

PROCESSO FALIMENTAR: DA ORIGEM AOS RECURSOS DO PROCEDIMENTO QUE DECRETA OU DENEGA A FALÊNCIA

Autores: INGRID LEITE LOPES, ANA CAROLINA OTONI LÚCIO GOMES, IGOR ROCHA AQUINO PARRELA, OLENKA CAROLINE DE FREITAS CARDOSO, SAMUEL PEDRO LYRA RAMOS, RODRIGO DANTAS DIAS

Introdução

O presente trabalho trata do processo falimentar do empresário, objetivando apresentar o procedimento a partir da origem até os recursos que podem ser impetrados contra a decisão de decreta ou denega o estado de falência. O conteúdo abordado acarreta relevantes debates no âmbito jurídico, de forma que o intuito desta produção é proporcionar o suporte necessário para tais discussões. Todo o material apresentado nesta obra possui como fonte de conhecimento a Lei 11.101/2005, conhecida como Lei de Recuperação de Empresas (LRE), bem como a obra de André Luiz Santa Cruz Ramos.

Estratégia Metodológica

Trata-se de pesquisa de abordagem científica, com o emprego de pesquisa bibliográfica e documental para coleta de dados e da hermenêutica para a análise dos conteúdos.

Resultados e discussão

A Lei 11.101/2005 dispõe, em seu art.1º, que “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. Portanto, apenas os empresários se submetem aos ditames da legislação falimentar. Diante desta leitura, percebe-se que a LRE não se aplica aos devedores civis, dentre eles as Associações, Partidos Políticos, Organizações Religiosas, Sociedades Simples, Cooperativas, as quais se sujeitam às regras do concurso de credores, previstas pelo Código de Processo Civil (CPC).

Contudo, é importante ressaltar, que não são todos os empresários/sociedades empresárias que se sujeitam à falência. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, de acordo com o art.2º, I, da LRE não são compatíveis com os sujeitos passivos da ação falimentar. Além desse exemplo, existem também as Instituições Financeiras públicas ou privadas, Cooperativas de Crédito, Consórcios, Entidade de Previdência Complementar, Sociedade Seguradora, Sociedade de Capitalização e outras entidades equiparadas às anteriores, que também não se sujeitam ao processo falimentar da Lei 11.101/2005, pois se enquadram a um tipo especial de liquidação extrajudicial.

Ademais, conforme o art. 97 da LRE, são habilitados para requerer a falência do devedor empresário: o próprio devedor, o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante, o cotista ou o acionista do devedor, ou qualquer credor. No caso da autofalência é necessário que o devedor instrua a inicial com os documentos constantes em seu artigo 105. Quanto à hipótese do pedido de falência realizado pelo cônjuge, herdeiro ou inventariante do falecido esta só é aplicável ao empresário individual. Ao que se refere ao pedido feito pelo sócio da sociedade empresária, tem-se uma raridade, pois normalmente um dos sócios não concorda com o pedido e, na maioria das vezes, ocorre a dissolução parcial da sociedade nas hipóteses que a lei permite, enquanto o pedido de falência feito por credor, pode ser realizado por qualquer um, independente de ser ou não empresário, o que se exige é que caso seja o credor empresário, é necessário que ele instrua a petição inicial com certidão da Junta Comercial que ateste a regularidade de suas atividades, em obediência ao disposto no art. 97 §1º, e caso o credor não possua domicílio no Brasil, é necessário que preste caução relativo às custas e ao pagamento da indenização que trata o art.101 da Lei em estudo.

A falência é um processo de execução especial, posto que para que seja aplicada é necessária a caracterização da insolvência do empresário. É importante salientar que a insolvência adotada no Brasil não é a real ou técnica, mas sim a jurídica ou presumida. A insolvência real é aquela em que o saldo passivo do devedor é maior que seu saldo ativo, enquanto a insolvência presumida é decorrente da adequação da realidade do devedor em um dos três incisos do artigo 94 da Lei 11.101/2005, que ensejam o pedido de falência do empresário.

No inciso I tem-se a Impontualidade Injustificada do Cumprimento das Obrigações, que ocorre quando o empresário deixa de cumprir com obrigação líquida na data do vencimento e não procura o credor para prestar justificativas. Contudo, a hipótese do inciso I apenas possuirá amparo legal caso o credor tenha protestado o título executivo, como ordena o parágrafo terceiro do mesmo artigo, e este ultrapasse o montante de 40 (quarenta) salários-mínimos à época da ação. Ressalta-se que é permitido o litisconsórcio ativo de credores na ação falimentar desde que a soma dos títulos protestados seja superior a 40 (quarenta) salários-mínimos.

Os incisos II e III do artigo 94 são conhecidos como Atos de Falência. De forma mais específica, o inciso II apresenta a Execução Frustrada, em que o devedor é executado e enseja a ação falimentar por meio de sua tríplice omissão, esta que consiste em não pagar a dívida, não realizar o depósito elisivo e não nomear bens à penhora. Enquanto na ação falimentar com fulcro no artigo 94, I, possui o protesto do título executivo como pressuposto, o artigo 94, II, traz a necessidade de certidão emitida pela vara de execução que comprove a tríplice omissão do empresário. Há divergências entre o STJ e a doutrina, enquanto esta aponta que apenas a ação de um dos atos contidos no inciso, como por exemplo, a nomeação de bens à penhora, não é suficiente para o fim do pedido de ação falimentar, o STJ diz:

(...) A nomeação de bens à penhora na execução singular, ainda que realizada de forma intempestiva, descaracteriza a execução frustrada, circunstância que impede o prosseguimento do pedido de falência com base no art. 2º, inciso I, da antiga Lei de Quebras. (...) (REsp 741.053/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 20.10.2009, DJe 09.11.2009).

No último inciso do artigo 94, há a exposição Dos Demais Atos de Falência, além da Execução Frustrada, que são oito alíneas que apresentam condutas de autodenúncia de insolvência do empresário. A alínea “a” traz a tentativa do empresário de encerrar suas atividades sem obedecer às normas legais, bem como a obtenção desregrada de empréstimos, evidenciando a solução de dívidas por meio de outras dívidas, característica conclusiva acerca da falência do devedor. Na alínea “b” há a conduta do devedor de desfazer-se de seus bens sem a prévia comunicação aos seus credores na tentativa de fraudar sua possível execução. A alínea “c” traz o trespasse irregular cometido pelo devedor, enquanto a “d” forja a transferência da sede do estabelecimento, a fim de enganar credores e a fiscalização tributária para fins de cobrança e execução. O ato de barganhar mais prazo para a solvência da dívida, bem como da redução de juros, está presente na alínea “e”. Diferentemente da simulação trazida na alínea “d”, a “f” apresenta uma real fuga do devedor que abandona seu estabelecimento, sede ou domicílio sem deixar representante legal para eventual ação falimentar ou execução de dívidas. Como último ato de falência, a alínea “g” mostra o empresário que usufrui do benefício da recuperação judicial e, mesmo assim, deixa de cumprir, no prazo, com as obrigações assumidas por ele.

A sentença que denega a falência pode decorrer, basicamente, de dois fundamentos, quais sejam: a improcedência do pedido de falência; ou a realização do depósito elisivo.

A improcedência do pedido de falência pode ocorrer quando alguma das hipóteses constantes no art. 96 da lei 11.101/2005 for acolhida pelo juiz. Nesse caso, o autor deverá arcar com os ônus de sucumbência, visto que ele foi o vencido. Há a hipótese de o juiz entender que o autor, ao pedir a falência do réu, agiu com dolo, tendo em vista que, mesmo que o simples pedido não gere consequência jurídica negativa para o réu, pode gerar a perda de credibilidade no âmbito empresarial. Na referida hipótese, o juiz poderá condenar o autor ao pagamento de uma indenização, apurando-se perdas e danos, decorrente do dolo. Ainda na abordagem do pedido doloso, se houver mais de um autor, o dever de indenizar será solidário, ademais, se tal pedido prejudicar um terceiro, este deverá requerer sua indenização em ação autônoma.

A denegação da falência também pode ocorrer quando o suposto devedor realiza o depósito elisivo, regular e tempestivamente. O réu pode efetuar o referido depósito e contestar o pedido, sendo que, caso sejam acolhidos os argumentos alegados, a falência será denegada em razão da improcedência do pedido do autor, e não em razão do depósito elisivo. Por outro lado, se as alegações do réu não forem acolhidas, teoricamente deveria ser decretada a falência, contudo, devido à realização do depósito elisivo, haverá a denegação da falência, devendo o autor levantar a importância depositada.

A falência será decretada quando o pedido for procedente e não houver realização de depósito elisivo. Com a decretação, instaura-se o chamado processo de execução concursal do empresário falido, isto é, encerra-se o procedimento pré-falimentar, e o efetivo processo falimentar começa.

No tocante à natureza jurídica da sentença que decreta a falência, entende-se majoritariamente que ela é constitutiva, haja vista que, além de instaurar o regime de execução concursal, constitui o devedor em estado falimentar.

Ressalta-se que a sentença de decretação da falência possui um conteúdo específico, estabelecido pelo art. 99 da LRE. Determina-se que tal sentença deve fixar o “termo legal da falência”, definido como o espaço de tempo imediatamente anterior à decretação da falência, entendido como um período em que o devedor está inclinado a praticar atos fraudulentos, e, por isso, tal período deve ser investigado. O inciso II do referido artigo dispõe que o termo legal é delimitado com base na data do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, e, a partir de uma dessas ocorrências, retrotrai-se até 90 dias.

Ademais, a sentença em análise atribui ao juízo que decreta a falência um poder geral de cautela, permitindo que ele adote as diligências necessárias para proteger o interesse das partes, inclusive a decretação de prisão preventiva, se presentes os pressupostos deste instituto e se a falência requerida tiver sido motivada por provas da prática de crime falimentar. Por fim, destaca-se a ampla publicidade que deve ser dada à sentença que decreta a falência, devendo a Junta Comercial ser imediatamente comunicada sobre tal fato, a fim de anotá-lo junto ao registro do devedor. Além disso, deve haver expedição de ofícios a diversos órgãos públicos, e publicação de edital que contenha a íntegra da decisão e a relação de credores.

O foro competente para se ajuizar o pedido de falência, e em consequência, o pedido de recuperação judicial, consiste no disposto pelo artigo 3º da LRE: “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”.

O conceito de “principal estabelecimento” tem sofrido diversas transformações para se ajustar às demandas da doutrina e da jurisprudência. Atualmente, embora não seja um posicionamento pacífico, entende-se que seja o principal estabelecimento aquele onde funcione a sede administrativa da empresa, valendo a mesma regra para as filiais que tenham sede fora do Brasil.

Antes da entrada em vigor da Lei 11.101/2005 corria-se o prazo de 24 horas para a resposta do devedor ao pedido de falência. O tempo curto, e muitas vezes insuficiente, funcionava como medida de cobrança judicial de dívidas e fuga do objetivo inicial do instituto. Com o advento da LRE, este prazo aumentou consideravelmente - dez dias.

Na contestação, fica a critério do devedor a alegação de qualquer um dos incisos do artigo 96 da LRE. São eles: I - a falsidade do título; II - prescrição; III - nulidade de obrigação ou de título; IV - pagamento da dívida; V - qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI - vício em protesto ou em seu instrumento; VII - apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 da Lei; VIII - cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro de Empresas.

O depósito elisivo baseado na impontualidade injustificada e execução frustrada é capaz de impedir a decretação da falência ao devedor. Para tanto, o devedor deverá efetuar o depósito da dívida reclamada acrescido de juros e honorários advocatícios previamente fixados pelo juiz. O devedor também, como forma de contestação, poderá pleitear a recuperação judicial e dessa maneira impedir que a falência ocorra.

A participação do Ministério Público na fase pré-falimentar pode ser dividida em duas situações. A primeira tem relação com o momento anterior a edição da LRE, que permitia uma maior atuação do MP nos processos de recuperação judicial e de falência. Na segunda fase, já editada a LRE, ocorreu a redução da intervenção do MP, atuando em casos como responsabilidade penal e alienação de bens do devedor.

Com relação a edição da LRE, não foram todos que acolheram o novo entendimento prolatado, sendo que em alguns momentos ocorreram a preferência pela maior intervenção do Ministério Público. Mas a grande maioria optou pela ação mínima do Ministério Público, afirmando que com tal atitude seria resguardado o princípio constitucional da celeridade processual, pois na maioria dos casos não há necessidade da participação do órgão ministerial. Desse modo ocorreria um maior andamento nos processos falência.

Diante do exposto acima, existem vários julgados proferidos no sentido de que não há necessidade de ser ouvido o Ministério Público na fase pré-falimentar. Desse modo, é verídico afirmar que a falta dessa ação não acarreta a nulidade do pedido de falência. Sendo que o órgão em questão poderá ter atuação obrigatória em situações enumeradas pelo art. 99, XIII, lei 11.101/2005

Considerações finais

O presente trabalho procurou analisar a fase pré-falimentar e anterior à interposição de recurso contra a sentença que decreta a falência. Ressalta-se a participação do Ministério Público que deve ser mínima a fim de dar maior celeridade processual, e, dessa maneira, atender com efetividade à função social da empresa para a coletividade. A decretação de falência pode causar danos à sociedade e este é o motivo pelo qual precisa ser minuciosamente averiguada em eventual processo.

Realização:



SECRETARIA DE
DESENVOLVIMENTO
CIENTÍFICO, TECNOLÓGICO
E INOVAÇÃO SUPERIOR



Apoio:



Referências bibliográficas

BRASIL, Lei de Falências (2005). Nova lei de falências : estudo comparativo com o Dec-Lei 7.661/1945 e legislação correlata : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, lei complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005. 20 ed.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 320 p. (RT legislação).

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado / André Luiz Santa Cruz Ramos. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005.