

Comentários sobre a parte de falências da lei 11.101/05

Fonte: www.tex.pro.br - 15/06/2007

Comentários sobre a parte de falências da lei 11.101/05 Marco Jobim INTRODUÇÃO Durante a vida acadêmica questionamos o porquê de tamanha quantidade de sociedades empresárias falidas que assolam nosso sistema Judiciário. Advindas da situação de quebra, temos inúmeras habilitações de créditos, inquérito judicial, ações de toda natureza falimentar, laudos intermináveis, recursos, entre outros muitos micros sistemas legais que dão sustentáculo a uma única falência. Estamos em nova era de legislação falimentar, advinda da promulgação da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Contudo, resta saber se a sistemática que entrará em vigor modifica ou não o já conhecido instituto da falência do Decreto lei 7.661/45, o que restará respondido ao final do presente trabalho. O objetivo do presente não é, por óbvio, resolver o problema falimentar em nosso ordenamento jurídico, econômico e social, mas tão somente criar uma discussão que, se pudermos evitar apenas uma quebra, o acadêmico se dará por totalmente satisfeito com as questões levantadas. Assim, o que nos levou a realizar tal trabalho foi o fato de atuar como síndico, advogado e mais recentemente administrador judicial em falências na Vara de Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, além do fato de achar a matéria fascinante e querer aprendê-la ao ponto de, no futuro, passar esta sua experiência lecionando a disciplina. Assim, faremos, inicialmente, um estudo de quais institutos mudaram na nova sistemática, comparando a legislação – antiga e atual – criticando e sugerindo mudanças a lei. Esperamos realizar um trabalho consistente para que se crie uma primeira visão aquele que nunca se deparou com o tema, e para aqueles que já o tem como controvertido, esperamos que tomem posicionamento quanto as críticas feitas e as sugestões realizadas. A fim de evitarmos tautologia, toda a vez que nos referirmos ou colocarmos somente o artigo, estaremos falando da lei 11.101/05, para que não fiquemos todo o momento colocando a expressão, enquanto que os artigos do Decreto-lei 7.661/45 e aqueles advindos de outras leis, sempre virão acompanhados da referida legislação ou da palavra extinta, passada ou derogada lei. COMENTÁRIOS SOBRE A PARTE DE FALÊNCIAS DA LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005 1 Breve histórico do projeto de lei. Antes de adentrarmos no mérito do trabalho propriamente dito, vale fazer um breve histórico da tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional até sua final sanção pelo Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Em 09 de fevereiro de 2005, foi sancionada a lei 11.101/05, tratando da nova sistemática da falência e da recuperação judicial e extrajudicial de empresários e sociedades empresárias. Essa lei iniciou sua caminhada na década de 90, mais precisamente em 09 de maio de 1991, quando a comissão do Ministério da Justiça enviou pela primeira vez o anteprojeto da lei para ser apreciada para a IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, quando este criou a comissão para sugestões ao anteprojeto, esta se chamando “Roger de Carvalho Mange”. Em decorrência das profundas

sugestões emanadas da comissão criada para tal fim, o anteprojeto do Ministério da Justiça sofreu grandes modificações, e acabou se transformando em projeto de lei 4.376/1993, sendo nomeado Relator o Deputado Osvaldo Biolchi. Assim, após anos de tramitação no Congresso, finalmente em 12 de julho de 2004 o Projeto retornou a Câmara de Deputados, sendo votada em 14 de dezembro de 2004, onde restou aprovada a redação final do Deputado Osvaldo Biolchi, levada a sanção presidencial, a qual foi aprovada em 09 de fevereiro do corrente ano, entrando em vigor em 10 de junho de 2005.

1.1 Das disposições preliminares. Cumpre, de início, lembrar que a nova legislação denomina-se “Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, enquanto que o Decreto-Lei 7.661/45 apenas era nominada de “Lei de Falências”, apesar de regular, também, o instituto da concordata. O projeto de lei 4.376/93, convertido na lei 11.101/05, que regula a nova Lei de Falências, traz em seu artigo 1º a seguinte redação: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Não havia no decreto-lei 7.661/45 artigo correspondente ao acima transcrito, tendo em vista que os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial da sociedade empresária e do empresário inexistiam, havendo, em contrapartida, o instituto da concordata – suspensiva e preventiva – que não são objeto do presente estudo. Vejamos que a nova legislação falimentar vem a corroborar o já novo Código Civil brasileiro, em vigor desde fevereiro de 2003, que unificou o direito obrigacional – Cível e Comercial - e criou, no seu Livro II, o direito de empresa, conceituando empresário e sociedade empresária. O empresário vem definido no artigo 966 do Código Civil, sendo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”, sendo retirado, contudo, os profissionais que exercem atividade artística, literária, científica ou intelectual, “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, conforme parágrafo único do mesmo artigo. Já a sociedade empresária vem conceituada no artigo 981 do Código Civil como sendo aquela onde “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Assim, claro está que as legislações atuais estão em consonância, ficando mais fácil a compreensão da matéria, bastando, para tanto, confrontá-las. O artigo 3 dá a competência do local para a decretação da quebra: “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”. Apesar de constar no referido artigo a homologação do plano de recuperação extrajudicial e da judicial, é o processo falimentar que nos interessa, repetindo a lei a competência do artigo 7 do decreto-lei 7661/45: “É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil”. Assim, se o devedor tem seu principal estabelecimento na cidade de Porto Alegre, não há o que se falar em ajuizar o pedido de falência em Canoas, Gravataí

ou outro município qualquer, por mais próximo que seja, tendo em vista que a competência no local onde se encontra o principal estabelecimento é absoluta, sob pena de nulidade.

Estabelecimento, como bem ensina Amador Paes de Almeida[1] é: A Expressão principal estabelecimento não está relacionada com a proporção da casa comercial, não havendo qualquer referência com as instalações, significando, isso sim, o local de onde o comerciante comanda, dirige, administra seus negócios, ou seja, a sede da administração. 2 Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. O artigo 5 mostra quais os créditos que não podem ser reclamados na falência, repetindo o parágrafo único, incisos I e II do artigo 23 do Decreto-lei 7.661/45, retirando, porém, o inciso III, que eram exatamente as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas, que hoje podem ser reclamadas no processo falimentar. O artigo 6 faz uma miscelânea de artigos da extinta lei e fala, pela primeira vez, do administrador judicial, no § 2º, onde diz que “É permitido pleitear, perante o administrador judicial [...]”, antigamente denominado síndico, o qual será examinado por completo em ponto mais à frente. O caput do artigo 6 prevê a suspensão do curso da prescrição das ações e execuções, dispositivo já conhecido no atual sistema e de extrema importância. O instituto conhecido como reserva de crédito continua em vigor, no §3 do artigo 6, até porque nada mais justo do que aquele credor que ainda não tem seu crédito líquido, ter reservado seu direito perante a massa falida, contudo, com uma pequena alteração, podendo o juiz do feito onde tramitar esta quantia ilíquida determinar a reserva de crédito quando, anteriormente, esta reserva era requerida frente ao juízo falimentar pelo interessado. O §8 do artigo 6, previne o juízo ao ser distribuído o pedido de falência, o que também é uma cópia fiel do Decreto-lei 7661/45. 2.1 Da verificação e da habilitação de créditos. A seção II da lei 11.101 trata da “verificação e habilitação de créditos”, institutos estes que são disciplinados no título VI do Decreto-lei 7661/45, mais precisamente nos artigos 80 a 101. O processo de verificação de crédito muda, sendo conferido ao administrador judicial sua verificação, conforme ensina a escola de Paulo Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão[2], senão vejamos: As declarações de crédito, sabem todos os que atuam em causas falimentares, ou estão minimamente informados a respeito, representam um dos principais motivos de demora dos processos de falência e concordatas. O legislador procurou conferir-lhes, na LRE, uma agilidade compatível com as necessidades econômicas. Para isso, atribuiu ao administrador judicial (pessoa que sucede, na sistemática atual, ao síndico e ao comissário do diploma anterior) funções diretivas e decisórias na verificação de créditos (sem prejuízo, é claro, de submeter à apreciação judicial as eventuais impugnações). Com isso, o juiz estará liberado de uma parte de seus encargos, podendo concentrar-se no julgamento da questão que efetivamente envolvam conflitos de interesses. Mudança significativa encontra-se no prazo para a habilitação de créditos que, conforme a nova sistemática, se dará no prazo de 15 dias após a publicação do edital do art. 52, §1 [que defere a recuperação judicial] ou do parágrafo único do artigo 99 [sentença declaratória] da falência da

sociedade empresária, diferentemente do prazo de 10 (dez) a 20 (vinte) dias previstos no artigo 80, combinado com o artigo 14, V do Decreto-lei 7661/45. Modificação também ocorre no prazo para a publicação do quadro geral de credores, que deixará de ser aquela prevista no artigo 96, §2 do Decreto-lei 7661/45 [5 dias após a ultimização da verificação dos créditos] para ser de 45 dias após a publicação do edital previsto no artigo 7, §1, e que poderá ser impugnado pelos credores e pelo ministério público no prazo de 10 dias a contar da publicação, a teor do artigo 8. Os requisitos do processo de habilitação de crédito continuam quase idênticos a antiga legislação, devendo, apenas, ser ressaltado que o inciso I do artigo 9 prevê que é requisito da habilitação “o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo”. A habilitação de crédito retardatária continua na futura sistemática, em seu artigo 10. Luiz Tzirulnik[3] muito bem explica o instituto. Seja por incúria, retardamento da parte do credor ou por eventual lapso do síndico, existe a possibilidade de o credor deixar de habilitar-se no prazo determinado pelo juiz na sentença declaratória. Considerando então, a regra absoluta de que o credor pode habilitar-se em qualquer fase do processo falimentar, antes de seu encerramento, o art. 98 da lei que vimos estudando permite que o credor o faça ainda que retardatariamente, encaminhando ao juiz petição onde estão contidas as exigências estabelecidas no art. 82 da mesma lei, já referida anteriormente. Em tal circunstância, todavia, o credor perderá os rateios que eventualmente já tiverem sido distribuídos, excetuando-se, naturalmente, casos em que o retardamento se deva a ato ou omissão do síndico, que se responsabilizará, como vimos, pessoalmente pelos prejuízos causados ao credor. Ora, na verdade, continuamos premiando o desleixado, pois, raramente, para não se dizer nunca, há o pagamento dos credores que habilitaram seus créditos no prazo previsto em lei, sendo que a prática nos leva a dizer que os pagamentos somente são realizados após todos os credores – tempestivos e retardatários – terem habilitado seus créditos, fazendo com que ambos recebam igualmente, no mesmo prazo, punindo aquele que habilitou tempestivamente, pois poderá ratear os valores com outros retardatários e receber percentagem mínima de seu crédito. O procedimento de impugnação tem sua forma prevista nos artigos 11 a 13, 15, I, II, III e IV e 17, sendo que este último artigo define o recurso de agravo de instrumento no caso da decisão sobre a impugnação, quando recurso escolhido poderia ser o de apelação, tendo em vista ser a sentença terminativa. O artigo 16 traz a possibilidade da reserva de crédito ao valor impugnado, o que se mostra altamente justo, tendo em vista ter sido o mesmo habilitado no processo falimentar. Vejamos a inteligência do artigo que, no seu parágrafo único fala na possibilidade do pagamento de parte do valor, caso a impugnação tenha sido parcial. Já os artigos 14 e 18 falam no quadro geral de credores, sua homologação no caso de não haver impugnações e a sua publicação depois de assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, com base na relação de credores do artigo 7, §2. Ressalte-se que havendo impugnações, o quadro de credores será publicado 5 dias após a data da sentença que houver

julgado as impugnações. A ação prevista no artigo 19 é de extrema importância para o processo falimentar e repete a antiga sistemática. Importante porque é uma alternativa de correção de injustiças, a fim de que, por exemplo, um crédito menos privilegiado seja percebido na frente de um crédito mais privilegiado. Esta ação poderá ser aforada pelo administrador judicial, algum credor, o comitê ou o próprio representante do ministério público, ou seja, por quem verificar o equívoco primeiro.

2.2 Do administrador judicial e do comitê de credores.

O artigo 21 destacamos com uma ênfase especial, tendo em vista trazer a pessoa do administrador judicial a sistemática, modificando a nomenclatura usada de síndico, conforme artigo 59 do Decreto de 1945 que ensinava: "A administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz". Manoel Justino Bezerra Filho[4], comentando o artigo, se reporta ao síndico como: "[...] uma figura curiosa, administrando a falência sob a direção do juiz, mas muitas vezes podendo tomar iniciativas mesmo sem autorização judicial, apenas com a obrigação de, posteriormente, comunicar o fato ao juiz." Já Sebastião José Roque[5], discorrendo sobre o instituto: "O síndico é assim administrador da falência e não só da massa, pois que o procedimento falimentar é movido principalmente por ele, até o seu ponto final" E para descobrirmos um pouco mais do início do instituto do síndico, nada mais apropriado que transcrever trecho da obra de José Francelino de Araújo[6], que assim descreve o cargo: Os estudiosos do Direito Falimentar encontram a origem remota ou a etimologia da figura do síndico nas civilizações helênica ou romana. Na Grécia, segundo referimos na introdução, p. 12, citando Almachio Diniz, o síndico era uma espécie de advogado a quem se entregava a defesa de um patrimônio comum a vários credores" O Prof. Rubens Requião ensina que a figura do síndico se impôs desde o Direito Romano, tanto na *missio in bonis* como na *cessio bonorum*, Apossando-se os credores dos bens do devedor insolvente ou os recebendo dele por cessão, impunha-se a sua guarda e conservação, servindo um dos credores como curator. Essa denominação foi conservada pelo Direito Italiano, que ao síndico chame de *curatore*, como também na Bélgica e na Holanda, ao passo que em outras legislações como na França, Espanha e em nosso país, passou-se a adotar a designação medieval de *syndic*, *sindaco* e *síndico*, expressão usada para os que administram bens alhios. Na Alemanha ele toma a denominação de *konkursverwalter*, isto é, administrador do concurso, e na Inglaterra e Estados Unidos de *trustee in bankruptcy*. Além da mudança na nomenclatura, de síndico para administrador judicial, há ainda algumas mudanças significativas a serem lembradas, como o parágrafo único do artigo 21 que traz a possibilidade do administrador judicial ser pessoa jurídica, devendo ser colocado a disposição o nome da pessoa física que será o responsável pela condução do processo falimentar. Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á no termo de que trata o art. 33, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de

recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz. Inovação muito coerente com o que já vinha ocorrendo na prática quando da nomeação do síndico no nosso ordenamento jurídico anterior. O Decreto-lei 7661/45 tinha como base de escolha para ser síndico os maiores credores do falido, a teor do artigo 60. Apenas depois do cargo ser sucessivamente recusado pelos credores, poderia o Juiz nomear terceiro de confiança. O artigo 60 do Decreto era assim redigido “O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residente ou domiciliado no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira” tendo caído no desuso, posto que era muito difícil um credor trabalhista do falido, sem base acadêmica, conseguir administrar a massa falida e as implicações que vinham com o cargo, como por exemplo, as inúmeras ações judiciais que há envolvendo o processo falimentar. Assim, já era praxe dos juízes que presidem as varas falimentares nomear para o cargo de síndico advogados ou outros profissionais com experiência em administração ou até em contabilidade para a função. Isso foi praticamente sanado pela nova redação dada pela lei que prevê para a realização da tarefa advogados, administradores, contabilistas, entre outros. As atribuições do administrador judicial vem enumeradas no artigo 22 que, na sua primeira parte, inciso I e alíneas, ensina atribuições recíprocas do administrador frente a recuperação judicial e a falência, ficando as específicas sobre cada instituto com o inciso II [recuperação judicial] e o inciso III [falência], este uma cópia quase que idêntica da antiga lei, se não fossem algumas pequenas alterações, como o prazo para o administrador elaborar o relatório da alínea “e”: “elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º”, de 40 dias. A remuneração do administrador judicial muda, podendo o juiz, ao apreciar o trabalho, fixar o valor de acordo com o preço de mercado dos atos praticados, mas não podendo ser superior a 5% do valor dos bens vendidos na falência. A nova lei modifica a complicada matemática trazida pelo decreto de 45, que era definido no artigo 67, que podia variar de 2% até 6%, sobre o produto dos bens ou valores da massa. Contudo, não resolve o problema dos processos em que não há nenhum bem a ser arrecadado, naquela falência totalmente frustrada, onde o administrador judicial retira valores de seu próprio bolso a fim de encerrar o processo falimentar. O §2 do artigo 24 traz a determinação de que 40% do saldo a ser pago ao administrador judicial deverá ser quitado depois de prestadas e julgadas suas contas. Não havia na legislação revogada qualquer referência ao pagamento antecipado do síndico, aliás, no §3 do artigo 67 do Decreto-lei 7661/45 havia a previsão expressa de que a “remuneração será paga ao síndico depois de julgadas suas contas”. Com a nova sistemática, temos que pelo menos 60% do pagamento do administrador poderá ser realizado durante o andamento do feito falimentar. E o novo artigo 25 responde àquele questionamento de quem pagará ao administrador judicial por seu trabalho nas falências frustradas? Ninguém, pois ou é o devedor ou a massa falida quem devem pagá-lo, ou seja, o legislador joga o problema para quem não tem praticamente nada de bens, nada de valores, deixando um trabalho árduo e cheio de responsabilidades sem o devido

pagamento, tendo o artigo a seguinte redação: “Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo”. Modificação no artigo 33, concedendo 48 horas para o administrador judicial assinar o termo de compromisso, ao invés das 24 horas previstas no artigo 62 do Decreto-lei 7661/45.

2.3 Do Comitê dos credores. Novidades terão nos artigos 26 e seguintes, que cria o instituto do Comitê de Credores, a fim de, em palavras mais curtas, fiscalizarem o difícil trabalho do administrador judicial, zelar pelo bom andamento do processo, emitir pareceres, requerer a convocação da assembléia-geral de credores entre outros institutos determinados na lei. Este comitê terá representantes indicados de credores da classe trabalhista, com crédito real e dos quirografários. Com o devido respeito, tal instituto não deve prosperar. Todas aquelas atribuições previstas nos incisos e alíneas do artigo 27, acima elencadas, são institutos que podem ser facilmente realizadas pelo administrador, sob a batuta do juiz, não havendo o porque terceiros intervirem nestas questões. Após constituir o comitê, o artigo 28 mostra a desnecessidade do mesmo, uma vez que, conforme redação do artigo “não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador ou, na incompatibilidade deste, ao juiz, exercer suas atribuições”, ou seja, no primeiro momento o artigo manda o administrador ser fiscalizado, entre outras atribuições do comitê, e, logo após, caso este não possa, caberá ao juiz fazer tais atribuições. Ora, ambos – tanto o administrador como o juiz – farão estas atribuições independente de haver ou não o comitê de credores, sendo, portanto, desnecessário tal instituto que poderá somente atrasar ao invés de auxiliar o processo falimentar. Então, se éramos contra o comitê de credores, o artigo 29 põe um ponto final à questão, quando fala em ressarcimento das reuniões realizadas pelo mesmo, se houver disponibilidade de caixa. Ora, quando é que há disponibilidade de caixa numa massa falida? Respondemos: Praticamente nunca! Se por um acaso há disponibilidade de caixa é momentâneo, e logo ali na frente teremos que enfrentar um credor, alguma custa processual ou outra diligência qualquer. Pagar as despesas do comitê é fazer com que se prejudique outro credor mais à frente.

2.3 Da assembléia geral de credores. Continuando nossos comentários e críticas, chegamos a famigerada assembléia-geral de credores que tem atribuições especificadas nos artigos 35 e seguintes, mais precisamente no inciso II, uma vez que no inciso I trata dos casos de recuperação judicial das empresas. Atentemos para a alínea “c” do artigo abaixo citado, que prevê que a assembléia-geral de credores poderá adotar “outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145”, sendo que, este artigo ensina que: 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. Há muito não vemos em nossas varas especializadas de falência o instituto da continuação do negócio dar frutos, sendo a própria liquidação da empresa o modo que se faz mais eficaz a fim de haver um pagamento a alguns

privilegiados credores, ficando a maioria deles sem o devido pagamento. Tzirulnik[7], explicando o instituto, ensina que: Levando em consideração que a continuação de atividades comerciais do falido possa vir a ser conveniente para a massa, uma vez que pode haver crescimento de resultados e, conseqüentemente, maior viabilidade no pagamento dos credores, a Lei Falimentar permite exclusivamente ao falido que requeira a continuação de seu negócio. Apesar da intenção do legislador ser a melhor possível, ou seja, aumentar o ativo para melhor pagar o passivo, nunca vimos o instituto ser realmente efetivo em seu objeto, aliás, das experiências vividas, o mesmo apenas aumentou o passivo e prejudicou mais credores. Mesmo assim a lei, de uma forma ainda mais irresponsável, renasce um instituto onde poderá a assembléia de credores criar uma sociedade de credores ou de empregados, a fim de, a primeira vista, dar uma continuidade com o negócio da falida. Ora, tal hipótese fica muito bonita na teoria, mas na prática está fadada ao insucesso, pois a dificuldade de gerenciar uma massa falida, a dificuldade de crédito, a inexperiência de uma sociedade de empregados, podem acarretar mais prejuízos a eles mesmos. Por esta razão fica a crítica ao instituto que poderá, com certeza, criar entraves ao bom processamento da falência, pelos poderes concedidos a uma assembléia de credores que deveriam, a nosso ver, limitar-se a auxiliar o juízo e, conseqüentemente, ao administrador judicial. Em contrapartida, pode a assembléia requerer a substituição do administrador judicial e indicar substituto. Ora, salvo melhor juízo, estamos transformando o processo falimentar em um procedimento administrativo. Vejamos que no artigo 36 existe a previsão de convocação da assembléia-geral por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação. Contudo, estes editais são pagos pelo devedor ou pela massa falida. Estamos falando em custos altíssimos, que muitas vezes a empresa, operando, não consegue pagar publicidade em jornais, quiçá realizar pagamentos de publicação de editais em jornais de grande circulação depois de falido. Tornaram o processo de falência, que deveria ser o menos custoso possível, caro, o que certamente irá repercutir no seu andamento ou no pagamento final dos credores habilitados. O artigo 37 mostra como será o comportamento da assembléia em reunião. Tudo disposições administrativas, que mais parecem uma verdadeira reunião de condomínio, com previsões de representação de classes, de quem presidirá os trabalhos, de quorum, de lista de presença, de lavratura de ata, de votação e de direito de voto. A composição da assembléia-geral de credores será de titulares de créditos trabalhistas ou de acidente de trabalho, de crédito com garantia real e de créditos quirografários com privilégio. Interessante disposição no artigo 42 que prevê que as propostas aprovadas serão aquelas em que os credores representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia. Perguntamos: Será que as instituições financeiras terão palavra final nestas deliberações? E, finalizando a assembléia-geral de credores, devemos ressaltar que para haver uma forma alternativa de realização do ativo, sem ser o leilão, a carta proposta ou o pregão, deverá ter, na assembléia, votação de dois terços dos credores presentes a mesma, ou seja, 66% deverão

aprovar esta nova realização do ativo. O questionamento do parágrafo acima continua, sendo a resposta algo fácil de se adivinhar, tendo em vista um fator fundamental: Os credores fiscais ficam de fora dos constituintes da assembléia, ou seja, os maiores créditos serão aqueles oriundos das instituições financeiras.

2.5 Da convolação da recuperação judicial em falência.

Tendo em vista que a lei no seu capítulo III começa o tratamento exclusivo ao instituto da recuperação judicial, que não é alvo de nosso estudo, daremos um salto do artigo 46 para o artigo 73, que assegura o instituto da falência aquela sociedade que não cumpriu com os requisitos da recuperação judicial. Assim, o artigo 73 prevê a decretação da quebra durante o processo de recuperação judicial e o artigo 74 mostra que “Na convolação da recuperação em falência, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, desde que realizados na forma desta Lei”. Resta saber se os gastos previstos no artigo 74 serão considerados dívidas da massa ou encargos, o que em nossa opinião deverão ser estes, tendo em vista que aqueles são considerados após a quebra da sociedade empresária.

3. Da falência.

No capítulo V iniciamos o estudo específico sobre falência, uma vez que, conforme já explicado, os capítulos I e II faziam referências tanto ao processo falimentar como a recuperação judicial e extrajudicial de empresários e sociedades empresárias, estes que não são objeto, infelizmente, do presente estudo, tendo em vista a limitação imposta de número de páginas na presente monografia que fizeram o pesquisador optar apenas pelo procedimento falimentar.

3.1 Disposições gerais

Na sessão I, denominada das disposições gerais, pouca coisa muda, chamando atenção para dois artigos, sendo o primeiro o 79, que fala sobre a tramitação preferencial dos processos envolvendo “os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância”, ou seja, devemos usar os mesmos princípios usados na tramitação preferencial para os idosos, com etiquetagem em todas as capas dos processos onde haja o interesse da massa falida, tendo em vista o disposto no artigo, e mais, entendemos que os feitos envolvendo falência preferem até mesmo aqueles envolvendo pessoas idosas, pois, como a própria lei afirma “preferem a todos os outros”, sendo, inclusive, sua redação posterior ao Estatuto do Idoso. Outro artigo para se chamar à atenção é aquele referente ao prazo de prescrição das ações de responsabilidade pessoal dos representantes dos falidos, que começa a contar a partir do trânsito em julgado do processo falimentar, a teor do artigo 82, §1º que diz: “Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput”. A indivisibilidade do juízo falimentar continua previsto, agora no artigo 76 que ensina: 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.

3.2 Da classificação dos créditos.

A seguir, na ordem estabelecida pela lei, temos, na seção II, uma das questões mais controvertidas do processo falimentar, qual seja, a classificação dos créditos onde,

se há alguma mudança significativa na legislação, seria aqui que teríamos que salientar, conforme passamos a colocar. Em primeiro lugar, conforme o caput do artigo 102 do Decreto-lei 7661/45, temos os créditos dos empregados por salários e indenizações trabalhistas com igualdade, por força da súmula 219 do Superior Tribunal de Justiça, dos credores por encargos ou dívidas da massa, os créditos com direitos reais de garantia, os créditos com privilégio especial sobre determinados bens, os créditos com privilégio geral e os créditos quirografários, deixando o legislador, após a colocação no primeiro plano do crédito trabalhista, um outro crédito antes deste, no §1º do artigo 102, qual seja, o crédito por acidente de trabalho, que aqui toma a forma de crédito “zero”, pois deve ser pago antes do primeiro. Um outro crédito que deve ser inserido entre os privilegiados, sendo aqueles referentes aos tributos, denominados créditos fiscais, referendados no artigo 187 do Código Tributário Nacional e no artigo 29 da lei 6.830/80, que dispõe sobre as execuções fiscais. Então, em vista disto, colocamos, na classificação, os créditos tributários logo após o pagamento dos trabalhistas. O que vinha ocorrendo na prática era que alguns créditos, como por exemplo, o pagamento do síndico, dos editais de leilão, do perito, do armazenamento dos bens, já vinha, por decisão judicial, sendo pagos anteriormente a qualquer outro crédito, uma vez que deve a massa prosseguir até sua final liquidação, não havendo como certos credores da massa ficarem sem a devida prestação, sob pena da mesma ficar sem o devido andamento, lesando ainda mais os credores. Foi com esse intuito que possivelmente o legislador colocou estes créditos como extraconcursais, a teor da redação dada pelo artigo 84 da lei. Não vamos nos esquecer que o Superior Tribunal de Justiça, com a edição da súmula 219, já havia equiparado os créditos decorrentes dos serviços prestados a massa com os trabalhistas. “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam de privilégios próprios dos trabalhistas”. Outra mudança que está criando muitas contrariedades na ordem de classificação dos créditos é a limitação do valor dos créditos trabalhistas ao recebimento de 150 salários mínimos para que se passe ao pagamento do crédito seguinte. A primeira vista temos a impressão de uma injustiça, tendo em vista que o crédito salarial é de natureza puramente alimentar. Contudo, 150 salários mínimos, que hoje equivalem a R\$ 45.000,00, é um crédito bem superior a maioria dos credores desta classe, e traz uma igualdade mais equilibrada a credores que sequer habilitam seus créditos com o receio do não recebimento dos valores. E ainda, não custa lembrar que até mesmo o crédito quirografário oriundo de uma duplicata mercantil tem sua natureza alimentar, pois, certamente, os sócios se alimentam do lucro de sua sociedade, e, quando não há lucro pela falta de pagamento das duplicatas, uma importância significativa daquele crédito seria aquilo que, além de alimentar o empresário e sua família, paga os créditos trabalhistas, fiscais, reais e todos os outros advindos de uma sociedade empresária. Contudo, a injustiça está no fato de que passado para a outra classificação de crédito, por exemplo, iniciado o pagamento dos créditos reais, ou os fiscais, ou qualquer outra classe de credores, estes, pela lei, não ficam

limitados a nenhum valor, sendo que, por exemplo, os credores menos privilegiados podem receber em sua integralidade, antes do recebimento total dos credores mais privilegiados, ou seja, os trabalhistas. No inciso II do artigo 83 temos outra grande modificação, ao conceder aos credores com direito real de garantia – leia-se instituições financeiras – o direito de receber os créditos antes do fisco, ou seja, tratando-se de falência, possivelmente serão aqueles que ainda receberão algo. Após os créditos com garantia real, teremos os referentes a tributos, excetuados suas multas. Logo após teremos os credores com privilégio especial, ou seja, aqueles previstos no artigo 964 do Código Civil ou em outras leis ou ainda aqueles cujos titulares a lei confira direito de retenção sobre a coisa dada em garantia. Continuando a seqüência de pagamentos, começamos a ver aqueles que dificilmente receberão valores, como os credores com privilégio geral, aqueles previstos no artigo 965 do Código Civil, os previstos no artigo 67 da lei ou os definidos em outras leis civis e comerciais. Os créditos quirografários vêm logo após o pagamento dos credores com privilégio geral, mas a novidade é que não serão os últimos a receber, sendo criadas novas categorias, como a das multas contratuais e penas pecuniárias por infrações a leis penais e administrativas, inclusive as multas tributárias, seguidos dos créditos subordinados, que são previstos em contratos ou aqueles referentes aos créditos dos sócios e dos administradores da falida sem vínculo empregatício. Sobre as multas fiscais, já haviam sido publicadas súmulas a respeito, como a 191 do Supremo Tribunal Federal: “Inclui-se no crédito habilitado em falência a multa fiscal simplesmente moratória”. A súmula 192 do Supremo Tribunal Federal: “Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa”. Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal: “A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado na falência”. Nos parece que todas as três súmulas acima citadas estão revogadas, pois poderão ser cobradas como crédito diante da massa falida. Ainda sobre a classificação, o credor trabalhista que ceder seu crédito a terceiro, este não terá direito de habilitá-lo como credor privilegiado, mas sim como mero quirografário, a teor do §4º do artigo 83.

3.3 Do pedido de restituição.

Na seção III da lei existem os artigos específicos que cuidam dos requerimentos de restituição de bens, que hoje é disciplinado nos artigos 76 e seguintes do Decreto-lei 7661/45. Podemos notar uma mudança na redação, pois o Decreto-lei 7661/45 previa no artigo 76 “a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real”, enquanto que hoje, ao que nos parece, qualquer bem, com ou sem contrato, com ou sem garantia real, poderá ser alvo da restituição. Quanto ao parágrafo único da lei, que transcreve o §2 do artigo 76 do Decreto de 45, já havia o Supremo Tribunal Federal decidido de quando o prazo de 15 dias inicia, com a edição da súmula 193. “Para a restituição prevista no art. 76, 2, da Lei de Falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não de sua remessa”. Outras súmulas foram editadas, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, como pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes à matéria de restituição, as quais acreditamos que a nova legislação não irá alterá-las. Súmula 417

do STF: "Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade". Súmula 495 do STF: "A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos 15 (quinze) dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro". Súmula 36 do STJ: "A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência". Súmula 133 do STJ: "A restituição de importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de concordata". Assim, com a leitura do novo texto legal, vemos que as súmulas são perfeitamente aplicáveis e não deverão ser prejudicadas ante a redação dos artigos.

3.4 Do procedimento para a decretação da falência.

Talvez o maior capítulo da lei esteja na seção IV que prevê o procedimento para a decretação da quebra, que corresponde aos artigos 94 a 101 do Decreto-lei 7661/45, dispondo de diversos institutos que passamos a comentar. Antigamente podíamos ingressar com o pedido de quebra do comerciante baseados no artigo 1 [definia o comerciante insolvente] ou pelo artigo 2 [que definia atos de falência]. Uma mudança de grande significado está inserida no inciso I do artigo 94, que prevê, para que haja o requerimento de falência, um título, ou uma combinação deles, que ultrapasse a soma de 40 salários mínimos, hoje equivalente a R\$ 12.000,00. Nosso trabalho é no sentido de evitar que empresas quebrem, se tornando, a primeira vista, o presente artigo de acordo com os ditames estabelecidos em nossa linha de pesquisa. Contudo, limitar a quebra a 40 salários mínimos não é, nem de longe, uma solução adequada, pois, se a sociedade ou o empresário está insolvente, criando dívidas e mais dívidas, quer sejam fiscais, trabalhistas, quirografárias ou qualquer outra, também quer dizer que está colocando em risco seus empregados e consumidores, devendo falir pelo mínimo valor que seja. Vejamos como fica difícil: por exemplo, para falir uma sociedade empresária no caso do credor ter um título do devedor no valor de R\$ 5.000,00, uma vez que deverá ingressar com a execução de sentença, onde, expedido o mandado de penhora e não localizado nenhum bem poderá o exequente, daí, com base no inciso II, requerer a falência desta sociedade. Mas qual é o tempo de um processo de execução atualmente nas nossas varas cíveis que estão assoberbadas de processos? Esta demora pode ser crucial para que muitos outros sejam prejudicados devido aos inadimplementos desta sociedade, o que, se ocorrer, poderá estar sepulcrando outros direitos, assim como retirará, do Judiciário, uma de suas maiores atribuições, qual seja, de proteger a pessoa, física ou jurídica, de atos de espoliação financeira. E analisemos então a infantilidade do §1 do artigo 94, que permite a credores formarem litisconsortes a fim de conseguir a cifra mínima do inciso I, para que consigam, em conjunto, requerer a falência da sociedade empresária. Ora, mas como credores, que sequer se conhecem, sabem dos negócios uns dos outros, podem se organizar em litisconsortes, para requererem a falência de uma sociedade? A alínea "g" mostra que a

sociedade pode falir caso não cumprida a recuperação judicial, mas que não chega a ser uma novidade, pois, antigamente, se também não cumprida o instituto da concordata a concordatária deverá ir a bancarrota. Interessante o disposto no artigo 95, que dispõe que, no prazo da contestação, poderá o devedor requerer sua recuperação judicial, mas que também não foge muito do instituto da concordata suspensiva. Novo prazo contestacional previsto no artigo 98, de dez dias, diferentemente daquele previsto no parágrafo 1 do artigo 11 do Decreto-lei 7661/45, de 24 horas. Aqui o legislador equiparou o prazo para a defesa ao dos embargos a execução, o que, na nossa ótica, restou equivocado, uma vez que o processo de falência é mais que uma execução singular. É claro que não deveria o prazo de 24 horas persistir, tendo em vista que, muitas vezes, existe uma gleba de documentos a serem levantados, advogados a serem contratados e teses a serem criadas. Contudo, equiparar o procedimento de execução coletiva, com a execução singular, mostra uma fraqueza na lei, sendo o mais justo um prazo de 5 dias, ou seja, o meio termo entre as 24 horas e os 10 dias dos embargos a execução. O artigo 96 praticamente copia o artigo 4 do Decreto-lei 7661/45, mudando apenas a nomenclatura do instituto da concordata para o da recuperação judicial na nova sistemática. Outra mudança legislativa, pois na prática já vinha ocorrendo, é a colocação dos honorários advocatícios e da correção monetária no valor a ser depositado quando do prazo para a defesa, artigo 98, parágrafo único, modificando a redação da antiga lei em seu artigo 11, §2, sendo que já havia a edição da súmula 29 do Superior Tribunal de Justiça: "No pagamento em juízo para elidir a falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado". O artigo 99 fala da sentença declaratória de falência e os requisitos que deverão nela constar, não modificando muito a revogada legislação. O agravo de instrumento continua sendo o recurso cabível quando a quebra é decretada e a apelação quando o pedido é julgado improcedente, a teor da redação dada pelo artigo 100. Sobre recurso, duas súmulas foram editadas, que certamente continuarão em vigor, ambas do Superior Tribunal de Justiça, a primeira a súmula 25: "Nas ações da Lei de Falências o prazo para interposição de recurso conta-se da intimação da parte". E a súmula 88: "São admissíveis embargos infringentes no processo falimentar".

3.5 Da inabilitação empresarial dos direitos e deveres do falido.

Na seção V damos início a inabilitação empresarial dos falidos – devedores - assim como seus direitos e deveres depois de decretada a falência da sociedade empresária e do empresário. Continua a sistemática atual na nova legislação, estando o falido – na verdade o representante legal da falida – inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial, desde a decretação da quebra até a extinção das obrigações. Como bem sabemos o antigo síndico assume a administração da massa e dos bens, o que continua na pessoa do administrador judicial, e a falida, através de seus representantes legais, podem continuar a sua fiscalização sobre os atos realizados na falência, inclusive emitindo pareceres, intervindo e recorrendo se acreditarem justo. A famosa declaração dos representantes legais do artigo 34 do Decreto-lei 7661/45 fica no artigo 104, não havendo modificações plausíveis

a serem lembradas no presente momento. Roque[8], analisando o artigo 34, afirma que: A declaração da falência de uma empresa impõe a ela e a seus dirigentes sérios efeitos e obrigações, chamados vulgarmente de “obrigações do art. 34”. A primeira dessas obrigações é o comparecimento dos representantes legais perante o juiz, ou o escrivão, a fim de prestar depoimento. O parágrafo único do artigo 104 traz a previsão do falido que não cumprir as determinações lá elencadas de responder por crime de desobediência. Esta é uma das poucas inovações que realmente acompanhou a jurisprudência, uma vez que há muito o Judiciário já decidiu que a prisão prevista por não atender determinações pelo Decreto-lei 7661/45 é ilegal, pois contrária aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

3.6 Da falência requerida pelo próprio devedor. Na seção VI temos a falência requerida pelo próprio devedor, também chamada de autofalência[9]. Explica o professor Sebastião Roque José[10] que: Instituto de rara aplicação é o previsto no art. 8, denominado autofalência, pelo qual a empresa devedora que estiver impossibilitada de pagar um débito líquido e certo deverá requerer a própria falência. Trata-se de caso raro, mas já observado. Ocorre comumente quando uma empresa concordatária confessa a impossibilidade de cumprir os termos da concordata, requerendo então a convalidação da concordata em falência. Houve já casos, porém, de uma empresa requerer diretamente sua falência, em vez da concordata. E segue: É natural que a autofalência seja evitada. Para que ia uma empresa dizer que está falida, procurar um advogado e empreender um processo contra si mesma, e sujeitar-se às obrigações e inconvenientes de falida?. Apesar de respeitosa a posição do eminente professor, discordamos da mesma, uma vez que fosse tão raro o caso de autofalência, certamente não estaria no novo texto legal. Ademais existem empresários honestos que preferem a autofalência ao invés de cada vez mais onerarem seus empregados, fornecedores e o fisco, sendo o instituto a saída mais honrosa para estes casos. O artigo 105 mostra, em seu bojo, inúmeros documentos que acompanham o requerimento de falência, repetindo alguns elencados nos incisos do artigo 8 do Decreto extinto, e colocando outros, como, por exemplo, a últimas três demonstrações contábeis, relação dos administradores dos últimos cinco anos. Na seção VII inicia o instituto da arrecadação e da custódia de bens, conjuntamente com a guarda dos livros da falida.

3.7 Da arrecadação e da custódia dos bens. Nenhuma mudança significativa foi realizada na arrecadação dos bens e livros do falido, continuando tudo praticamente como era na anterior legislação. A única ressalva que fazemos é o fato de não haver previsão expressa do acompanhamento do membro do ministério público na arrecadação dos bens, o que havia no Decreto-lei 7661/45, no §1 do artigo 70. Contudo, acreditamos que na prática a arrecadação continuará na mesma, tendo em vista o interesse público do processo falimentar, devendo, pois, se fazer presente o representante do ministério público a fim de que o ato não possa ser impugnado, posteriormente, pelos representantes da falida ou outro credor qualquer. O artigo 111 mostra a possibilidade dos credores, individualmente ou coletivamente, adquirir ou

adjudicar os bens arrecadados, pelo valor da avaliação. Aqui mais uma disposição legal que não traz, a nosso ver, qualquer benefício à massa falida, tendo em vista que os bens arrecadados, se leiloados, podem render muitas vezes o dobro ou triplo daquele valor avaliado. Então, visando o interesse de todos os credores, o comitê, que será o instituto encarregado de concordar com esta adjudicação, deverá avaliar os bens em no mínimo três avaliadores, a fim de não prejudicar os credores menos privilegiados. O artigo 113 trabalha uma das partes mais significativas da arrecadação, ou seja, naqueles bens de fácil deterioração, deve-se ouvir o comitê e o falido, no prazo de 48 horas, para após a venda dos mesmos. Ora, como ouvir um comitê que sequer foi constituído, no ato de arrecadação? É claro, pois decretada a falência o comitê ainda não existe, recém iniciará a ser composto. Se o administrador arrecadar bens nas primeiras horas de falência, como ouvir alguém que sequer foi criado? E mais, uma padaria, um minimercado ou ainda, uma lancheria, que tem bens totalmente perecíveis, como frutas, verduras, legumes, carnes, frios, como fazer isso. Por óbvio vamos continuar fazendo o que já é realizado, devendo o administrado convocar o Ministério Público e doar estes bens, pegando recibos e os juntando aos autos para apreciação do Juiz. Mas porque isto já não foi previsto na nova lei? O artigo 114 mostra o aluguel de bens da massa falida a fim de que se produza renda para a mesma. Contudo, quem vai querer alugar algo que além de não gerar direito de preferência, pode o bem ser alienado a qualquer tempo, independentemente de prazo contratado, sem direito ao locador de qualquer multa rescisória, salvo se o adquirente concordar? Nos parece muito oneroso este contrato de locação para o locatário que poderá estar iniciando seu negócio a dar rentabilidade e ter que cessá-lo, sem quaisquer direitos. Este contrato, leonino, dará, certamente, azo para muitas ações ao Judiciário.

3.8 Dos efeitos da falência sobre as obrigações do devedor. A seção VIII trata dos efeitos da decretação da quebra sobre as obrigações do devedor, já mostrando no artigo 115 do alcance da quebra aos bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável, mas somente nos termos do que a presente lei prescrever. Todos os bens deverão ser arrecadados pelo administrador judicial, o que não é novidade, assim como cessarão as retiradas pelos sócios referentes as suas quotas ou ações, conforme artigo 116 e incisos. Alguns contratos, benéficos para a massa, poderão ser executados pelo administrador judicial e, se for necessário para a manutenção do ativo, poderão ser preservados, mediante autorização do comitê de credores. O contratante, no caso da primeira parte do parágrafo, poderá interpelar o administrador, em 90 dias, modificando os 5 dias do Decreto-lei 7661/45, para dizer se cumpre ou não o contrato, sendo que o silêncio do administrador deixará uma brecha para que o contratante tenha direito a ação indenizatória, sendo o seu crédito, após o processo, qualificado como quirografário. A nova legislação faz menção expressa ao contrato unilateral, que poderá, mediante autorização do comitê de credores ser cumprido a fim de evitar o aumento de passivo ou até mesmo reduzi-lo frente à massa falida. O artigo 119, que trata de relações contratuais que prevalecerão regras pré-determinadas pela lei, é uma cópia quase que fiel

do artigo 44 do Decreto-lei 7661/45, modificando, apenas, a ordem das frases, o nome de falido para devedor e a mudança de síndico para administrador judicial, havendo, porém, apenas a novidade de ter um inciso a mais, IX, que fala em patrimônio de afetação, ou seja, aqueles constituídos para cumprimento específico, deverão ser separados daqueles do falido, até sua finalização, quando poderá, o saldo remanescente, ser arrecadado pelo administrador judicial ou, caso haja saldo contra a massa, ser inscrito na sua respectiva categoria. Antigamente, o mandato conferido pelo devedor antes da falência, acerca dos negócios referentes a massa falida, continuava em vigor até ser revogado pelo síndico, segundo o artigo 49, sendo que na atual lei a decretação da quebra, por si só, extinguirá o mandato, conforme redação do artigo 120, ficando a cargo do administrador judicial revogar apenas aquele mandato para representação judicial, se achar necessário. As contas correntes do falido continuam a ser encerradas com a decretação da quebra, sendo o saldo apurado, e, se positivo ficará a disposição da massa, e, se negativo poderá ser habilitado. Continua a previsão de não correr juros contra a massa falida após a decretação da quebra se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores. Na verdade, do artigo 124 até o artigo 128, a lei continua a mesma, nos artigos 26 e seguintes do título II do Decreto-lei 7661/45, não havendo maiores considerações a serem realizadas, tendo em vista que o maior enfoque no trabalho é para as mudanças que ocorreram.

3.9 Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência.

A seção IX trata de uma das questões mais controvertidas do sistema falimentar, pois aborda a ineficácia e a revogação dos atos praticados antes da falência, nos artigos 129 a 138, em substituição aos artigos 52 a 58 do Decreto-lei 7661/45. Os atos ineficazes em relação à massa falida, ou seja, os atos que existem, mas não são oponíveis, não surtem efeitos em relação a mesma continuam os mesmos, havendo somente um comentário a ser realizado que se refere ao parágrafo único do artigo 129 que dá a previsão do ato ineficaz ser declarado de ofício pelo juiz, o que não havia no sistema anterior. Igualmente restam intocados os atos revogáveis no artigo 130. Sobre a nomenclatura a ser utilizada para o ajuizamento da ação prevista no artigo 129 e no artigo 130, temos, como base, o ensinamento de Celso Marcelo de Oliveira[11] que assim define os institutos: “O instituto da ação revocatória desdobra-se em dois dispositivos. O previsto no art. 130 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, no qual a prova da fraude é dispensável, sendo substituída pelo período em que o ato inquinado foi praticado, onde a prova da fraude se faz imprescindível”. “Divergem os autores quanto à nomenclatura do instituto. Para alguns ele se chama ação declaratória de inoponibilidade, para outros ação declarativa de ineficácia relativa ou, ainda, meramente ação revocatória. Os primeiros afirmam tratar a ação de ação declaratória de inoponibilidade, tendo em vista que a inoponibilidade produz apenas efeitos relativos, em relação somente à massa falida, razão pela qual diverge da anulação que produz efeitos em relação a todos (erga omnes) e tem caráter definitivo”. “Em contrapartida, Pontes de Miranda, afirma que é a ação declarativa de ineficácia relativa. Segundo o autor, este nome é o mais apropriado, tendo em vista

que tal ação visa declarar ineficaz o ato praticado pelo devedor desde que elencado entre os previstos naquele dispositivo, em relação somente à massa falida". "Para outros dentre eles, Trajano de Miranda Valverde, em ambas as hipóteses se promove a ação revocatória. O fato da falência, por si só, determina a ineficácia dos atos discriminados, porém subordinados à propositura da revocatória. A fraude entretanto, é necessária para conseguir-se a decretação da ineficácia dos atos e da mesma forma subordina-se à propositura da ação". Assim, trataremos estas ações como meramente ações revocatórias e poderão ser proposta tanto pelo administrador judicial, qualquer credor ou pelo ministério público, no prazo de três anos contados da decretação da falência. Importante salientar que o prazo será modificado, pois, antes, era previsto no artigo 56, sendo de até um ano da publicação do edital de realização do ativo e pagamento do passivo. Nas demais disposições, nada de significativo muda. Sendo um instituto de tamanha importância no sistema falimentar, a ação revocatória merece melhor análise, sendo muito bem feita a explanação do professor Tzirulnik[12]: Etimologicamente, a palavra revocatória deriva do verbo revocar, cujo significado é voltar para trás, chamar novamente, mandar voltar. Isso posto, toda atenção é necessária para que não se relacione o termo revocatória ao verbo revogar (tornar nulo), o que comprometeria o entendimento do conceito da ação revocatória. Não se trata, pois, de ação de nulidade, conhecida desde os romanos (ação pauliana). Trata-se, sim, de um instituto especial, brasileiro por excelência, com características próprias, não apresentando qualquer relação com as regras de Direito Civil, relativamente à nulidade ou anulação dos atos jurídicos. A ação revocatória, portanto, objetiva tirar o efeito de determinados atos praticados pelo devedor, destituindo-os de eficácia, sem contudo anulá-los ou desconstituí-los totalmente. Completa esta conceituação o fato de estarem envolvidos tão-somente os atos relacionados à massa falida, sendo esta a sutileza da ação revocatória na falência.

3.10 Da realização do ativo.

A realização do ativo que era previsto nos artigos 114 e seguintes da lei, vem, agora, na seção X, iniciando no artigo 139 e seguintes, modificando totalmente a antiga lei. Pela passada legislação tínhamos que "apresentado o relatório do síndico (art. 63, XIX), se o falido não pedir concordata, dentro do prazo a que se refere o art. 178, ou se a tiver pedido lhe for negada, o síndico, nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes comunicará aos interessados, por aviso publicado no órgão oficial, que iniciará a realização do ativo e o pagamento do passivo", enquanto que hoje temos que "logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo". Com esta mudança, o administrador judicial, tão logo tenha arrecadado os bens e juntado o respectivo auto ao processo, poderá dar início ao pagamento dos créditos, não mais necessitando esperar como hoje o faz, sendo uma mudança bastante significativa em termos de celeridade processual. O artigo 140 nos mostra a forma de alienação dos bens, que poderá ser feita com a venda de seus estabelecimentos em bloco, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente, com alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor, com a

alienação dos bens individualmente considerados, podendo, claro, ser adotadas mais de uma forma de alienação. A alienação poderá ser realizada de três maneiras, diferentemente da atual lei que prevê apenas duas – leilão e carta proposta – agora se insere a modalidade de pregão para a alienação dos bens, segundo dispõe o artigo 142, I, II e III. Modifica, também, o prazo para publicação dos editais, que deixa de ser 10 dias para bens móveis e passa a ser de 15 dias, assim como deixa de ser 20 dias para bens imóveis e passa a ser de 30 dias. O ministério público deixa de ser obrigado ao comparecimento da alienação, bastando ser apenas intimado para comparecimento. E dentre as maiores novidades na realização do ativo, temos o artigo 144 que prevê que “havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação diversas das previstas no art. 142”. Resta saber que modalidades serão estas, uma vez que, ao que nos parece, o leilão, a carta proposta e o pregão são os meios mais eficientes de se conseguir o melhor preço para o bem já em estado de depreciação. Outra novidade trazida no artigo 145, que prevê a constituição de sociedade de credores ou dos próprios empregados do devedor, a fim de que o juiz homologue outra modalidade de realização do ativo, se aprovada pela assembléia-geral de credores. A resposta para que serve a constituição de empregados do devedor é respondida no §2 do artigo 145, que fala que estes poderão utilizar créditos derivados da legislação do trabalho para a aquisição ou arrendamento da empresa, ou seja, os empregados, em sociedade, poderão comprar a empresa ou arrendá-la para continuação do negócio ou para que repassem a terceiros. Acreditamos ser uma disposição legal que dificilmente será colocada em prática, tendo em vista as dificuldades que poderão apresentar esta transmissão de bens aos empregados que sequer tem seus créditos líquidos e certos no início do processo. No §3 terceiro do artigo 145 vemos que se a assembléia-geral de credores não aprovar a realização do ativo de outra maneira senão aquelas já faladas caberá, ao juiz, decidir qual forma irá adotar, levando em conta o que o administrador e o comitê manifestarem.

3.11 Do pagamento dos credores. Na seção XI começamos o pagamento dos credores, substituindo a seção III do título VIII da derogada legislação. O artigo 149 nos traz a novidade dos créditos extraconcursais, ou seja, aqueles que não estão sujeitos a habilitação de crédito, sendo pago antes de qualquer outro credor, inclusive dos trabalhistas e dos decorrentes de acidente de trabalho. Após estes pagamentos, far-se-á o pagamento de acordo com o artigo 83, ordem de credores já discutida anteriormente, ficando, claro, as reservas de crédito para momento posterior, caso não habilitados, ainda, os créditos provenientes delas. O artigo 150 consolida o que há muito vem ocorrendo, e corretamente feito, quando dispõe que, havendo recursos disponíveis no caixa, as despesas dos pagamentos antecipados indispensáveis a administração da falência deverão ser pagas. Outra novidade é o pagamento dos últimos três meses de salário do empregado da sociedade falida, até o limite de 5 salários, que deverá, também, ser pago tão logo haja disponibilidade de caixa. O artigo 151 só abrange as parcelas salariais propriamente ditas, ou seja,

se empregado tiver para receber quatro salários e mais um correspondente à indenização por vale transporte, não poderá o mesmo receber este, tendo em vista não ser o instituto parcela salarial, o que concordamos, tendo em vista que o empregado, sem salário, está sujeito a inúmeros pormenores que poderão influenciar em seu comportamento social, sem falar nas conseqüências que pode se dar em seu âmbito familiar. O saldo que sobrar, após o pagamento de todos os encargos, dívidas e credores habilitados, serão devolvidos ao falido. Disposição que pouco se usa, tendo em vista que dificilmente, mas não impossivelmente, ocorrerá, pois, como se sabe, geralmente, a massa paga os créditos privilegiados, ficando os outros sem pagamento, uma vez que inexistem recursos suficientes.

3.12 Do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido. A seção XII ensina sobre o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido. Após o decorrer de 30 dias da realização do ativo, o administrador judicial deve apresentar sua prestação de contas, documentando-a, sendo a mesma apartada e, ao final, apensada aos autos do processo falimentar, nada mudando. No processamento da prestação de contas, deverá o ministério público intervir, impugnando ou não a prestação. Novo relatório deverá o administrador realizar, de acordo com o artigo 155, que substitui o artigo 63, XIX, devendo o mesmo expor, dez dias após julgadas suas contas, o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, assim como especificará as responsabilidades que perdurarão aos representantes da falida. Após este relatório, o processo será encerrado por sentença. A partir da sentença de encerramento da falência, o prazo prescricional relativo às obrigações dos representantes da falida recomeçará. As modalidades de extinção das obrigações têm algumas mudanças para a anterior legislação que devemos apontar. O pagamento de todos os créditos continua igual, mudando a porcentagem de pagamento dos créditos quirografários, que deixará de ser de 40% subindo para o percentual de 50%. Os 5 anos – caso não tiver sido condenado por prática de crime falimentar – e os 10 anos – caso condenado por crime falimentar – persistem. Caso configurado qualquer dos casos acima, poderá o representante legal requerer a extinção das obrigações, nada mudando em seu processamento, o que também será poderá ser requerida pelo sócio ilimitadamente responsável.

4. Disposições penais. O capítulo VII traz as disposições penais referentes aos crimes falimentares. A novidade que o presente capítulo nos mostra é o aumento da pena para alguns dos crimes previstos, uma vez que no Decreto-lei 7661/45, além das penas serem muito brandas, ainda há o fato de que o início do prazo contava a partir da data em que o processo deveria ser encerrado, ou seja, iniciava em dois anos e o processo durava uma eternidade para sua finalização. Muitas vezes o crime já estava prescrito é o processo falimentar ainda não havia encerrado. Temos o instituto das agravantes, a fim de majorar a pena, como a do §1º do artigo 168. Vejamos que a fraude a credores terá pena de 3 a 6 anos e poderá ser majorada se houver uma das qualificadoras do §1º. E por incrível que pareça, a nova lei trará a responsabilidade até mesmo dos contadores ou outros profissionais que concorrerem para

os crimes previstos no artigo 168. Sempre que vemos agravantes, vemos atenuantes, como a do §4º do artigo 168, que fala nas microempresas e empresas de pequeno porte, onde poderá o juiz reduzir a pena ou substituí-la por restritiva de direitos, quando não for constatada a prática habitual de condutas fraudulentas. As outras penas não modificam muito o que já tínhamos no Decreto-lei 7661/45, variando de 2 a 4