus atuais donos, então o encerramento da atividade, com a realocação dos recursos nela existentes, é o que mais atende à economia. [...] Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos — materiais, financeiros e humanos — empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.

Os problemas que implicam nas crises são diversos e muitas vezes complexos a ponto de exigirem a análise sobre a ótica de diversos campos do conhecimento, não podendo se limitar a experiência do proprietário, que com ela levou a empresa para situação de crise. A empresa saudável precisa deste aporte de conhecimentos, para não entrar em crise. A empresa em crise precisa mais ainda para sair. E a empresa quebrada muito mais, a ponto de podermos afirmar que dirigir uma massa falida exige muito mais técnica, mesmo que seja para apenas alienar o seu os bens, do que uma empresa saudável.

3.4 Insolvência Jurídica

A crise reflete um estado patrimonial da empresa, que é a insolvência econômica, que em geral causa impontualidade, pode motivar a execução frustrada e ou atos de falência, porém como já visto não é uma regra. A Lei 11.101 de 2005 presume a falência quando presentes os seus pressupostos, quais sejam a realização de atividade econômica de forma empresarial por empresário ou sociedade empresária, e a insolvência jurídica, que nos termos do artigo 94, se caracteriza pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada ou pela prática de ato de falência. Como esclarece Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 264):

Para fins de decretação da falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra. Especificamente, se a sociedade empresária for, sem justificativa, impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I) se incorporar em tríplice omissão (art. 94, II) ou se praticar ato de falência (LF, art. 94, III), cumpre-se o pressuposto da insolvência jurídica.

A impontualidade injustificada, como próprio nome diz deve ser injustificada, logo se o devedor tiver motivos para o não pagamento da obrigação, como por exemplo, a prescrição, a inexistência da obrigação, a nulidade ou outros não configurará a impontualidade. Entretanto não ocorrendo justificativa para impontualidade ainda é preciso que o valor seja superior a 40 salários mínimos e cumulativamente tenha sido protestado, como ensina Gladston Mamede (2012, p. 216):

Será decretada a falência do empresário ou sociedade empresária que, 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 salários-mínimos na data do pedido de falência.

A execução frustrada ocorre na hipótese do devedor esta sendo executado e não realizar o pagamento, depósito ou nomeia bens a penhora, com fim de garantir a execução, detalha Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 266-267):

A sociedade empresária devedora que, executada, não paga, não deposita nem nomeia bens à penhora no prazo legal incorre em execução frustrada (LF, art. 94, II). Trata-se da hipótese mais usual de pedido de falência, tirante os fundados na impontualidade. Se está sendo promovida contra a sociedade empresária uma execução individual, isso significa que ela não pagou, no vencimento, obrigação líquida, certa e exigível.

Atos de falência são condutas praticadas pelo empresário devedor, que a lei reputa presunção de insolvência jurídica. Mesmo que a empresa esteja em situação patrimonial equilibrada à ocorrência destas condutas pode autorizar o credor a pedir a falência do devedor.

Entre os atos de falência esta a liquidação precipitada do ativo não circulante, ou seja, venda de equipamentos, veículos e outros mobiliários importantes para a realização do negócio com fim de realizar pagamentos. Estes atos demonstram que a empresa não dispõe de capital circulante para cumprir as suas obrigações, da mesma forma que lançar mão de meio ruinosos para realizar pagamentos ou aceita juros muito acima do mercado, (MAMEDE, 2012, p. 223-225).

Se a sociedade empresária tenta retardar pagamentos ou fraudar credores por meio de negócio simulado, ou, ainda, alienar, parcial ou totalmente, elementos do seu ativo não circulante, está incorrendo em comportamento também definido como ato de falência (COELHO, 2013, p. 268).

Quando após a alienação do estabelecimento empresarial o devedor não dispuser de recursos para pagar os credores, ele estará praticando um ato de falência, já que a alienação foi irregular, com explica Fábio Ulhoa Coelho. (2013, p. 268) “Entre os requisitos do direito brasileiro para a regularidade do trespasse, que é o negócio jurídico de alienação do estabelecimento empresarial, encontra-se a anuência dos credores”.

Quando o empresário sem motivo aparente desloca o controle da empresa para outra filial com a finalidade de dificultar o exercício dos direito dos credores ou para burlar a fiscalização, caracteriza ato de falência.

Outra forma se concretiza pela concessão de garantia real ou reforço de garantia a credores, muito depois de se constituírem como credores com a finalidade de lhes garantir preferência na falência iminente, como ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 269):

Garantia real. Para a caracterização desta hipótese de ato de falência, a instituição de garantia real (hipoteca, penhor, caução de títulos etc.) pela sociedade empresária em favor de um de seus credores deve operar-se posteriormente à constituição do crédito. Não se verifica o ato de falência se a constituição da obrigação e a concessão da garantia real são concomitantes. A incoincidência entre os atos é que revela o intuito de fraudar a par condicio creditorum, na medida em que importa atribuir a quem já é credor uma condição mais favorável, na eventualidade da quebra (na ordem de pagamentos, o titular de garantia real tem preferência sobre os credores não garantidos).

O abandono do estabelecimento empresarial pelo representante legal, sem deixar um procurador com poderes para dirigir o negócio é também caracterizado com ato de falência.

Outra hipótese de falência é a decorrente da convolação da recuperação judicial em falência, que pode ocorrer pela deliberação da Assembléia Geral de Credores, que não aprovar o plano de recuperação judicial, pela não apresentação, pelo devedor do plano de recuperação ou quando o devedor descumpra as obrigações assumidas no plano de recuperação, sem justificativa, nos termos do artigo 73 e seus incisos da Lei de Falência. A hipótese em que os credores em uma Assembleia Geral decidem pela falência do devedor, é passível de discussão, pois, muito embora a Lei de Falência atribua este poder ao credor, ele não é o único prejudicado com a falência, já que a função social, que é inerente à todas as empresas, atribui à sociedade ou agentes econômicos que gravitam em torno da empresa prejuízos, de forma direta ou indireta.

4 PROCESSO DE FALÊNCIA

O processo de falência inicial na fase pré-falimentar, com o pedido de falência e a sentença declaratória da falência, levantamento dos credores e dos bens a comporem a massa falida, alienação destes bens e a sentença de encerramento da falência. Estas etapas nas falências de grandes empresas duram anos, que é um problema que a lei de falência não solucionou.

4.1 Pedido de Falência

A legitimação para o pedido de falência pode ser do próprio devedor, de um dos sócios ou acionistas em caso de sociedade empresaria e em regra dos credores, como dispõe o artigo 97 da Lei de Falência:

Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; 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. § 1o O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. § 2o O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

A autofalência é regulamentada na Lei 11.101 de 2005, nos artigos 105 à 107, e consiste na prerrogativa do devedor que não se enquadre nos requisitos para a recuperação judicial e estiver insolvente requer a autofalência, que muito embora a lei fale em dever a doutrina entende que se trata de faculdade, como leciona Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 271):

Nenhum devedor, por isso, costuma requerer a autofalência como manda a lei, e, mesmo assim, não sofre punição nem enfrenta qualquer consequência. O requerimento da autofalência deve ser entendido, assim, como recomendação ao empresário insolvente que não reúne as condições para obter em juízo a reorganização de sua empresa.

A hipótese em que os sócios, pela unanimidade, optarem pela falência da sociedade empresária, se trata de autofalência, porem quando ocorre de apenas parte dos sócios optarem pelo pedido de falência, ocorrer o pedido de falência pelo sócio, que é situação

rara como apregoa a doutrina (COELHO, 2013, p. 271), em função de que seria mais útil a dissolução parcial.

A regra é o pedido de falência requerido pelo credor, que poderá fundamentar o seu pedido no pressuposto de insolvência jurídica, ou seja, por impontualidade injustificada, execução frustrada ou ato de falência. Entretanto se discute na doutrina que se o credor ao pedir a falência tem por objetivo a instauração do processo de execução concursal ou utiliza deste expediente para estimular o devedor a cumprir com sua obrigação evitando a falência.

A utilização da via falimentar para recebimento do crédito devido, ou seja, como um instrumento de cobrança é legítimo, como entende Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 271).

O credor empresário ou sociedade empresaria para requer falência de terceiros deve demonstrar regularidade junto a Junta Comercial e se for não domiciliado no país, deve prestar caução para garantir a indenização do devedor, caso seja denegado o pedido de falência. Mas se não for empresário ou sociedade empresária não precisa atender a requisitos específicos. Entretanto todos devem apresentar o título representativo da obrigação do devedor, mesmo que não esteja vencida, hipótese em que o requerente deve provar impontualidade injustificada e execução frustrada em relação a outro credor, quando não for ato de falência.

O juiz competente para os processos de falência é o do local do principal estabelecimento do devedor, entretanto para evitar que um dos atos de falência tenha efeito nesta situação, qual seja, quando o empresário sem motivo aparente desloca o controle da empresa para outra filial, a doutrina esclarece que o principal estabelecimento é onde se concentra o maior volume de negócios, o que aproxima o juiz dos bens, da contabilidade e dos credores, com ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 273):

Principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico. O juiz do local onde se encontra tal estabelecimento é o competente para o processo falimentar, porque estará provavelmente mais próximo aos bens, à contabilidade e aos credores da sociedade falida. Por outro lado, se a lei reputasse competente o juiz da sede estatutária ou contratual, esse critério poderia dificultar a instauração do concurso de credores, porque a devedora, antevendo a possibilidade de falir, poderia alterar, por simples ato registrário, o local a que se deveriam dirigir os credores para pedir a falência dela.

Nos casos de sociedade estrangeira a regra se mantém, reservando a análise as filiais estabelecidas no Brasil.

A falência pode decorrer da convalidação da recuperação judicial, como já visto no capítulo 3.4 supra deste trabalho, neste caso o juiz da recuperação se torna prevento em relação à falência.

O rito processual das demandas falimentares, estes podem ser de jurisdição contenciosa ou voluntária. Será contenciosa quando for requerido por credor ou sócio minoritário e não contenciosa, ou seja, voluntária quando se tratar de autofalência.

O procedimento contencioso está disciplinado nos artigos 94 à 96 e 98 da Lei de Falência, na qual a sociedade empresaria assumirá condição de réu, sendo citada e podendo contestar em 10 dias o pedido de falência. Glagston Mamede (2012, p. 243) explica:

Será estabelecido, assim, um litígio judicial, cabendo ao Judiciário examinar a existência de pressupostos processuais que eventualmente se apresentem para, afim, dar julgamento de procedência, decretando a falência do réu, ou não.

Ainda leciona Glagston Mamede (2012, p. 243):

Ainda que o procedimento falimentar contencioso, da petição inicial à sentença, oriente-se pelas regras do processo de conhecimento, não há uma identificação absoluta entre ambos. Esta realidade se faz sentir já na previsão de uma causa especial de extinção do processo sem julgamento do mérito: o ajuizamento tempestivo de pedido de recuperação judicial, do qual sobrevirá sucessão processual objetiva, [...] Tem-se, ainda, uma causa especial de extinção do processo com julgamento do mérito, qual seja, o pagamento do crédito que instrui o pedido falimentar, elidindo-o.

A respeito da possibilidade de elidir a declaração de falência, continua Glagston Mamede (2012, p. 243):

Essa elisão, aliás, pode decorrer de depósito que não se faça para pagar, mas apenas para garantir o juízo, hipótese na qual se experimentará uma transmutação de natureza processual da demanda, que deixa de versar sobre a falência, ou não, do empresário ou sociedade empresária, e passa a versar sobre a exigibilidade, ou não, do crédito que instrui o pedido inicial. Finalmente, é possível haver mera contestação da ação, arguindo-se matérias preliminares ou de mérito.

Outras distinções se observam quando o processo falimentar não permite a reconvenção, que Glagston Mamede (2012, p. 243) explica decorrer da extraordinariedade do pedido de falência que visa uma fase executiva e concursal, muito embora implique em uma fase cognitiva e decisória. Também não ocorre a concessão de antecipação de tutela, mesmo presente os seus pressupostos, porém é possível uma medida cautelar para afastar o

empresário e o administrador societário, quando presente, por exemplo, riscos decorrentes de liquidação precipitada de ativo e administração ruínosa da empresa.

O procedimento voluntário implica no pedido de autofalência que deverá ser instruído com as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, além de uma gama razoável de documentos relacionados no artigo 105 da Lei 11.101 de 2005, quais sejam:

O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos: I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa; II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos; III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade; IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais; V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei; VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

Se o juiz verificar a ausência de documentos poderá determinar que o requerente emende a petição. Caso receba a instrução processual seguirá, a partir daí, o mesmo rito da jurisdição contenciosa.

Nos termos da Lei de 11.101 de 2005 a expressão a “sentença que decreta a falência”, citada entre outros artigos no artigo 99 da lei, resolve uma velha discussão doutrinária a respeito da tratativa de sentença declaratória, dada pelo legislador no decreto-lei 7.661 de 1945, artigo 7º, ou seja, “É competente para declarar a falência o juiz [...]”, quando a maioria da doutrina apontava que a natureza jurídica da sentença, considerando a classificação do direito processual civil, era constitutiva e não declaratória, com ensina Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 277-278):

O terceiro pressuposto do estado de falência é a decretação judicial, ou seja, a sentença que produz o concurso universal de credores, inaugurando uma nova situação jurídica geradora de diversas consequências de extrema gravidade em relação à pessoa, bens e contratos do agente econômico devedor.[...] É por meio do decreto que o estado fático de insolvência (em qualquer das suas formas) ingressa no mundo jurídico. Pelas mãos da sentença decretatória, o estado econômico de insolvência transforma-se no estado jurídico de falência. A prolação judicial constitui nova situação jurídica.

Seguindo o mesmo entendimento Fábio Ulhoa Coelho (2013, p 280):

[...] apesar do nome de que fez uso o legislador, a sentença declaratória da falência, pressuposto inafastável da instauração do processo de execução concursal da sociedade empresária devedora, tem caráter constitutivo.[...] Com a sua edição pelo juiz, opera-se a dissolução da sociedade empresária falida, ficando seus bens, atos e negócios jurídicos, contratos e credores submetidos a um regime jurídico específico, o falimentar, diverso do regime geral do direito das obrigações. É a sentença declaratória da falência que introduz a falida e seus credores nesse outro regime. Ela não se limita, portanto, a declarar fatos ou relações preexistentes, mas modifica a disciplina jurídica destes, daí o seu caráter constitutivo.

Entretanto o artigo 99, no inciso II da Lei de Falência, estabelece o termo legal que presumidamente determina o dies a quo do estado de falência, assim é possível considerar que a sentença seja declaratória, já que o estado de falência já se desenvolvia antes dela, como explica Glagston Mamede (2012, p. 260):

A ideia de um termo legal da falência (artigo 99, II, da Lei 11.101/05) fortalece a natureza declaratória da sentença falimentar. Reconhece-se que o falido não se tornou insolvente – de fato – no momento da sentença ou da distribuição da ação. É óbvio que a insolvência é um processo gradual que se inicia antes de a questão ser levada ao Judiciário.

O termo inicial é chamado de período suspeito e visa à equiparação dos credores através da anulação de atos ocorridos antes da sentença, com intenção de burlar o concurso de credores, que iria fatalmente ser instalado, (ALMEIDA, 2009, p. 110) “O termo legal, também denominado *período suspeito*, objetiva fixar um espaço de tempo em que os atos praticados pelo falido sejam ineficazes por ser prejudiciais aos credores”.

A publicação da sentença de falência visa dar máxima publicidade, para tanto ela ocorre por edital e em seu inteiro teor, também é possível que ocorra publicação em jornal e revista de grande circulação. Devem ser informado o Ministério Público, a Receita Federal e a Junta Comercial.

A sentença denegatória da falência pode ocorrer em função do acolhimento dos argumentos da contestação do devedor, ou pelo depósito elisivo.

Mesmo que seja feito o depósito o juiz deverá analisar a contestação para fins de sucumbência, pois se o motivo da denegação se pautar apenas no depósito o devedor terá sucumbido, mas se os seus argumentos na contestação forem pertinentes para inibir a decretação da falência a sucumbência neste caso será do credor.

Como explica Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 284):

Se contestado e feito o depósito pelo requerido, o juiz não pode deixar de apreciar as razões apresentadas pelo devedor. O depósito afasta a possibilidade de instauração do concurso de credores, mas é necessário verificar se era procedente a pretensão do requerente deduzida em juízo para fins de definir a sucumbência. [...] Sendo, então, a sentença denegatória proferida com fundamento não na elisão, mas no acolhimento da contestação, o valor depositado será levantado pelo próprio requerido, e não pelo requerente.

O artigo 100 da Lei de Falência define que contra a decretação de falência cabe agravo de instrumento, pelo fato da sentença constituir uma decisão interlocutória, já que não põe fim ao processo, como explica Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 288) “A sentença que decreta a falência, longe de terminar, inaugura a falência propriamente dita. É decisão interlocutória porque, simplesmente, se interlocuta entre a cognição e a execução”.

Contra a denegação cabe apelação, sendo que tanto a apelação como o agravo de instrumento, seguem o procedimento e prazos fixados no Código de Processo Civil.

4.2 Credores da Falência

Uma vasta doutrina ensina que a instauração do concurso falimentar tem por objetivo estabelecer um tratamento paritário entre os credores do falido, entretanto este tratamento paritário deve respeitar preferências e hierarquias atribuídas por diversos dispositivos legais.

Esta hierarquia e preferência são observadas na elaboração do quadro geral de credores, que inicialmente é publicado com a sentença, e que poderá ser obstado pelos credores através de incidentes processuais, requerendo a sua habilitação no concurso, ou alteração de qualificação e ou exclusão de outros credores.

Como explica Glagston Mamede (2012, p. 406) a paridade não é absoluta, pois é princípio da justiça distributiva igualar os iguais e distinguir os diferentes, como os créditos são diferentes em função de sua origem e natureza jurídica, é preciso estabelecer uma hierarquia e preferência, assim entende o autor que o juízo universal compreende um ambiente jurídico cuja função é garantir que todos os credores, titulares de créditos de mesma

natureza, sejam tratados em condições de igualdade e diante da falta de recurso da massa para liquidar todo o crédito, seja estabelecido à preferência a alguns.

A lei de falência estabelece a hierarquia de preferências ao crédito, e define como primeiro os créditos decorrentes da legislação trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos e os derivados de acidentes de trabalho, em seguida os créditos com garantia real, créditos tributários, créditos com privilégios especiais, com privilégio geral, quirografários, multas contratuais e penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, créditos subordinados e se eventualmente sobra recursos da massa falida, este será destinado ao falido.

Não estão sujeitos ao concurso falimentar, logo devem ser pagos independente das preferências, os créditos extraconcursais, pois são relações estabelecidas com a massa falida para que ela se efetive, assim explica Amado Paes de Almeida (2009, p. 252/253):

Decretada a falência, sucedem-se a ela inúmeros atos e operações, o que muitas vezes implica despesas, dando origem aos credores da massa. Estes não estão sujeitos à habilitação e devem ser pagos preferencialmente a todos os credores [...] São encargos da massa (extraconcursais): I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares; II – créditos trabalhistas por serviços prestados após a decretação da falência ou decorrentes de acidentes de trabalho ocorridos neste período; III – quantias fornecidas à massa falida pelos credores; IV – despesas havidas com a arrecadação, administração dos bens do falido, realização de ativo, distribuição do seu produto, custas do processo de falência; V – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; VI – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial (despesas com fornecedores que, no período da recuperação judicial ou após a falência, tenham continuado a prover o devedor); VII – tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem de classificação dos créditos.

Por força da Lei de Falência no seu artigo 86 devem ser restituídos em dinheiro, antes do pagamento dos créditos em concurso, o valor referente aos bens arrecadados pela massa falida, na ocasião da decretação da falência, que estavam em poder do devedor, e não são mais passíveis de devolução, bem como créditos decorrentes de antecipação para exportação, dos valores relativos à compensação de contratos realizados pela falida no período suspeito que foram revogados judicialmente, em favor de credores de boa-fé, como leciona Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 376)

4.3 Realização do Ativo na Falência

A decretação de falência de uma empresa é necessária para evitar que o risco da atividade empresarial passe para os credores, que confiaram na atividade e lhe concederam

créditos. Logo um dos principais objetivos de se decretar a falência é a satisfação das obrigações, que tem sua gênese na realização do ativo, principalmente na alienação dos bens que compõe a massa falida, sob o prisma da Justiça.

Entretanto isso não significa que a obrigação será totalmente liquidada, pois o patrimônio disponível, como ocorre na maioria das vezes, não é suficiente para honrar todas as obrigações, sendo assim é necessário evitar ao máximo possível perdas de receita com a alienação dos bens, que na sua grande maioria são ocasionadas devido ao longo tempo em que o processo se arrasta em função dos tramites judiciais.

4.3.1 Bens arrecadados

Realizar o ativo, segundo Waldo Fazzio Júnior (2012, p.372), “em regra, consiste em converter os bens do devedor em dinheiro, para pagamento de seu passivo”. A arrecadação dos bens do falido implica na sua indisponibilidade determinada pelo juízo falimentar.

Os bens arrecadados, que compõe a massa falida, vão além dos encontrados nos estabelecimentos da falida, como detalha Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 343-344):

O conhecimento judicial da extensão do ativo do falido envolve atos como a arrecadação dos bens encontrados nos estabelecimentos empresariais da falida ou o depósito em cartório dos seus livros obrigatórios [...] Envolve, por outro lado, procedimentos como embargos de terceiros ou o pedido de restituição, a ser promovido pelo titular de direito real sobre a mercadoria arrecadada, pelo vendedor de mercadorias entregues às vésperas da distribuição do pedido de falência ou instituição financeira que antecipou ao exportador recursos com base num contrato de câmbio.

Logo a arrecadação dos bens da falida é uma atividade eminentemente técnica e deve ser realizada profissionalmente, para garantir a apuração do real patrimônio da massa falida, sejam estes bens imóveis, móveis ou bens intangíveis.

4.3.1.1 Tipos de bens

Os bens arrecadados são compostos de imóveis, móveis e bens intangíveis que ficarão sob a responsabilidade do administrador judicial ou de pessoa por ele nomeada como depositário do bem, conforme dispõe o artigo 108 da Lei de Falência:

Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§ 1o Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens.

Os bens intangíveis, dos quais se podem citar como exemplo: as ações de outras empresas e os títulos de créditos são mais fáceis de serem vendidos ou mesmo ficando disponíveis para serem utilizados como forma de pagamento dos credores, com a vantagem de que estariam submetidos apenas as peculiaridades de sua natureza para perder ou ganhar valor, não incorrendo aos efeitos exclusivamente do tempo. A exceção é o fundo de comércio, que é extremamente sensível, já que com o passar do tempo o seu valor tende a desaparecer, em função da falta de atividade empresarial.

Os bens imóveis dependendo - de sua localização, de quem irá adquiri-lo, para que serão usados, se será vendido sozinho ou em conjunto com ou sem os móveis - o seu valor irá oscilar muito e isso certamente será agravado pelo tempo.

Os bens móveis arrecadados podem perder seu valor de mercado em função de se tornarem obsoletos com o passar do tempo, pela perda do valor em decorrência de variáveis econômicas e pela perda do interesse de possíveis compradores pelo tempo que já tinham de uso e pela forma que ficaram depositados até serem oferecidos ao mercado.

4.3.1.2 Perda de valor

As principais causas de perda de valor dos bens são: a sua obsolescência, fatores econômicos, tempo de uso e o seu armazenamento inadequado.

No que tange a obsolescência é de fácil constatação que ao passo que novas tecnologias vão surgindo à tendência é que ocorra a substituição dos equipamentos velhos,

por demandarem elevado consumo de energia, terem necessidade de maior número de operadores, falta de insumos que não são mais fabricados para aquele tipo de equipamento, como por exemplo, uma máquina de calcular que utiliza uma fita para imprimir os cálculos e esta fita não é mais fabricada, ou uma máquina de envasamento de bebidas, cujo o único modelo de garrafa que envasava, não é mais utilizado no mercado de bebidas. A obsolescência ainda pode encontrar entraves em restrições das novas leis que regulamentam os cuidados com o meio ambiente. Fatos estes que fazem com que o desinteresse na funcionalidade do bem seja tão grande, que muitas vezes os equipamentos são vendidos pelo preço do metal do qual ele é composto.

Fatores econômicos também contribuem para que os bens sofram perda de seu valor. Muito embora estejamos em um momento cuja economia se encontra relativamente estável, quando comparada a anos atrás, os indicadores econômicos demonstram uma variação na inflação, que por menor que seja causa perda econômica no valor dos bens da massa, no transcurso do tempo.

O tempo de uso dos equipamentos e o seu armazenamento inadequado podem implicar em deterioração, são certamente fatores de desvalorização ou desinteresse de possíveis compradores.

Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 360):

A experiência demonstrou que a demora na realização do ativo representa um desastre para a comunidade dos credores. É extremamente difícil e cara a adequada fiscalização e conservação dos bens da sociedade falida. Quando não são roubados, os bens se deterioram pela falta de manutenção. Além disso, a maioria dos bens móveis costuma sofrer acentuada desvalorização com o passar do tempo.

Logo a celeridade da alienação dos bens esta ligada ao melhor aproveitamento da venda destes em prol dos credores.

Estes bens em função da sua natureza poderão sofrer tratamentos distintos, no que tange a modalidade de alienação.

4.3.2 Modalidades de alienação trazidas pela Lei 11.101 de 2005

A lei antiga de falência estampada no Decreto-lei 7.661/45, não trazia regras que demonstravam preocupação do legislador com a celeridade do processo de venda do patrimônio, pois a realização do ativo somente se iniciava após o longo processo de

verificação de créditos e tramitação do inquérito judicial, conforme se verifica nos artigos 114 e 115 da referida lei. Tal situação ainda foi agravada no auge da “inflação galopante” dos indos dos anos 80.

Neste sentido observado por Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 477):

A experiência demonstrou que a sistemática da lei antiga esta longe de atender às necessidades da moderna economia. Na maioria dos processos de falência, os bens do ativo do devedor acabavam se perdendo enquanto não chegava o momento processual adequado para iniciar-se a realização do ativo.

Entretanto a nova lei 11.101 de falência de 09 de fevereiro de 2005 tenta diminuir a demora em iniciar a realização do ativo e determina que este seja realizado logo que se conclua a arrecadação dos bens do falido, conforme dispõem em seu artigo 139, “Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo”.

Explica Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p.276):

Notando a presença de bens perecíveis, deterioráveis, rapidamente depreciáveis, de conservação arriscada ou dispendiosa, poderá o administrador judicial requerer judicialmente a venda antecipada dos bens, com prévias manifestações do Ministério Público e do comitê de credores.

Mas fora a excepcionalidade da venda antecipada, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 366): “Os bens arrecadados podem ser vendidos pelo modo ordinário ou extraordinário, segundo o que mais interessar à massa”.

“A realização do ativo começa com a juntada do auto de arrecadação ao processo de falência” (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p.372).

A Lei de Falência nos seus artigos 140 e seguintes relaciona as modalidades de alienação do ativo, que são as alienações ordinárias e extraordinárias

4.3.2.1 Alienação ordinária

Antes de se debruçar na alienação ordinária, se faz necessário tomar nota do conceito de empresa expresso no artigo 140, conforme explica Gladston Mamede (2009, p. 581–583):

O sistema de quebras da Lei 11.101/05 está alicerçado na correta compreensão de que (1) empresário e sociedade empresária são distintos da (2) empresa, e que a proteção jurídica deve ser dada a esta, mais do que áqueles. [...] A empresa, por seu turno, mesmo considerada como um ente autônomo, não se confundindo com os bens que a formam (o estabelecimento), não é um sujeito, mas um objeto de relações jurídicas. [...] O estabelecimento, compreendido como um patrimônio especificado e organizado para o exercício da atividade negocial, é apenas a dimensão estática da empresa. [...] a empresa, que é muito mais do que os bens que a compõem, incluindo o conjunto dos atos humanos e, mais especificamente, das relações jurídicas, realizadas utilizando aquele complexo organizado de bens. Refiro-me, portanto, a uma dimensão dinâmica da empresa, que se expressa como atividade, como atos e relações continuados.

Com este entendimento afirmamos que na alienação ordinária, os órgãos da falência seguirão a ordem de preferência estabelecida no artigo 140 da lei de Falência, que dispõem que em primeiro lugar deve-se considerar a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco, cujo objetivo é conseguir maximizar os resultados, haja visto que a venda de uma empresa em operação tem seguramente uma valorização maior pelo mercado, já que a ainda estará funcionando e mantendo o seu potencial de geração de riqueza e principalmente o seu papel social.

Neste sentido Newton de Lucca (2005, p. 530) cita:

[...] a falência nos moldes previstos no art. 75 desta lei, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa. Para que se consiga manter íntegra a fonte produtora ou unidade produtiva empresarial o quanto possível, após a falência, há que se tomar atitudes e ações urgentes de caráter liquidatório da massa falida, visando a priori a recolocação da empresa para quem efetivamente possa operá-la, com vistas à manutenção não só da fonte produtora como dos demais interesses sociais envolvidos.

Pode ocorrer de uma empresa no auge de sua atividade econômica, se lançar a ampliar os negócios através da construção de mais unidades ou filiais, sem o devido levantamento dos impactos financeiros na econômica da empresa, o que pode levá-la a falência. Este é o típico cenário de uma sociedade falida com uma unidade ou filial nova e equipada e outra já desgastada pelo tempo e inclusive sem as manutenções necessárias, já que

os recursos eram destinados para a unidade nova, promovendo o sucateamento da velha. Esta situação é prevista no inciso do II do artigo 140, como opção ao inciso I, qual seja a venda do ativo em blocos separados, na hipótese de que um não influencie negativamente no valor que o mercado estaria disposto a pagar no outro, isto é, a sociedade empresaria falida teria a suas unidades ou filiais vendidas separadamente, pois uma mais moderna e equipada poderia ter o valor de mercado maior se vendida isoladamente, do que vendida juntamente com a outra, já sucateada ou em vias.

O inciso III aponta como opção, na sequência, a alienação em bloco dos bens da sociedade, de forma a formata estes blocos de acordo com o interesse que poderá despertar no mercado, com o fim de propiciar o melhor preço em cada bloco.

O inciso IV retrata a desarticulação de todos os bens da sociedade empresaria falida, a fim de vender individualmente cada um, é a opção mais adequada quando o patrimônio da empresa encontra-se muito atrasado tecnologicamente e em alguns casos vendido pelo peso e não para realizar a tarefa para a qual foi concebido.

Essa ordem de preferência deve ser seguida, cabendo ao administrador judicial elaborar proposta dirigida a Assembleia dos Credores, fundamentando as razões por ter optado pela alternativa apresentada, e demonstrando o quanto otimizará os recursos a serem obtidos com a venda dos bens. E mediante aprovação da assembleia o administrador judicial e o comitê, fundamentarão requerimento ao juiz, a respeito da proposta, para que este decida se irá adotar ou não.

Quanto à modalidade de venda, a realização do ativo no modo ordinário pode ser por: leilão, proposta ou pregão, a critério do Juiz, sendo que a lei o obriga que se ouça o administrador judicial e o comitê, bem como estes devem antes de seus pareceres, terem realizados uma assembleia de credores. O Juiz ainda dará vistas ao Ministério Público antes da realização de qualquer das modalidades de venda.

Para a realização de todas as modalidades é necessário publicação do edital em jornal, no caso de bens móveis, com antecedência de 15 dias e com 30 dias no caso de bens imóveis. A publicação deve ser feita em jornal, cuja amplitude da circulação, dependerá do quanto se deseja divulgar a venda, porém o custo de publicações em jornais de grande circulação é muito alto e pode ocorrer da massa não dispor de recursos para tanto. Entretanto o objetivo da publicação é atingir o maior número de empresários ou interessados que possam adquirir os bens dentro das condições da massa, através de leilão, proposta ou pregão.

4.3.2.1.1 Leilão

O leilão tem previsão no Código de Processo Civil, nos seus artigos 697 e 704, que deverão ser observados, com exceção quando a lei de falência dispuser de forma diversa. No caso da denominação a lei de falência dispõe que leilão é a alienação em hasta pública tanto de bens móveis como imóveis, já o código de processo civil faz distinção denominando de praça a alienação de bens móveis e leilão público a alienação de bens imóveis. Além das denominações ocorre divergência com relação a prazos e formas de publicação do edital.

No leilão, nos termos da lei falimentar, os interessados apresentam o preço (lance) que estão dispostos a pagar pelo lote ou bens individualizados, conforme a forma de alienação dos bens optada.

O leilão ocorrerá na data, hora e local definidos no edital.

4.3.2.1.2 Proposta

A venda através de proposta consiste na apresentação do valor que os interessados nos lotes ou bens individualizados, estão dispostos a pagar.

A proposta é feita em envelope lacrado, e deve ser entregue no cartório na data e hora determinadas no edital.

O edital ainda definirá o dia, hora e local que o Juiz irá abrir as propostas.

Diante das propostas o Juiz irá optar pela que melhor atende aos interesses da massa falida. Se as propostas apresentarem complexidade o juiz poderá designar uma audiência para ouvir os administrador judicial e o comitê.

4.3.2.1.3 Pregão

O pregão por sua vez é uma modalidade híbrida, ou seja, é a união da modalidade leilão com a modalidade proposta.

O pregão consiste na apresentação de propostas iniciais em envelope lacrado, que deverá ser protocolado no cartório, até a data e hora definida no edital. Na data determinada no edital para a abertura das propostas o Juiz irá selecionar entre todas as

propostas apresentadas, as que forem pelo menos 90% do valor da maior delas. Para a fase seguinte, ou seja, o leilão, o juiz dará oportunidade aos proponentes habilitados na fase anterior, para ofertarem proposta acima das apresentadas em envelope, com a finalidade de obter a maior proposta de venda com a melhor condição possível. Entretanto se o proponente da maior oferta em envelope decair, ou seja, não apresentar proposta no leilão, as proposta do leilão poderão ser menor que a maior apresentada nos envelopes, porém o proponente da maior oferta em envelope deverá complementar o valor da proposta do leilão até o valor que se comprometeu pelo envelope.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 370) “Se os bens do estabelecimento da sociedade falida serão vendidos em bloco ou separados, pode o juiz determinar, se a isso corresponder o interesse da massa, que alguns deles sejam alienados por certa modalidade e os demais, por outra”.

O juiz em função do interesse da massa pode alienar os bens da massa uns por uma modalidade e outros por outra modalidade, observando a forma que mais otimize o resultado da venda em favor da massa, neste sentido Elcio Perin Junior (2011, p. 193): “A alienação dos bens, seja por leilão, por propostas fechadas ou por pregão, para vendê-los isoladamente ou em conjunto, deve sempre, não obstante a ordem de preferência existente na lei, pautar-se no mais vantajoso resultado econômico em favor dos credores”.

4.3.2.2 Alienação Extraordinária

A venda dos bens poderá operar-se de forma diversa da prevista na lei de falência, segundo entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 370):

A dinâmica do mercado de empresas e dos negócios em geral recomenda que o direito positivo não restrinja de modo absoluto a matéria, porque formas não previstas de realização do ativo podem revelar-se mais interessantes aos objetivos de otimização dos recursos da massa que as balizadas pelas regras de venda ordinária.

Entre as formas de alienação extraordinária uma delas pode ocorrer da formação de grupos de credores ou trabalhadores da sociedade falida, que com o valor dos seus créditos possam adquirir a massa e manter o negócio.

A doutrina também chama de alienação indireta, neste sentido, expõem Newton de Lucca (2005, p.539):

A alienação indireta poderá se dar quando ocorra a constituição da sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com a participação, se necessário, dos atuais sócios ou de terceiros, para a exploração da unidade empresarial. Os sócios devem atuar, quando necessário ao projeto, em regime de colaboração e não associação. Neste caso, a unidade empresarial e o estabelecimento se transferirá para a Sociedade de Propósito Especifico (SPE) criada para esta finalidade (art. 145).

É a hipótese que a atividade empresária é preservada mesmo após a falência da pessoa jurídica, prestigiando desta forma a continuidade da importante função social da empresa, que pelo menos será concreta no que diz respeito a permanência dos postos de trabalho, quando se tratar de associação de trabalhadores, que adquirir a massa falida.

4.3.2.3 Alienação Sumária

A própria lei de falência dispõe nos seus artigos 144, que o Juiz poderá autorizar mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidade de alienação diversa da prevista no artigo 142, bem como o Juiz, quando a modalidade alternativa não for aceita pela assembleia, poderá decidir sobre outra modalidade, após ouvir o administrador e o comitê, nos termos do artigo 145, §3º da lei de falência.

Neste sentido ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 365):

Por decisão judicial, realiza-se a venda de forma extraordinária se o administrador judicial o solicitar, em petição que esclarece como pretende proceder e a devida justificação. [...] Por elevado grau de consenso na Assembleia, a venda extraordinária se realiza quando aprovada por credores que representam pelo menos 2/3 dos créditos titularizados pelos credores presentes (LF, art. 46). [...] caberá ao juiz unicamente homologar a decisão, e ao administrador judicial obediente, executá-la.

A hipótese de venda sumária dos bens, conforme entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 372 - 373), acontece quando o valor dos bens não compensa, considerando o custo, a alienação ordinária ou extraordinária, ou seja, o valor dos bens encontrados pelo administrador judicial é tão irrisório que não justificam a adoção de custosos procedimentos de leilão, proposta ou pregão.

Nesta situação o juiz permite que os credores adquiram os bens pelo valor de avaliação a fim de atender a celeridade na realização do ativo e satisfação do passivo, mediante necessária solicitação do administrador judicial, assembleia ou credor interessado.

4.3.3 A sucessão

A sucessão, como o próprio nome diz e a transferência das obrigações do falido para com os seus credores, para aqueles que vierem a adquirir os bens da massa falida de forma a dar continuidade à atividade empresarial. A sucessão ocorre de forma diversa na alienação ordinária e extraordinária.

4.3.3.1 Sucessão na alienação ordinária

Segundo magistério de Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 367–369), na alienação ordinária a regra é: não ocorrerá sucessão das obrigações do falido pelo adquirente da empresa. Tendo em vista que se ocorresse tal situação não haveria interessado em assumir uma empresa falida, pois seria eminente o risco de falência, uma vez que o motivo da quebra se sustenta na incapacidade do negócio honrar suas obrigações. Desta forma a aquisição ordinária prevê a negação da sucessão, para permitir que o adquirente possa dar continuidade nas atividades da empresa sem incorrer na obrigação de satisfazer o passivo criado pelo empresário ou sociedade empresária falida.

Essa possibilidade legal demonstra que o foco da falência é a empresa, tanto se for possível continuar, que seja, mas sem o empresário ou sociedade empresária, pois foram eles que faliram, neste sentido Gladston Mamede (2009, p. 581) diz:

A intervenção estatal foi pensada para concretizar-se a bem da empresa, não do empresário ou da sociedade empresária em crise econômico-financeira. O legislador, em abstrato, não se preocupou com o devedor, nem deve ser esse o foco da preocupação do pretor, quando da realização do ativo. A preocupação é com a preservação da empresa, o que pode – e deve – ser feito apesar da falência do devedor.

A lei veda ao falido ou pessoa que o represente, a possibilidade de aquisição da empresa nestas condições, já que poderia caracterizar fraude no uso do instituto jurídico, (COELHO, 2013, p. 368).

A lei de falência traz de forma expressa essa vedação no seu artigo 141, II e §1º:

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

Todavia, existe a possibilidade de ocorrer a alienação ordinária, com a sucessão das obrigações, quando for percebido no mercado o interesse nestas condições, onde obviamente as propostas seriam menores. Sendo essa sucessão parcial, sobre a parte remanescente não seria imputado obrigações ao adquirente, restando esta para ser liquidada pelo que a massa conseguir arrecadar mediante a realização do ativo (COELHO, 2011, p. 374).

4.3.3.2 Sucessão na alienação extraordinária

Já na alienação extraordinária, Fabio Ulhoa Coelho (2013, p. 364-366), explica que a regra é a sucessão das obrigações, já que nesta modalidade de alienação não ocorre concorrência entre os interessados, logo dentro da negociação é necessário incluir as obrigações do falido, implicando obviamente na redução das propostas. Entretanto, na alienação extraordinária em favor de credores ou trabalhadores, ocorrerá à supressão da sucessão, com explica Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 368):

[...] prevê a lei outra hipótese de negativa de sucessão de natureza geral. A lei se refere aqui à sociedade constituída pelos credores ou trabalhadores da falida para a continuação da empresa como insuscetível de ser responsabilizada pelo mesmo passivo da falida (LF, art. 145, §1º). Em qualquer outra hipótese de realização extraordinária, a sucessão deve ser reconhecida.

Na alienação extraordinária pelos credores e trabalhadores não poderia haver a sucessão das obrigações do falido, pois, se assim acontecer estes estariam sendo vítimas da inadimplência duas vezes: uma quando sofreram pela inadimplência do falido e outra quando

assumiram a dívida do falido com outros, o que vai de encontro com a finalidade da falência, que é satisfazer aos credores e não lhes agregar as dívidas de outros em favor do falido.

4.4 Devedores da Massa Falida

O ativo da sociedade empresaria ou empresário, normalmente comporta direitos como contas a receber, estes direitos devem ser objeto de atenção do Administrador Judicial com o intuito de recebê-los, entretanto nos seus respectivos vencimentos, ou seja, não ocorre antecipação do vencimento, como ocorre com os haveres dos credores. Ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 370):

A realização do ativo não compreende apenas a venda dos bens arrecadados. Também a cobrança, amigável ou judicial, dos créditos titularizados pela sociedade falida deverá ser providenciada pelo administrador judicial. Assim que for exigível o título correspondente ao crédito da falida — quer dizer, no vencimento, se implementadas eventuais condições suspensivas —, deve o administrador judicial diligenciar o seu recebimento. Uma vez exauridas as tentativas de recebimento amigável, o administrador judicial deve contratar, em nome e por conta da massa falida, advogado para o ajuizamento das ações e execuções, se ainda não propostas.

Os créditos a que tem direito a sociedade falida após recebimento irão compor a massa falida, logo podem perfeitamente ser negociados antes de seu vencimento, com terceiros interessados, desde que a negociação seja útil a massa falida, no sentido de antecipar o recebimento, ou seja, a sua conversão em dinheiro.

4.5 Pagamentos de Credores

As quantias recebidas pela massa, seja a título de alienação de bens ou recebimento de direitos, devem ser depositadas em conta corrente, conforme determina a Lei de Falência e as normas de organização judiciária, assim explica Gladston Mamede (2012, p. 436) :

As quantias recebidas pela massa, a qualquer título, serão imediatamente depositadas em conta remunerada de instituição financeira, atendidos os requisitos da lei ou das normas de organização judiciária [...] O recurso à conta remunerada, todavia, somente se faz necessário quando os valores não sejam imediatamente destinados ao pagamento de restituições, despesas extraconcursais ou aos credores.

A lei de 11.101 de 2005 estabelece no artigo 150, que deva ocorrer a antecipação de pagamentos de despesas necessárias a administração da falência, e ou continuação das atividades e para o pagamento de créditos trabalhistas no limite de 5 salários mínimos por trabalhador, vencidos a no mínimo três meses da decretação da falência, que será compensados com os créditos trabalhistas quando do seu pagamento.

No tocante a administração da falência ou continuação da atividade afirma Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 373):

Com a decretação da falência e a instauração do concurso de credores, os bens da sociedade falida são arrecadados e devem ser administrados com vistas à otimização do produto de sua futura venda judicial. Por essa razão, a administração da falência, no interesse da comunidade dos credores, deve ser profissional.

E ainda continua Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 373):

A profissionalização pressupõe que o administrador judicial e todos os prestadores de serviços e colaboradores (contador, leiloeiro, advogado e outros) devem ficar satisfeitos com suas remunerações. Estas, em outros termos, devem ser compatíveis com o valor de mercado do trabalho profissional despendido para a massa. Se o administrador judicial, por exemplo, não for pago a contento pelas inúmeras e complexas tarefas que a lei lhe impõe, dificilmente lhes dará a dedicação necessária. É normal e humano que assim seja. Ninguém está minimamente obrigado a gastar tempo e energia em atividades não remuneradas de forma satisfatória. Assim também deve ser, por outro lado, em relação aos terceiros contratados pelo administrador judicial para a prestação de serviços à massa. Se os bens precisam ser recolhidos a um depósito, os serviços de armazenagem devem ser pagos. Se convém segurar certos itens do patrimônio arrecadado — obras de arte, por exemplo —, a seguradora só dará cobertura mediante pagamento do prêmio. A profissionalização da administração da massa é do interesse da comunidade dos credores. Se os bens da falida forem administrados com competência e diligência, todos serão, efetiva ou potencialmente, beneficiados.

Também têm prematuridade de pagamento os créditos concedidos na hipótese de recuperação de empresa, já que parte da boa-fé do credor em acreditar na recuperação do devedor, assim com o advento da falência este credor deve ter o seu crédito garantido na ordem de preferência acima dos outros créditos, pois se assim não fosse toda empresa em recuperação teria dificuldade em conseguir crédito para se reerguer e os ressarcimentos em dinheiro.

“O pagamento dos créditos in concursus faz-se após a consolidação do quadro geral de credores, bem como o pagamento das antecipações, restituições e créditos extraconcursais” (MAMEDE, 2012, p. 440).

O processo de falência pode ser dividido em atividades judiciais e administrativas, mas no formato que a lei 11.105/2005 estabeleceu, ambos são

desempenhadas pelo Juiz, com o auxílio do Administrador Judicial e com os apontamentos pelos credores de seus interesses, por meio do Comitê e da Assembleia Geral. Entretanto esta forma de gestão certamente retira da atividade administrativa o seu cunho técnico, diversamente do que ocorre na atividade judicial, da qual o juiz é profundo conhecedor.

5 ÓRGÃOS DA FALÊNCIA

A doutrina interpretando a Lei 11.101 de 2005 relaciona como órgãos da falência o Juiz, o Administrador Judicial, Assembleia de Credores, Comitê de Credores. e o Ministério Público.

5.1 Administrador Judicial

A denominação Administrador Judicial veio na Lei 11.101/2005, que além de alterar a denominação Síndico, nome dado pelo Decreto-Lei 7.661/1945, diminuiu-lhe a autonomia e simplificou a sua escolha (ULHOA, 2011a, p. 109).

Comenta a respeito do sistema de nomeação que ocorreu até a vigência do Decreto-lei 7.661/45, Rubens Requião (1993, p. 212), que a Lei 859 de 1902, quando instituiu o sistema de Síndicos Oficiais, para a primeira fase da falência e síndicos definitivos para a segunda fase da liquidação, a imoralidade era tão grande que os síndicos oficiais eram chamados de “ali-Babá e os quarenta ladrões”, já que existia uma lista com 40 síndicos organizada pela Junta Comercial, que não se preocupava em relacionar pessoas de moral ilibada, mas sim os disponíveis, que na maioria das vezes só tinham interesse em obter uma renda. Entre esse, continua o autor, o juiz deveria escolher o que iria gerir a falência.

Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 o problema ainda continuava, entretanto era marcado pela falta de interesse dos representantes das grandes empresas, como dizia Rubens Requião (1993, p. 212):

O sistema de nomeação constitui, como se vê, problema extremamente grave. Todos eles têm seus inconvenientes. O que se observa hoje é, cada vez mais, o desinteresse dos credores de se incumbirem da sindicatura. Os grandes encargos e responsabilidades afastam da função as grandes empresas, já assoberbadas com seus próprios problemas de administração. Assim, não raro, a função recai na pessoa dos credores médios ou pequenos, alguns ávidos de obter vantagens pessoais, ou na de estranhos ansiosos por obter uma ocupação que pode vir a ser rendosa...

Com a entrada em vigor em 2005, da Lei de Falência o síndico passou a ser chamado de Administrado Judicial e a ser escolhido pelo juiz sem vinculação nenhuma, para ser um auxiliar da justiça na administração da massa falida.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 287), ensina:

O administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva). Exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.

Entende Waldo Fazzio Júnior (2012, p.):

O administrador judicial da falência é um auxiliar qualificado do juízo. Inseto no elenco dos particulares colaboradores da justiça, não representa os credores nem substitui o devedor falido. [...] Trata-se de parte de ofício. Não representa a massa porque a massa não rem personalidade jurídica. [...] O artigo, 22 da LRE, ao dizer que o administrador judicial atua “sob a fiscalização do juiz”, não retrata com fidelidade o papel desse executivo. Na verdade, o administrador judicial não age sob a custódia do juiz porque o juiz não é fiscal, é supervisor. [...] Realmente, a presença judicial não é tão abrangente que transforme o administrador judicial em singela extensão. Não fosse assim, não haveria como sujeitar o administrador judicial às responsabilidades civil e penal.

Gladston Mamede (2012, p.50) por sua vez entende:

A efetivação dos atos da falência e da recuperação judicial pressupõe a prática de atos trabalhosos que, por seu volume e complexidade, não devem ser praticados pelo próprio juiz. Para auxiliá-lo, criou a função do administrador judicial, escolhido pelo juiz, que o nomeará na sentença que decretar a falência [...] Essa escolha deverá respeitar os critérios (artigo 21): profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, embora também aceite a figura da pessoa jurídica especializada.

Sendo auxiliar ou supervisionado pelo juízo o Administrador Judicial está vinculado à direção dada pelo juízo, que irá decidir pautado em suas orientações, logo é imprescindível que o Administrador Judicial tenha competência técnica para auxiliar o juízo, no sentido de atender prioritariamente o interesse falimentar.

Explica Gladston Mamede (2012, p. 51):

Idôneo é o que é apropriado, adequado, conveniente, capaz, suficiente, merecedor. Idoneidade profissional, portanto, é capacidade e adequação profissional, conveniência e suficiência para o desempenho da função. [...] No que tange ao administrador judicial, há um conjunto de virtudes morais mínimas dele esperadas, sem as quais não se pode aceitar que desempenhe a função. [...] Há uma referência moral que é própria do Direito Empresarial, cuidando daqueles que estão impedidos de ser empresários ou administradores societários (artigo 1.011, §1º. do Código Civil),

Segue relacionado os impedidos, moralmente, de exercer a atividade de Administrador Judicial Gladston Mamede (2012, p. 51):

[...] não devendo ser aceitos como administradores: condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, crimes contra a economia popular, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Somem-se os impedimentos disposto em lei especial: magistrados, membros do Ministério Público e militares. De resto, a própria Lei 11.101/05 lista uma hipótese objetiva de ausência de idoneidade moral. O artigo 30 veda o exercício das funções de administrador judicial a quem, nos últimos cinco anos, no exercício das funções de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

Além dos que estão obstados de serem administradores pela falta de idoneidade moral, o §1º do artigo 30 da Lei 11.101 de 2005 destaca como impedidos os que “tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente”.

No tocante a capacidade profissional do Administrador Judicial Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 287):

Ele deve ser profissional com condições técnicas e experiência para bem desempenhar as atribuições cometidas por lei. Note-se que o advogado não é necessariamente o profissional mais indicado para a função, visto que muitas das atribuições do administrador judicial dependem, para seu bom desempenho, mais de conhecimentos de administração de empresas do que jurídicos. O ideal é a escolha recair sobre pessoa com conhecimentos ou experiência na administração de empresas do porte da falida e, quando necessário, autorizar a contratação de advogado para assistir a massa.

Já Gladston Mamede (2012, p.52), defende que o juízo ao considerar o princípio da economia processual deve optar por nomear para administrador um advogado, que iria suprir a representação civil e processual da massa falida, especialmente nas empresas de pequeno porte.

A Lei de Falência traz a possibilidade da administração da falência ser atribuída a uma pessoa jurídica, como explica Amador Paes de Almeida (2009, p. 201):

O administrador tanto pode ser pessoa natural quanto pessoa jurídica [...] a pessoa jurídica far-se-á representar em juízo por representante legal, pois, conquanto distinta de cada uma das pessoas físicas que a integram, a pessoa jurídica não possui vida natural, atuando, por via de consequência, por meio das pessoas naturais.

A vantagem da pessoa jurídica é nítida no tocante a questão profissional, haja visto ser possível enfileirar atrás da pessoa jurídica inúmeros profissionais que estariam concentrando seus conhecimentos nas suas respectivas áreas de atuação a serviço da massa falida.

A função do administrador judicial é indelegável, entretanto é autorizado a contratação de auxiliares, desde que permitida pelo juiz da falência, observando a capacidade financeira da massa e a real necessidade.

Rosemarie Adalardo Filardi (2008, p. 88) escreve:

A escolha do administrador judicial pode ser contestada por qualquer credor pelo devedor ou ainda pelo Ministério Público quando sua nomeação se der em desacordo com a lei. Desse modo, cabe ao Juiz analisar e decidir se o administrador nomeado será substituído por outro. De qualquer forma, me parece que o Juiz deve motivar sua decisão quer de substituição, quer de destituição do Administrador Judicial.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 288) que o administrador judicial poderá ser destituído do cargo quando não atender as funções disposta na lei, como por exemplo, a inobservância de prazos legais, renúncia injustificada ou interesses conflitantes com o da massa, e terá como consequência a perda do direito à remuneração e impedimento para ser escolhido para outra falência. O autor também explica que o administrador pode se substituído, hipótese em que não sofrerá sanção, tratando-se de providências previstas na lei, tendo em vista a administração da massa falida. A substituição ocorrera nas hipóteses de renúncia justificada, morte, incapacidade civil, falência etc.

A forma de remuneração do administrador judicial também sofreu mudança com o advento da nova lei, assim com esta dispõe que o administrador poderá receber no máximo 5% do valor de venda dos bens da falência, o que implicitamente é um incentivo para conseguir uma maior arrecadação na hora da venda. Deste valor serão reservados 40%, para ser pago após a aprovação das contas demonstradas pelo administrado ao juiz. Entretanto os

outros 60% serão pagos durante o desenvolvimento do processo de falência e terão prioridade no pagamento, sendo tratados como créditos extraconcursais.

A Lei de Falência traz no seu artigo 22, caput, alínea I, as atribuições do Administrado Judicial na Falência e na Recuperação Judicial de Empresas:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
- e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2o do art. 7o desta Lei;
- f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
- g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
- i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

No seu artigo 22, caput, alínea III, esta relacionada as atribuições do Administrado Judicial especificamente para a falência:

- a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
- b) examinar a escrituração do devedor;
- c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
- d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
- e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;
- f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei;
- g) avaliar os bens arrecadados;
- h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;
- i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
- j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei;
- l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;
- m) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenados, penhorados ou legalmente retidos;
- n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;

O artigo 22, caput, alínea III, ainda relacionada com atribuições do Administrado Judicial:

- o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;
- p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10o (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;
- q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade;
- r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

Pelo entendimento de Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 347) o administrador judicial desempenha duas ordens de funções, uma jurídica e outra administrativa, sendo que no âmbito das jurídicas o autor elenca a “arrecadação de bens, e documentos do devedor, sua guarda e exame, a indicação de peritos avaliadores e contadores, o fornecimento de informações, a exigência de informações, a classificação dos créditos e, principalmente, a representação da massa em juízo como autora, como ré e como assistente”. No que diz respeito às funções administrativas o autor inclui a “práticas de atos conservatórios de direito e ações, as comunicações e representações ao juiz, a efetivação de garantias eventualmente oferecidas, a apresentação de contas demonstrativas e a manutenção atualizada da correspondência inerente à massa, entre outras”.

O legislador no artigo 22, I, h da Lei 11.101 de 2005, traz a possibilidade do administrador judicial, mediante autorização judicial, contratar profissionais ou empresas especializadas para auxiliá-lo no exercício de suas funções, bem como dispõe no mesmo artigo, inciso III, na alínea “h” sobre a contratação de avaliadores, na alínea “n” a contratação de advogados para a representação processual. E segundo Gladston Mamede (2012, p. 59) poderá contratar profissionais inclusive para elaboração da relação de credores. Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 291) adverte que se o administrador contratar auxiliares sem autorização judicial, ele responderá exclusivamente pelo pagamento destes.

Apesar de a doutrina divergir quanto a função do Administrador Judicial na falência, é de se notar que existe sim uma subordinação deste em relação ao juízo, no tocante a gestão da massa falida. Esta subordinação pode incorrer na anulação de qualquer arcabouço técnico que o administrador tenha para empregar na condução da massa falida, no que diz respeito a gestão, pois irá ter que se submeter a concordância judicial, pautada no ponto de vista processual e de direito material, que estão longe da tecnicidade, experiência e estratégia do olhar puramente administrativo. O legislador ao estabelecer que o administrador possa

contratar profissional ou empresas especializadas em determinada área para auxiliá-lo, abre as portas do judiciário a tecnicidade administrativa, mas o faz de forma acanhada, pois o juiz pode indeferir a contratação a qualquer a opinião técnica apresentada.

5.2 Assembleia Geral

Por força da Lei 11.101 de 2005 a assembleia de credores assumiu o status de órgão da falência, com escreve Rosemarie Adalardo Filardi (2008, p. 116/117):

A Assembleia de Credores é um órgão, uma vez que ela age no interesse coletivo da comunhão de credores. Por meio de suas deliberações a Assembleia forma e expressa a vontade da coletividade de credores, quer no processo falimentar, que no processo de recuperação judicial.

A necessidade da assembleia de credores está pautada na busca, pelo juiz, em situações específicas, de obter a opinião dos credores de forma democrática, levando em conta o peso de seus créditos e o tipo de credor, já que a opinião dos credores raramente é unânime, como ensina (COELHO, 2013, p. 293):

No emaranhado dessa complexa trama de interesses, por vezes é preciso identificar a solução que melhor atende ao conjunto de credores. Para tanto, torna-se necessário interpretar a vontade da comunhão dos interesses dos credores, da massa falida. O juiz é um dos intérpretes dessa vontade. [...] Em outras oportunidades, porém, quem interpreta o interesse da comunhão é o administrador judicial. [...] Por fim, em alguns poucos casos, os credores são chamados a se reunir para expressarem seus interesses. Essa reunião denomina-se Assembleia dos Credores e é um dos órgãos da falência.

Entretanto o próprio Fábio Ulhoa Coelho (2011a, p. 141), reconhece que a Assembleia Geral é mais necessária na recuperação judicial do que na falência.

A Assembleia Geral não é um ato processual, pois nesta nova roupagem dada pela Lei de Falência é presidida em regra pelo Administrador Judicial, que posteriormente irá manifestar junto ao juízo a opinião dos credores ou seus anseios.

É constituída por todos os credores habilitados na falência e é convocada pelo juiz de ofício ou a requerimento do Comitê de Credores, do administrador judicial ou pelos credores que representem no mínimo 25% dos créditos.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 414) entende que há quatro instâncias de deliberação na Assembleia Geral:

Na Assembleia dos Credores, há quatro instâncias de deliberação. De acordo com a matéria em apreciação, varia o conjunto de credores aptos a votar. A instância de maior abrangência é o plenário da Assembleia dos Credores. Sempre que a matéria não disser respeito à constituição do Comitê ou não se tratar do plano de reorganização, cabe a deliberação ao plenário. Tem esta instância, portanto, competência residual. Se não houver na lei nenhuma previsão específica reservando a apreciação da matéria a outra ou outras instâncias, o plenário deliberará pela maioria de seus membros, computados os votos proporcionalmente aos seus valores, independentemente da natureza do crédito titularizado. [...] As três outras instâncias deliberativas da Assembleia correspondem às classes em que foram divididos pela lei os credores. Na votação ou aditamento do plano de recuperação, a primeira classe compõe-se com os credores trabalhistas; a segunda, com os titulares de direitos reais de garantia; e a terceira, com os titulares de privilégio (geral ou especial), os quirografários e subordinados

Com relação a composição e voto explica MAMEDE (2012, p. 84):

Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam em sua classe por cabeça (um voto para cada credor), independentemente do valor [...] Já os titulares de créditos com garantia real votam, nessa classe, até o limite do seu crédito e/ou do valor do bem gravado (o que for menor); se o seu crédito supera o valor do bem gravado, votarão com a classe dos quirografários pelo restante do valor de seu crédito.

A grande importância da Assembleia Geral para a falência ocorre na Recuperação de Empresa, quando pelo voto dos credores decide pela convocação da recuperação judicial em falência, como confirma FAZZIO (2012, p. 357):

A Assembleia Geral de Credores é um colegiado de existência obrigatória nos processos de recuperação judicial e facultativa nos processos falitários com o fim de deliberar sobre qualquer manteria que possa afetar os interesses dos credores. [...] De particular importância é o art. 73 da LRE, pelo qual o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial por deliberação da Assembleia Geral de Credores, que se dará pelos votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à Assembleia Geral.

No entanto a Lei de Falência no seu artigo 35, inciso II elenca as atribuições da Assembleia Geral no processo de falência, que são meramente deliberativas e de competência exclusivas:

A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: [...] II – na falência: a) [\(VETADO\)](#) b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei; d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Entre estas se destaca a da alínea “d”, onde o legislador alargou as prerrogativas da Assembleia Geral, de forma a lhe possibilitar tratar de qualquer assunto que possa ter influência no interesse dos credores, logo o rol é exemplificativo, porém a mais importante na falência é a que permite à Assembleia Geral escolher formas alternativas de realização do ativo.

A aprovação de uma forma alternativa de realização do ativo ocorrerá pela aprovação de 2/3 dos créditos presentes à assembleia, bem como poderá esta deliberar pela constituição de uma associação de credores ou de trabalhadores do falido, com ou sem a participação dos atuais sócios ou terceiros, para continuar com a atividade empresarial, nos termos do artigo 145 da Lei 11.101 de 2005, que dispõe, “O juiz homologará qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembléia-geral de credores, inclusive com a constituição de sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros”.

Porém por outro lado deve se considerar o animo subjetivo do credor na ora de deliberar sobre questões que envolvem a falência, bem como a sua competência técnica para opinar sobre determinada matéria.

No que diz respeito às intenções dos credores, por óbvio é de se considerar que, em regra, eles têm em mente a melhor forma de receber os seus créditos, uns de forma mais rápida, mesmo que se perca parte, outros de forma integral, mesmo que demore um pouco. Mas como dito em regra a maioria pretende o recebimento do crédito, principalmente os que detêm a maioria deste de créditos. Por outro lado, a maioria dos trabalhadores, que tem em mente a manutenção de seus postos de trabalho, bem como os outros credores que a viabilidade de seu negócio dependia da empresa falida, nestes casos uma alternativa que mantivesse a atividade empresarial em desenvolvimento, seria mais interessante.

No tocante a capacitação técnica os credores, em regra, não possuem para uma análise adequada da alternativa viável a situação da falida, prevalecendo assim a pretensão de recebimento dos créditos, que pode sepultar a alternativa de reestruturação da atividade, após a falência, através de uma nova sociedade, com um nova forma de gestão.

Este perfil do credor o descredibiliza para a função de decidir sobre o destino da massa falida, ainda porque a Lei de Falência trouxe explicitamente no seu artigo 75, que deve se dada aos bens do falido utilidade produtiva, após o seu afastamento, ou seja, não servirá apenas para a liquidação dos créditos, mas para atender na menor das hipóteses a sua Função Social.

Porém a Assembleia Geral na falência não tem relevante poder decisório, FILARDI (2008, p. 140):

A despeito da força que tem sido atribuída à Assembleia Geral de Credores, entendo que esta não tem poder decisório pleno uma vez que não substitui o poder jurisdicional, no sentido de que suas decisões ficarão sujeitas ao controle do poder Judiciário no que diz respeito não só à parte formal como também à observância dos princípios informadores do processo falimentar [...], pois não podem contrariar normas ou princípios vigentes no sistema. Obviamente que uma Assembleia com credores interessados no bom andamento do processo deliberará de maneira a atender o interesse dos envolvidos bem como o interesse da sociedade

Entretanto a jurisprudência do STJ tem entendido que a decisão da Assembléia Geral na recuperação de empresas é incontestável pelo juiz, contudo o limite da legalidade deve ser observado pelo juiz, como demonstrou o acórdão proferido pelos Ministros da 3ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, que por unanimidade negou provimento ao recurso especial N.º 1.314.209 - SP (2012/0053130-7):

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDITORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

2. Recurso especial conhecido e não provido.

Toda decisão tomada pela Assembleia Geral, deve passar pelo crivo do Juiz, no caso da falência, em particular as que têm o condão de causar prejuízo para terceiros, em razão da Função Social da atividade empresaria que poderá cessar no caso da extinção da empresa, e cabe ao Juiz decidir sobre a justiça a ser aplicadas nestes casos.

5.3 Comitê De Credores

Entre as atribuições da Assembleia Geral está a de constituir o Comitê de Credores, que é órgão facultativo, (COELHO, 2013, p. 294):

É facultativa a instalação do Comitê. Ele não existe e não deve existir em toda e qualquer falência. Deve, ao contrário, ser instaurado apenas quando a complexidade e o volume da massa falida o recomendar.

O Comitê é mais um permissivo que a lei criou para a participação dos credores no processamento da falência, entretanto é um órgão de responsabilidade, pois irá da mesma forma que o administrador judicial responder por prejuízos causados a massa falida. A Lei de Falência no artigo 30 e § 1º relacionam os impedidos de compor o Comitê:

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

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

O Comitê será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na Assembleia Geral e será composto de um representante de cada classe com mais dois suplentes, sendo que a falta de indicação de representante de qualquer das classes não prejudica a constituição do comitê, entretanto o juiz, mediante requerimento dos credores que represente a maioria dos créditos, poderá nomear o representante da classe ainda não representada, bem como a substituição de qualquer dos membros de ofício ou a requerimento do devedor, qualquer credor, administrador judicial ou do Ministério Público. A presidência do comitê será definida por seus integrantes.

O Comitê tem como prerrogativa fiscalizar a atuação do administrador judicial e suas prestações de contas, receber reclamações de credores e repassa-las ao juiz, requerer ao juiz a convocação da Assembleia Geral extraordinária, impugnar a relação de credores e zelar pelo andamento do processo de forma geral, observando o que dispõe a lei.

Na hipótese de não ser constituído o Comitê o administrador judicial irá exercer as suas atribuições.

Em última análise o Comitê de Credores na falência acaba por ser a representação de todos os credores na forma de uma célula menor que a Assembleia Geral, mais dinâmica na sua atuação, embora com menos poderes, que tem como propósito acompanhar o desenvolvimento do processo sob a ótica dos credores, com fim de garantir que a falência venha a servir ao propósito almejado pelos credores, que na maioria das vezes se limita apenas a receber dos seus créditos.

5.4 Juiz

A sentença que decreta a falência divide o processo em duas fases a pré-falimentar ou cognitiva e a fase de execução da falência, como explica Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 253), “A falência, como processo, congrega duas etapas básicas separadas pela sentença decretatória: a primeira, de natureza cognitiva, dirigida à constituição do estado de falência; a segunda, de índole executiva, reservada à liquidação do devedor”.

Na fase pré-falimentar o Juiz exerce tipicamente a função jurisdicional de conhecimento do estado de falência, que pode originar do pedido de decretação de falência, formulado em petição inicial com fundamento em atos de falência, relacionados no artigo 94 da lei 11.101/2005, pelo pedido de autofalência disposto nos artigos 105 à 107 da Lei de Falência ou pela convalidação de recuperação judicial em falência, hipótese prevista nos artigos 73 e 74 da referida lei.

O rito especial previsto na Lei de Falência regula o mínimo da atividade jurisdicional na falência, sendo a maior parte do processo regulada pelo que dispõe o Código de Processo Civil no rito comum, fato que a doutrina critica, dizendo que o legislador perdeu oportunidade de regular um procedimento próprio para a lei de falência e torná-la mais rápida, entendimento de Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 254/255).

Com a falência decretada inicia-se a fase de execução, na qual o Juiz exerce atividade jurisdicional e administrativa. No tocante a atividade jurisdicional o Juiz tem competência para conhecer de todas as ações sobre bens e interesses da massa falida, como dispõe o artigo 76 da Lei Falimentar, “O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.

É designado como “vis attractiva” do juízo falimentar a sua universalidade para processar o concurso creditório, a arrecadação dos bens, a habilitação de crédito, restituições, reclamações e negócios de interesse da massa, segundo Amador Paes de Almeida (2009, p. 126/127).

Segue o mesmo entendimento Gladston Mamede (2012, p.77):

A insolvência desfaz a normalidade das relações pessoais, frustrando a expectativa legítima dos credores de se verem satisfeitos. Por isso há quem prefira compreender o concurso de credores como uma *execução coletiva*: a coletividade dos credores executando, em processo único (o juízo universal), o patrimônio insuficiente do devedor comum. [...] Essa execução coletiva teria por fundamento a necessidade de tratar os credores em igualdade de condições: a *par conditio creditorum*, ou a paridade (igualdade) de condições entre os credores.

A própria lei diz as exceções a “vis attractiva” do juízo falimentar, quais sejam, as ações em que a massa falida seja autora ou litisconsorte ativo, e que caso não estejam consideradas na lei de falência, estas seguirão as regras relativas a competência, entretanto em todas em que a massa falida for ré serão atraídas, nas ações trabalhista, pela sua especialidade definida na Constituição Federal, artigo 114, inciso I, nas execuções fiscais que tramitam nas Varas das Fazendas públicas e nas ações ilíquidas até a apuração do valor exato da condenação, seguirão no juízo originário.

Entre as atividades jurisdicionais do Juiz na falência está a de julgar as impugnações a relação de credores, que será processada nos moldes de petição observando os pressupostos de constituição válida do processo, caso não ocorra impugnações a relação de credores ou após julgamento, o juiz irá homologá-la como quadro geral de credores. O juiz julgará os pedidos de restituição, que serão autuados em separado, constituindo um incidente processual cada pedido, para o qual será designada audiência de instrução e julgamento, se necessário. Julgará as ações revocatórias. E ainda na própria sentença decretatória da falência o juiz irá fixar o termo legal, ordenará que o falido apresente relação de credores, – ordenará à suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1o e 2o do art. 6o da lei de falência:

Art. 6º [...] § 1o Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. § 2o É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8o desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

Ainda, proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, poderá determinar a prisão preventiva do falido ou dos administradores, quando fundadas em provas de prática de crime falimentar, determinará à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a

inabilitação de que trata o art. 102 da Lei de falência, nomeará o administrador judicial, determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido, ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência e a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores. O Juiz poderá de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos acusados de crime falimentar, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização. O Juiz encerrará a falência por sentença. Além de julgar as impugnações ao processo de alienação dos bens da massa.

Figura entre as atividades administrativas do Juiz a de convocar a Assembleia Geral, aprovar suas deliberações, fiscalizar a atuação do administrador judicial, avaliando sua prestação de contas, autorizar a venda dos bens da massa de forma prevista na lei ou de outra diversa, aprovar o valor da remuneração do administrador e dos seus auxiliares, nomear e destituir o administrador, nomear os membros do comitê de credores, aprovados na assembleia, bem como destituí-los, aprovar as despesas realizadas pelo administrador judicial e comitê de credores, nas suas atividades relacionadas a massa falida, entre outras.

O Juiz realiza a gestão administrativa da massa de um ponto de vista eminentemente legalista, não podendo se utilizar de estratégias da prática administrativa para tornar o resultado da massa mais proveitoso para os credores, para o devedor e para a sociedade em geral que gravita em torno da falida.

5.5 Ministério Público

O artigo 210 do Decreto-Lei nº 7.661/45, antiga Lei de Falência, atribuía ao Ministério Público relevantes funções na falência e na concordata, como segue:

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

Entretanto o artigo 4º do projeto de lei da atual legislação falimentar, que mantinha a atuação do Ministério Público nas falências e recuperação de empresas, foi vetado pela Presidência da República e dispunha, “O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta”.

Fábio Ulhoa Coelho (2011a, p. 75/76) entende que a opção sobre o veto foi acertada, pois prestigia a celeridade processual, uma vez que o parquet só se manifestará em situações expressa e específica prevista na atual lei.

No mesmo sentido Newton De Lucca (2005, p. 101):

Não obstante a louvável contribuição que sempre foi dada pelo Parquet – Curadoria de Massas Falidas, no caso do Estado de São Paulo – nos processos de falência e de concordatas, essa redução do seu papel, em razão do veto presidencial, revelou-se de todo conveniente. [...] É que o andamento célere do processo, de um lado, e a natureza predominantemente privada dos interesses em conflito, de outro, recomendam a oitiva do Ministério Público somente nos casos expressamente previstos em lei e naqueles em que houver relevante interesse público.

A lei 11.105/2005 traz expressamente que o Ministério Público será intimado a intervir por força do artigo 8º, caput, para apresentar impugnação à relação de credores, do artigo 19, caput, quando a lei lhe possibilita a exclusão, retificação ou reclassificação de créditos nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores, no artigo 22, §4º, quando o relatório do administrador judicial aponta responsabilidade penal dos envolvidos nas circunstâncias que levaram a falência, no artigo 30, §2º, quando o Ministério Público requer ao Juiz a substituição do administrador judicial nomeado em desacordo com a lei, no artigo 99, XIII, quando o Juiz decreta a falência, no artigo 104, VI, quando requer ao falido que preste informações sobre as circunstância e fatos que interessem a falência, no artigo 130 e seguintes, quando da propositura das ações revocatórias, no artigo 142, §7º e artigo 143, na alienação dos bens do falido, no artigo, no artigo 154, §3º, sobre a prestação de contas do administrador judicial e artigo 187, §2º, quando houver indícios da prática de qualquer crime previsto na Lei de Falência.

Considerando que a Constituição Federal no seu artigo 127, caput, dispõe que “O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, para os que endentem que em torno da massa falida

gravita interesses que vão além do devedor e dos credores (função social), a presença do Ministério Público no processo é de grande relevância, muito embora no contexto em que a atual lei disciplina o processamento da falência seria mais um a promover a burocracia e causar a morosidade dos processos, já que o garantismo legal já está exauridamente sendo feita pelo juiz, que na sua atuação compromete mais a celeridade.

6 FUNÇÃO SOCIAL DA MASSA FALIDA E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O Estado tem evoluído no sentido de criar uma economia forte, pautada na livre iniciativa, mas por outro lado atendendo o fim social preconizado pela Constituição Federal. Logo todas as vezes que, por força do interesse econômico, se efetiva uma ação é imperioso que se observe o impacto social que dela se originará. É o sopesamento entre os princípios da ordem econômica, do qual a Função Social da Propriedade, por extensão da Empresa, fazem parte.

6.1 Função Social da Massa Falida

A Constituição Federal de 1988 traz no seu artigo 5º, inciso XXII, “é garantido o direito de propriedade” e em seguida no inciso XXIII, “a propriedade atenderá a sua função social”, segundo entendimento de Eros Roberto Grau (2012, p.232-235) aqui o instituto da propriedade se refere aos bens privados de direito individual.

A respeito de propriedade individual, diz Fábio Konder Comparato (1995, p. 37), “Constitui função legítima da propriedade privada, tradicionalmente, prove o individuo e sua família dos recursos necessários ao atendimento das necessidades básicas da existência”.

A propriedade enquanto fator de subsistência individual e da família serve a dignidade da pessoal humana, e não lhe será imputado à obrigação de atender uma função social, salvo quando no exercício de polícia o Estado observar abusos, o que importará na imposição de limites, como explica Eros Roberto Grau (2012, p. 235).

Entretanto o constituinte consagrou o Princípio da Função Social da Propriedade, no artigo 170, III, vinculando a propriedade a uma destinação que atenda os interesses da coletividade, promovendo a todos uma existência digna, através da valorização do trabalho humano e livre iniciativa.

A doutrina acomodou esta aparente contradição, promovendo o entendimento de que a propriedade nos termos da Constituição Federal tem diversos perfis, que se relacionam com bens distintos, como explica Eros Roberto Grau (2012. p. 236):

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unicidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico -, compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo Direito Positivo, da *multiplicidade da propriedade*.

Entre os diversos perfis da propriedade cita Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2008, p. 75), que do ponto de vista subjetivo a propriedade deve ser considerada com um direito constitucional, atribuindo ao seu titular o poder de usar, gozar e dispor livremente dos bens, que tenha em seu poder. O autor segue dizendo que do ponto de vista objetivo a propriedade é uma garantia constitucional de ter um determinado bem, não o exercício do poder.

Quando considerado o perfil estático da propriedade observa-se os bens que o proprietário não usa para criar e circular novas mercadorias e riquezas, mas lhe são afetados pelo direito de poder que sobre eles exerce e as consequentes faculdades, de gozar, usar e usufruir esclarece Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2008, p. 76).

Já os bens que tem o perfil dinâmico estão ligados à ideia de bens de produção, e que estão sempre em movimento, servindo de base para a criação de novos bens e riquezas, bem como a circulação destes, com objetivo de gerar renda, como continua a explicar Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2008, p. 76/77).

A classificação da propriedade em perfis enseja a denominação de “multiplicidade de propriedade” como ensina o Eros Roberto Grau (2012. p. 236), e José Afonso da Silva (2009, p.812-813) acrescenta que a classificação da propriedade importa também o destino que se der ao bem, a sua função social, como explica:

A propriedade de bens de consumo e de uso pessoal é, essencialmente, vocacionada à apropriação privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente, isto é, ‘bens que servem diretamente ao sustento dos trabalhadores [...]’. A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. [...] Esses bens não são consumidos, são utilizados para geração de outros bens ou rendas.

Fábio Konder Comparato (1995, p. 32) por sua vez ilustra:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Afirma Eros Roberto Grau (2012, p. 236-237), no mesmo sentido:

[...] a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados. Esse novo tratamento normativo respeita unicamente aos bens de produção, dado que o ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição. [...] Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a *função social da propriedade*.

O que resta consenso na doutrina é que os proprietários de bens de produção devem observar o Princípio da Função Social da Propriedade, que impõe um poder-dever sobre o controlador de dar a propriedade uma destinação que atenda a coletividade de forma a privilegiar a existência digna de todos através do trabalho humano e da livre iniciativa.

A propriedade de bens de produção no capitalismo encontra a concretude da realização da sua função social através das empresas, como explica Eros Roberto Graus (2012, p. 240):

[...] no sistema capitalista, o regime jurídico da empresa está estritamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção – ao tempo eu que o regime jurídico da iniciativa econômica está estritamente vinculado ao regime jurídico da empresa. A propriedade dos bens de produção é, basicamente, propriedade em regime de empresa. [...] A propriedade em regime de empresa é discernida a partir da consideração da propriedade dinâmica, que não tem por objeto a *fruição* do seu titular – mero direito subjetivo – *mas a produção de outros bens* – função.

Ensina no mesmo sentido Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2008, p. 116):

[...] a função social da propriedade e, por conseguinte, da empresa, importa o exercício da atividade empresarial em consonância com o ordenamento jurídico, sobe pena de restarem verificadas flagrantes hipóteses de abuso de direito, não somente contrárias aos consumidores, à cidadania, à livre concorrência e ao meio ambiente, mas, juntamente por tais fatos, contrária à própria sociedade capitalista. Assim, o exercício da atividade empresarial deve levar em conta a livre iniciativa também garantida pela Constituição, porém, há de ser conciliada com os demais princípios norteadores da atividade econômica.

Complementa Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2008, p.73):

No direito brasileiro já podemos vislumbrar a função social do contrato, a função social da propriedade e, como corolário, a função social da empresa, já que esta se dá mediante acordo das partes que a constituem, bem como se classifica como uma espécie de propriedade.

As Empresas por sua vez realizam a sua Função Social através da atividade empresarial, e se não prestar a isso pode ser considerada ilegal, por contrariar o ordenamento jurídico que tutela o direito econômico.

A Lei 6.404 de 1976, no parágrafo único do seu artigo 116, dispõe:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

O referido dispositivo trata-se de um exemplo da exigência por parte do legislador infraconstitucional a observância do Princípio da Função Social da Propriedade, estendida a empresa.

Os empreendimentos em geral são constituídos com a pretensão de ser fonte de renda para os seus investidores, sejam eles os proprietários ou sócios que investem recursos na exploração de uma atividade ou adquirentes de ações de uma sociedade anônima. Mas para ter sucesso no negócio é necessário que tenha parcerias com fornecedores de insumo e de recursos financeiros, e em contra partida tenha clientes, todos dentro de uma relação pautada essencialmente em contratos que orbitam o direito privado, que por sua vez garante aos credores a possibilidade de exigir o cumprimento destes.

Entretanto os contratados devem observar a sua função social, pois como assevera Paulo Roberto Froes Toniazzi (2008, p 56/57):

[...] o Contrato modificou-se ao longo do tempo, seja no seu conteúdo, na sua forma ou nas suas funções, em razão da própria transformação social, econômica e política da Sociedade, sendo notória a passagem da teoria geral do Contrato da concepção individualista para uma concepção marcada pela supremacia do social, onde o interesse geral e a justiça predominam sobre a Liberdade individual.

Todas as relações comerciais são pautadas em contratos entre as partes e estes devem ter função social, pois o interesse social esta acima do individual, já que o próprio artigo 421 do Código Civil Brasileiro exprime em preliminar que a liberdade da contrata será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, por outro lado toda empresa deve ter função social, como já visto.

Por outro lado os sucessos dos empreendimentos fazem movimentar a economia do país, já que é um de seus pilares. Desta forma o Estado se preocupa com a saúde das empresas, tanto que a lei 11.105/2005 demonstra essa preocupação prestigiando a recuperação de empresas e admitindo a falência em último caso, para garantir a confiança dos investidores e do comércio em geral na concessão de crédito, que sem dúvida é mola mestra do desenvolvimento das atividades empresariais. Além do incentivo ao crédito decorrente da regulamentação da recuperação de empresa e falência, o Estado protege o direito a propriedade, enquanto ela existir, pois não haveria segurança em se empreender se a qualquer tempo o proprietário pudesse sem justificativa ser afastado de sua atividade empresaria, o que inibiria a iniciativa privada.

A função social da empresa se reflete nos agentes econômicos que gravitam ao seu redor, através de sua atividade empresaria, já que ela é geradora de empregos, insumo para outras empresas, contribui para a formação econômica do local, atraindo novos investidores, com isso investimento do Estado em infra-estrutura, educação, saúde, que decorrem também da contribuição para a arrecadação tributária, por esta gerada.

A falência quando inevitável pode extinguir a atividade empresarial da empresa, que por sua vez fará cessar a função social que exercia. Assim decretar falência exige um maior cuidado por parte do Estado, pois neste contexto, ele estará diante da possibilidade de atingir todos que dependem da função social da empresa falida, ou seja, os agentes econômicos que a orbitam.

No âmbito das grandes falências, que é o objeto deste trabalho, a questão da função social deveria ganhar mais relevo que o prejuízo a ser experimentado pelos credores,

posto que a quantidade de pessoas físicas e jurídicas que sofreram influência pela paralisação da atividade empresarial é indeterminado.

Assim a relevância da função social em relação ao direito creditório dos credores reforça a discussão a respeito da legitimidade do credor em aprovar a falência no decurso da recuperação judicial, fato que tem encontrado anuência na jurisprudência do STJ, quando afasta a ingerência do Juiz nas decisões da Assembleia Geral, com já citado no sub capítulo 5.2 “Assembleia Geral”, página 58 deste trabalho. E qual relevância deve ser dada pelo juiz às opiniões apresentadas pelas Assembleias Gerais ou Comitê de Credores, quando observado que o credor é parte interessada e não poderia exercer com isenção opinião sobre a matéria, em detrimento dos outros agentes econômicos que serão afetados.

Por outro lado a exigência de qualidade na gestão administrativa da falência, por conta dos inúmeros prejudicados, põe em cheque também a atuação do Juiz como administrador da mesma, mesmo sendo auxiliado pelo administrador judicial, já que sua gestão é pautada exclusivamente na lei e a gestão de uma empresa e mais ainda da massa falida, deve contar com a opinião segura de técnicos das mais variadas profissões que o caso em concreto exigir, o que leva a crer que um administrador judicial também não pode ser a melhor escolha para dirigir uma massa falida. A massa falida, não deixa de ser uma empresa com a decretação da falência, ela precisa ser dirigida, controlada, ter planejamento e execução de acordo com uma estratégia madura, e precisa, com foco inicial na possibilidade de recuperação da atividade empresarial, após o afastamento do falido, através de uma nova administração.

6.2 Preservação da Atividade Empresarial Após a Falência

A questão da função social da empresa após a falência, só ganha praticidade se for considerada a possibilidade da manutenção da atividade empresarial, ou seja, a aplicação do Princípio da Preservação da Empresa, que norteia a Lei 11.101/2005, quando a mesma prestigia a recuperação de empresas, reservando a falência para a última instância.

É possível extrair este entendimento quando se analisa por analogia o que escreve Rosemarie Adalardo Filardi (2008, p. 127), quando se refere a recuperação de empresa:

A crise econômica-financeira, na atual sistemática, é tratada como situação transitória, temporária e merecedora de uma oportunidade de readequação ao mercado. Assim, a recuperação judicial é um procedimento destinado a sanar a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, com o objetivo de realização da função social da empresa.

A manutenção da atividade empresarial inicialmente se apresenta viável pelo fato de a falência afastar o empresário ou sócio falido nas hipóteses da falência ter sido consequência de má gestão ou pelo descumprimento do plano de recuperação. Mas se a falência decorrer da inviabilidade do negócio não se pode falar em manutenção da atividade empresarial, como por exemplo, ocorre com as empresas cujo produto não tem mais mercado, citando como exemplo as fabricas de filme de máquina fotográfica e máquinas de escrever, cujo pátio fabril inteiro, foi concebido para fabricar estes produtos, não sendo possível a adaptação a outro produto.

A respeito da viabilidade da manutenção da atividade podem-se utilizar por analogia os critérios utilizados para o exame de viabilidade para recuperação de empresas, elencados por Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 399/401), que já no primeiro item traz a importância social, com segue:

A viabilidade da empresa a recuperar não é questão meramente técnica, que possa ser resolvida apenas pelos economistas e administradores de empresa. Quer dizer, o exame da viabilidade deve compatibilizar necessariamente dois aspectos da questão: não pode ignorar nem as condições econômicas a partir das quais é possível programar-se o reerguimento do negócio, nem a relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional. Assim, para merecer a recuperação judicial, a sociedade empresária deve reunir dois atributos: ter potencial econômico para reerguer-se e importância social. Não basta que os especialistas se ponham de acordo quanto à consistência e factibilidade do plano de reorganização do ponto de vista técnico. É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado.

Em seguida Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 399/401), elenca a importância da preservação da mão de obra em consonância com o desenvolvimento tecnológico, quando diz:

No atual estágio de evolução das empresas, por vezes esses vetores se excluem, por vezes se complementam. Em algumas indústrias, quanto mais moderna a tecnologia empregada, menor a quantidade de empregados e maior a qualificação que deles se exige. No setor de serviços, como os de telemarketing, por exemplo, a relação é direta entre modernidade tecnológica e volume de mão de obra. A equação relacionada a esses vetores no exame da viabilidade da empresa, por isso, nem sempre é fácil de sopesar porque pode redundar em um círculo vicioso: a recuperação da empresa tecnologicamente atrasada depende de modernização, que implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída a tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza.

O tipo de crise que dominou a empresa é relevante para sua recuperação, logo entre os critérios o autor os relacionou (COELHO, 2013, p. 399/401):

O exame da viabilidade da empresa em crise começa pela definição da natureza desta (Cap. 44, item 1). Se a crise da empresa é exclusivamente econômica, as medidas a adotar dizem respeito à produção ou ao marketing. Se financeira, pode exigir a reestruturação do capital ou corte de custos. Quando a crise é só patrimonial, deve-se avaliar se o endividamento da sociedade empresária é preocupante ou não. Na medida em que se intercombinam as crises, a recuperação passa a depender de soluções mais complexas. O volume do ativo e passivo da sociedade que explora a empresa a recuperar é importante elemento da análise financeira de balanço, que se faz comparando pelo menos dois demonstrativos dessa espécie (Leite, 1981:27).

No entanto com relação a este item, caberia identificar se o tipo de crise iniciou-se por fatores exclusivamente do mercado ou se a má gestão, ou falta de profissionalismo foram o gatilho para ela.

A idade também é relevante, como aponta Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 399/401):

Na aferição da viabilidade da empresa, deve-se levar em conta há quanto tempo ela existe e está funcionando. Novos negócios, de pouco mais de dois anos, por exemplo, não devem ser tratados da mesma forma que os antigos, de décadas de reiteradas contribuições para a economia local, regional ou nacional. Isso não quer dizer, resalto, que apenas as empresas constituídas há muito tempo podem ser objeto de recuperação judicial. Pelo contrário, novas ou velhas, qualquer empresa viável que atenda aos pressupostos da lei pode ser recuperada. O maior ou menor tempo de constituição e funcionamento, porém, influi no peso a ser concedido aos demais vetores relevantes. Em outros termos, empresas muito jovens só devem ter acesso à recuperação judicial se o potencial econômico e a importância social que apresentam forem realmente significativos.

Por fim Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 399/401), cita o porte econômico, fator que pode ter relevância sobre a função social desempenhada pela empresa na localidade esta estabelecida:

Por fim, o exame de viabilidade deve tratar do porte econômico da empresa a recuperar. Evidentemente, não se há de tratar igualmente as empresas desprezando o seu porte. As medidas de reorganização recomendadas para uma grande rede de supermercados certamente não podem ser exigidas de um lojista microempresário. Por outro lado, quanto menor o porte da empresa, menos importância social terá, por ser mais fácil sua substituição.

A utilização desses critérios de viabilidades como parâmetros devem ser demonstrados com transparência ao juiz, para indicarem a possibilidade da preservação da atividade, que irá contribuir para o atendimento da função social que a empresa tinha antes da falência. Sendo não se pode manter o falido a frente da atividade empresária como ocorre com na recuperação de empresa, pois é justamente isto que diferencia, ou seja, o afastamento do empresário falido é que abre a possibilidade de mais uma tentativa de manutenção da atividade empresarial, no caso após a falência, pois a tentativa com o falido já ocorreu na recuperação judicial da empresa.

7 MEDIDAS CAPAZES DE TORNAR O PROCESSO FALÊNCIA MAIS EFICIENTE

É necessário tornar o Instituto da Falência mais abrangente, a fim de tutelar os demais agentes econômicos além do credor, obedecendo ao comando constitucional e efetivando o Princípio da Preservação da Empresa. Para atingir este objetivo é preciso movimentar o legislador infraconstitucional no sentido de implementar medidas legais com esse foco. Não obstante se trata de uma visão teórica a respeito da matéria, segue algumas medidas que poderiam viabilizar o entendimento apresentado neste trabalho.

7.1 Decisão Sobre Falência Instruída Por Parecer de Auditoria Independente

Dentre as medidas possíveis a determinação legal para que a audiência judicial que decida pela falência, mesmo que no caso da convocação da recuperação judicial em falência, seja instruída, necessariamente, com parecer de empresa de auditoria independente devidamente registra e regular perante a CVM (Comissão de Valores Mobiliários). A opção pela auditoria independente está no fato de que a lei, em especial o artigo 177, §3º, da Lei 6.404 de 1976, exige que as demonstrações contábeis da companhia de mercado aberto sejam auditadas por auditores independentes, para fins de dar transparência e segurança para os investidores, que no caso representariam um número muito maior e mais vulnerável que o dos credores, por exemplo, da mesma empresa. Neste caso o papel da Assembleia Geral de Credores seria apenas o de instigar o juiz a determinar a auditoria, sendo obrigatória concessão de vistas ao Ministério Público, para um processo que deve ser sumário e o devedor deverá constituir advogado para representá-lo e opor impugnação ao parecer da auditoria, respeitando o princípio do devido processo legal.

No parecer que indicar a falência do devedor, a auditoria deverá destacar a característica da falência, ou seja, se é falência do negócio, onde a gestão irá cuidar de alienar os bens da massa falida e pagar o credor, ou se é falência da gestão empresarial, hipótese em que a atividade empresarial ainda é viável, mas o empresário deve ser afastado, logo a empresa especializada deverá focar na manutenção da atividade empresarial. Entretanto se a auditoria der parecer de que não é caso de falência, deverá demonstrar a sua inexistência, indicando para o juiz a denegação do pedido de falência, já que a falência é presumida nos termos da lei.

No parecer a auditoria deverá informar se existem indícios de fraude falimentar, para que o Ministério Público possa instaurar um processo investigativo e apurar responsabilidades.

A auditoria deve inclusive realizar um avaliação prévia do patrimônio da massa falida, para servir de base para a contratação da empresa especializada em falência, estabelecendo metas para esta.

7.2 Limitação do Juiz as Atividades Jurisdicionais

Uma segunda medida seria a limitação das atribuições do Juiz as atividades eminentemente judiciais na falência, para as quais o juiz terá o auxílio do administrador judicial, que passariam a funcionar como fiscal do juiz na gestão da massa falida, pedindo esclarecimentos sempre que necessário, sem, contudo intervir na evolução da gestão administrativa, que seria realizada por empresa especializada em falência, que conterà no seu quadro profissionais capacitados e regulares nos respectivos conselhos e poderá recrutar outros para atender falências específicas.

7.3 Empresa Especializada Em Falência

A empresa especializada realizará a gestão da massa falida, de acordo com o perfil da falência, apurado pela empresa de auditoria, ou seja, se a falida tiver possibilidade de ser recuperada, hipótese que ocorre quando a falência é devida à má gestão, onde vigora o Princípio da Preservação da Empresa ou quando a falência é do negócio e o caminho é a venda do patrimônio para atender os credores.

Na hipótese de recuperação da atividade empresarial a empresa especializada iniciará o processo focando na alienação da empresa de forma integral ou atendendo o que a Lei de Falência atualmente já autoriza, no artigo 145, que é a possibilidade de constituição de uma associação de trabalhadores, e ou credores para assumirem a atividade empresarial, entretanto sem a participação do falido, que já foi afastado pela decretação de sua falência. Neste caso concluído o processo é requerido a manifestação do juiz, que irá determinar a realização de auditoria no processo, onde os credores poderão indicar assistentes técnicos, através da Assembleia Geral ou Comitê de Credores, para acompanhar, tendo também a

participação do Administrador Judicial e do Ministério Público. Diante do parecer o juiz determinará audiência que será instruída com o parecer do auditor, com possíveis impugnações de credores e do Ministério Público, onde decidirá pelo encerramento da Falência. Encerrado a falência o Juiz determinará o registro da atividade empresarial em nome de seus novos proprietários ou sócios e iniciará o prazo, de recuperação da empresa onde ela deverá nos termos da recuperação de empresa apresentar um plano para pagamento dos créditos nos termos da Lei de Falência.

Se o perfil da falência indicar impossibilidade de recuperação, hipótese que se consolida quando a falência é do negócio, neste caso a tratativa é outra. A empresa buscará entre as possibilidades de alienação a que mais seja célere e rentável para fins de proporcionar o pagamento de todos os credores, que neste caso são os únicos interessados, haja vista a função social da empresa não será mais mantida, ou já não é há algum tempo. Tendo concluído o prazo para a alienação dos bens da falida, a empresa apresentará relatório sobre o processo e da mesma forma o juiz determinará a auditoria do processo, com participação de assistente técnico indicado pela Assembleia Geral, ou o Comitê de Credores, Administrador Judicial e Ministério Público. Marcará audiência para encerrar esta etapa e prosseguirá como o processo de falência, na sua fase judicial com os pagamentos dos credores, impugnação de créditos, até o encerramento da falência.

Nos dois casos a empresa deverá emitir relatórios e pareceres sobre o desenvolvimento do processo, que serão periodicamente requeridos pelo Ministério Público e pelo Juiz. A gestão terá um prazo definido pelo juiz para concluir o processo de recuperação pós-falência ou alienação total dos bens e no final deste período ocorrerá avaliação da evolução do processo por auditor independente e mediante o parecer, levando em conta o primeiro parecer de auditoria, inclusive o valor apurado para a massa falida e caso não atingido o propósito o juiz poderá prorrogar o contrato com a empresa gestora ou afasta-la do processo e contratar outra.

Entretanto o parecer da auditoria, bem como os do Ministério Público ou relatórios do administrador judicial podem dar início a um processo investigativo para apurar crime falimentar da empresa especializada, que responde da mesma forma que o administrador judicial.

O valor da remuneração do administrador judicial, certamente deverá ser menor que o atualmente previsto na lei de falência, o valor da empresa gestora também deverá ser porcentagem do valor da alienação da massa falida.

7.4 Criação De Fundo Específico Para Socorrer Empresas Em Processo de Falência e Recuperação

Para evitar onerar mais ainda a massa falida, a terceira medida, seria necessariamente a criação de um fundo entre as empresas, nos moldes das contribuições para a indústria que hoje são arrecadas das indústrias para manutenção e organização do SESI, por exemplo. Teria a finalidade de custear processos de falência e recuperação de empresas. O fundo seria administrado por um banco estatal, e não poderia ser utilizado em caso de autofalência.

7.5 Acompanhamento Do Ministério Público

Quarta medida esta implícita nas anteriores, que é a participação efetiva no Ministério Público, zelando pelo interesse social, que como dito, em alguns casos é mais relevante que o do credor. Com a participação no processo do Ministério Público será necessário se criar dentro dele de um órgão especializado em falência, como eram as Curadorias de Massas Falidas na vigência do Decreto Lei 7.661/1945. O parquet atuaria em substituição a presença constante do juiz que hoje dita a gestão, porém mantendo as suas atuais atribuições no processo judicial e no processo administrativo irá acompanhar o desenvolvimento das atividades da empresa especializada, realizando fiscalização e não dizendo como se desenvolverá a gestão. A participação do parquet não causará a morosidade que a doutrina tanto enfatizou quando da vigência do Decreto Lei 7.661/45, pois o seu papel é de acompanhar o desenvolvimento da gestão não de decidir os atos de gestão, como o juiz atualmente faz, que pode ser antes da efetivação do ato, atrasando-o ou depois do ato consumado, que quando não aceito será refeito, o que põe a massa falida na “fila do Juiz”.

Obviamente não estão contemplados todos os meios possíveis de se propiciar a falência qualidade e eficiência, entretanto pode ser uma alternativa, em face da realidade das massas falidas que se perpetuam no Brasil.

8 CONCLUSÃO

A Lei 11.101/2005 trouxe para a Falência inovações no tocante a celeridade da alienação dos bens da massa falida, o Instituto da Recuperação Judicial que afastou a falência para a ultima medida, com particular preocupação no interesse econômico que envolve as relações de comércio, prezando pela credibilidade dos negócios jurídicos em favor dos credores, porém com a decretação da falência não se preocupou com o impacto social da extinção da atividade empresarial, no âmbito da função social inerente a toda atividade econômica.

Olhar a falência pelo prisma da função social que a ela é inerente pela atividade empresarial exercida pela falida, leva a necessidade de maior cuidado no desenvolvimento destes processos, maior atenção com seus efeitos, e maior zelo com os bens jurídicos envolvidos.

Não se poder permitir que interesse privado se sobreponha ao interesse público decorrente da função social da empresa, logo se faz necessário repensar o peso do direito creditório nos processos de falência, muito embora não se discuta sua existência, que precisa ser sopesada em relação aos demais direitos envolvidos num processo de quebra.

A imparcialidade do parecer de auditoria, instruindo a decisão do Juiz, com a fiscalização do Ministério Público e o direito ao contraditório reservado ao credor e a devedor, dão ao processo “*sui generis*” da falência as características do devido processo legal, que é Princípio Constitucional e deve ser observado sem reservas.

Por outro lado a profissionalização da gestão da falência tem o condão de dar qualidade, celeridade e eficácia de forma que irá beneficiar os credores e os outros agentes econômicos da falida, além de contribuir para a isonomia e transparência do processo de falência como um todo.

Assim deve se levar em conta que a falência de grandes empresas tem um potencial devastador sobre os agentes econômicos que a gravitam, posto que a qualidade da gestão administrativa e sua imparcialidade devem ser consideradas para fins de mesmo após a decretação da falência tentar a manutenção da atividade empresarial, pelo que justifica um esforço legislativo editando medidas para tornar a lei de falência mais adequada para atingir não somente o interesse dos credores, mas de todos os que estão suscetíveis de sofrer os efeitos da quebra.

Não está se discutindo prevenção, mas sim o remédio para o problema já instalado, a prevenção está na órbita da recuperação judicial, e no acompanhamento dos empreendimentos de maior relevância social pelo Estado, considerando que os seus resultados não interessam apenas aos proprietários, mas a sociedade em geral pela sua função social.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falência Comentada / Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Comentário artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**, Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel, Organizadora Anne Joyce Angher, 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, **Decreto Lei 7.661 de 1945**, Lei de falências. Revogada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 21 de janeiro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em 06/10/2014.

BRASIL, **Lei 6.404 de 1976**, Dispõe sobre as sociedades por ações. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel, Organizadora Anne Joyce Angher, 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL, **Lei 11.101 de 2005**, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel, Organizadora Anne Joyce Angher, 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, 3º Turma. Acórdão. Recurso Especial nº 1.314.209 - SP (2012/0053130-7). Recorrente: Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool, Agrisul Agrícola Ltda. e Energética Brasilândia Ltda. Recorrido: Agrícola Santa Olga Ltda.. Relator: Ministra Nancy Andrighi . Brasília, DF, 01 de junho de 2012. Jusbrasil - Jurisprudência . Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21864334/recurso-especial-resp-1314209-sp-2012-0053130-7-stj>>. Acesso em 29 out 2014.

CASTELLANI, Fernando A.. **A empresa em crise: falência e recuperação judicial de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Curso de direito comercial, volume 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. **Curso de direito comercial, volume 3**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DE LUCCA, Newton e Simão Filho, Adalberto (coordenação). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, Ademir Antônio, Ana Carla Fonseca Reis e Maria Isabel Pereira. **Gestão Empresarial: de Taylor aos nossos dias: evolução e tendências da moderna administração de empresas**. São Paulo: Pioneira, 1997.

FILARDI, Rosemarie Adalardo. **Órgão Específicos da Administração da Falência e da Recuperação Judicial das Empresas. (Tese de Doutorado em Direito)** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7116>. Acesso em: 11 mar. 2014

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Direito Falimentar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MACHADO, Rubens Approbato (coord). **Comentários à Nova lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, volume 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar, volume 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A Função Social do Contrato Privado: Limite da Liberdade de Contratar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: Estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.