

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LUIZ GUSTAVO MOLINA LACAVAL

AUTOFALÊNCIA: UM SUICÍDIO NECESSÁRIO

MARÍLIA
2016

LUIZ GUSTAVO MOLINA LACAVAL

AUTOFALÊNCIA: UM SUICÍDIO NECESSÁRIO

Projeto de Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriano de Oliveira Martins

MARÍLIA
2016

LACAVA, Luiz Gustavo Molina

Autofalência: Um Suicídio Necessário / Luiz Gustavo Molina
Lacava; Orientador Prof. Adriano de Oliveira Martins
87 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 201.

1. Direito falimentar 2. Falência 3. Autofalência

CDD: 342.236



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Luiz Gustavo Molina Lacava

RA: 51491-8

Autofalência: Um suicídio Necessário.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 1000

ORIENTADOR(A):

Adriano de Oliveira Martins

1º EXAMINADOR(A):

Daniela Ramos Marinho Gomes

2º EXAMINADOR(A):

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho

Marília, 29 de novembro de 2016.

Primeiramente, a Deus
Aos meus pais, Luiz Antonio Lacava e Angela Patrícia Spagnuolo Molina Lacava
Ao meu irmão, Luiz Antonio Lacava Filho
Por todo apoio e incentivo

AGRADECIMENTOS

A toda minha família

Ao meu orientador, Professor Mestre Adriano de Oliveira Martins, por ser um exemplo de inteligência, competência, dedicação e profissionalismo.

A todo corpo docente do UNIVEM, em especial aos professores Luís Vieira Carlos Júnior, Tayon Soffener Berlanga, Daniela Ramos Marinho Gomes e Luciano Henrique Diniz Ramires.

Aos funcionários do UNIVEM, que sempre se preocuparam com o nosso bem-estar.

Aos meus amigos das XLVIII e XLIX Turmas de Direito UNIVEM, por compartilharem momentos inesquecíveis, bem como as experiências da graduação.

Aos amigos da 3ª Vara Federal de Marília, em especial aos servidores Antonio Cesar e José Carlos, bem como do 3º Ofício da Procuradoria da República em Marília/SP, com os quais muito aprendi.

A todos que, direta, ou indiretamente, contribuíram e me apoiaram para a conclusão desta custosa etapa da minha vida.

*“E não diga
Que a vitória está perdida
Se é de batalhas
Que se vive a vida
Tente outra vez!”*

Raul Seixas

LACAVA, Luiz Gustavo Molina. Autofalência: Um Suicídio Necessário. 2016. 87 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de “Ensino Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

O direito falimentar sofreu inúmeras mudanças ao longo dos anos, desde a civilização romana até os dias de hoje, tendo como exemplo o inadimplente, que por não cumprir suas obrigações poderia ser vendido como escravo. Com o passar dos anos, bem como com a evolução do Direito e o início da defesa aos Direitos Humanos, muitas coisas mudaram. A antiga lei de falências, Decreto-Lei nº 7.661/1945, entrou em vigor, perdendo seu posto, na sequência, para a nova lei de falências, a Lei nº 11.101/2005, que inovou o direito falimentar, trazendo opções para a continuidade da sociedade empresária, preocupando-se, principalmente com a preservação das atividades e com a sociedade de forma geral. Ainda, disciplina acerca da falência requerida pelo próprio devedor (autofalência), ou seja, quando o empresário, ciente da inviabilidade de sua empresa, opta por sua própria quebra, requerendo-a em juízo. Ademais, usufruirá de alguns benefícios por conta do requerimento de quebra voluntário, tais como: dissolução regular da sociedade empresária, blindagem patrimonial dos sócios por débitos tributários e trabalhistas, demonstrados por meio de interpretações de doutrinas, e também por diversos tribunais, por meio de julgados.

Palavras-chave: Direito falimentar. Falência. Autofalência.

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 – Procedimento do artigo 94, I	37
Figura 2 – Procedimento do artigo 94, II	39
Figura 3 – Procedimento do artigo 94, III	43
Figura 4 – Efeitos da Decretação da Falência	51
Figura 5 – Ordem de Pagamento dos Credores	58
Figura 6 – Quadro da Fase de Arrecadação, Realização do Ativo e Encerramento da Falência	60
Figura 7 – Procedimento da Autofalência (artigo 105)	67

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FALÊNCIA.....	11
1.1 Origem Etimológica da Palavra “Falência”.....	11
1.2 Evolução Histórica	12
1.2.1 Direito Romano	12
1.2.2 Idade Média	14
1.2.3 Direito Moderno e Contemporâneo	15
1.2.4 No Brasil Independente	16
1.3 Da Transição Do Decreto-Lei 7.661/45 Para a Lei 11.101/05	18
1.4 Direito Falimentar Comparado	21
1.5 Direito Falimentar Brasileiro sob análise da Lei 11.101/2005	23
CAPÍTULO 2. DA CRISE E DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA	26
2.1 Da Crise: Patrimonial, Econômica e Financeira.....	26
2.2 Conceito e Caracterização da Falência.....	30
2.3 Fases da Falência	33
2.4 Do Procedimento Falimentar à Luz da Lei nº 11.101/2005	34
2.4.1 Alternativas do Empresário Devedor Após a Citação do Processo de Falência	44
2.4.2 Decisão do Pedido de Falência: Sentença Declaratória e Denegatória	46
2.5 Dos Efeitos da Falência	50
2.6 Apuração do Ativo do Empresário Devedor	51
2.7 Verificação de Créditos (Habilitação de Credores).....	54
2.8 Da Realização do Ativo.....	56
2.9 Da Solução do Passivo (Pagamento dos Credores).....	57
2.10 Encerramento da Falência e Extinção das Obrigações do Falido.....	58
CAPÍTULO 3 – AUTOFALÊNCIA: UM SUICÍDIO NECESSÁRIO.....	63
3.1 Distinção dos Pedidos de Falência e Autofalência.....	63
3.2 Procedimento da Autofalência.....	65
3.2.1 Documentos Indispensáveis Para o Pedido de Autofalência.....	67
3.3 A Autofalência Como Dissolução Regular da Empresa.....	69
3.4 Efeitos da Autofalência em Relação à Pessoa Jurídica e aos Sócios.....	71
3.5 Da Blindagem Patrimonial dos Sócios	73
3.5.1 Dos Débitos Tributários	73
3.5.2 Dos Débitos Trabalhistas.....	78
3.6 Impossibilidade de Responsabilização dos Sócios da Pessoa Jurídica Falida	78
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor um importante instituto implantado em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.101/05, que ainda é pouco aplicado. Está a se falar da autofalência, importante não só para o ordenamento jurídico brasileiro, mas também para o dia-a-dia dos empresários e da sociedade em geral.

Dando início, o primeiro capítulo tratará exclusivamente da origem e da evolução histórica do instituto da falência, começando pelo Direito Romano, nos primórdios da civilização, até os dias de hoje, com a implantação da Lei nº 11.101/05, comparando-se o Direito Falimentar Brasileiro com os demais institutos ao redor do mundo, bem como apresentando as inovações da referida lei.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro sofreu inúmeras transformações, principalmente no direito falimentar. Passou-se a ter uma nova lei regulamentadora acerca do tema, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual foi muito bem recebida pelo Ordenamento Jurídico, trazendo soluções ao empresário, além de se preocupar com a sociedade.

Deixa para trás o antigo Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que buscava somente o interesse do credor, por meio da concordata, pouco se importando com a sociedade empresária e seu papel econômico.

Com a evolução histórica concluída, o segundo capítulo se iniciará tratando dos diversos tipos de crise, bem como o que acontece com uma empresa que está enfrentando uma crise, quais soluções poderão ser adotadas pelo empresário, o qual poderá requerer sua recuperação judicial, extrajudicial, ou, em caso de inviabilidade, requerer sua autofalência, que será tratada exclusivamente no terceiro capítulo.

Será abordado, detalhadamente, cada instituto da falência, desde seu conceito e caracterização, até cada procedimento, que deverá ser utilizado pelo credor requerente da falência, uma vez que cada pedido tem um procedimento próprio a ser seguido.

Nesse sentido, será demonstrado quais alternativas do devedor citado na ação de falência, sentença declaratória e sentença denegatória de falência, os efeitos da decretação da falência, apuração do ativo do empresário devedor, verificação de créditos na massa falida, realização do ativo do devedor, solução do passivo e, por fim, o encerramento da falência, bem como a extinção das obrigações do falido.

A partir daí, no terceiro e último capítulo, diferenciar-se-á os pedidos de falência e autofalência, sendo esta caracterizada a partir do momento que o empresário devedor nota a

inviabilidade de sua empresa, não sendo possível pleitear por uma recuperação, caracterizando, assim, uma insolvência jurídica, que é presumida.

Será abordado, ainda, qual procedimento adequado para se processar o pedido de autofalência, bem como quais os documentos essenciais necessários para tal pedido.

Por fim, o ápice do trabalho se encontra nos benefícios da autofalência no Ordenamento Jurídico Brasileiro, demonstrando o motivo de ser caracterizado um “suicídio necessário”. Tais benefícios, como a blindagem patrimonial dos sócios, inclusive perante os créditos tributários e trabalhistas, ainda são desconhecidos pelos credores, que permanecem com sua empresa em condições desconfortáveis, na expectativa de algum credor vir a requerer sua falência.

CAPÍTULO 1 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FALÊNCIA

Com o passar dos anos, não somente o Direito Falimentar, mas o Direito, de forma geral, sofreu inúmeras mudanças. Tais mudanças serão demonstradas neste capítulo, com a origem etimológica da expressão “falência”, bem como tratando da evolução histórica do instituto falimentar, demonstrando como eram tratados aqueles que descumpriam suas obrigações empresariais desde a civilização romana, até os dias atuais.

A transição do Decreto-Lei nº 7.661/45 para a Lei nº 11.101/05 merece especial destaque, vez que esta última trouxe inúmeras inovações ao Ordenamento Jurídico, destacando-se suas novidades em comparação com a antiga Lei.

Por fim, comparar-se-á o atual modelo falimentar adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro com os demais Ordenamentos de diversos países.

1.1 Origem Etimológica da Palavra “Falência”

Assim como inúmeras palavras da língua portuguesa, a expressão “falência” também tem origem latina, sendo originária de *fallentia*, que significa falta, insolvência.

Ao tratar do tema, Negrão (2012, p. 34) utiliza do estudo de Carvalho de Mendonça para ensinar, buscando na palavra latina *falece* a origem mais remota da palavra falência, porque exprimiria a mesma coisa que *faltar com o prometido, com a palavra enganar*; daí *falimento, falência*, seus derivados, significando *falha, falta, omissão*.

Nesse sentido, Mazzafera (2007, p. 229), ao tratar do assunto, expõe que “no Direito Romano encontramos Fallere com o mesmo significado: enganar, e também a expressão, que em sua tradução, quer dizer: O direito público ajuda quem erra, não o que engana”, o que deu origem ao termo bancarrota, ou seja, banca quebrada, “pois os credores quebravam a banca do mercador que não pagava seus débitos”.

Atualmente, o Dicionário Houaiss¹ traz duas definições à palavra falência ao tratar do âmbito jurídico, sendo elas:

Situação ou estado do comerciante que se torna impontual nos pagamentos das suas obrigações líquidas, certas e exigíveis; insolvência, quebra, bancarrota;
Processo de execução coletiva, decretado por sentença judicial, contra o comerciante devedor para satisfazer o crédito dos credores.

¹ Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa Versão 3.0

Desta forma, Negrão (2012, p. 35) explica que:

A ideia, portanto, de omissão está implícita em seu significado jurídico, referindo-se ao não cumprimento das obrigações financeiras por parte do devedor. Observe-se, contudo, que nem sempre haverá culpa ou dolo por parte do falido. Sua situação pode decorrer de diversos fatores econômicos ou mesmo de sua momentânea incapacidade para a prática da atividade empresarial, sem que sua intenção seja fraudar seus credores.

1.2 Evolução Histórica

Para melhor compreensão futura dos procedimentos, princípios e efeitos tanto da falência, quanto da autofalência, bem como suas determinações e repercussões, faz-se de suma importância, ainda que sem se aprofundar muito, a análise histórico-evolutiva do instituto da falência.

1.2.1 Direito Romano

Podendo ser considerado o berço do direito falimentar, antes mesmo da codificação da Lei das XII Tábuas, o Direito Romano, em sua fase mais arcaica, também conhecida como Direito Quiritário, fazia com que o devedor respondesse por suas obrigações com sua liberdade e, até mesmo, com sua vida.

Sobre o assunto, Almeida (2010, p. 05) ensina que:

No direito quirritário (*ius quirritium*, *ius civile*), a fase mais primitiva do direito romano, que antecede à codificação da Lei das XII Tábuas, o *nexum* (liame entre devedor e credor) admitia a *addicere*, adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito nesse espaço de tempo, podia o credor vendê-lo como escravo no estrangeiro (*trans Tiberium*, além do Tibre), ou até mesmo mata-lo, repartindo-lhe o corpo segundo o número de credores, numa trágica execução coletiva.

Mesmo após a edição da Lei das XII Tábuas, de 451 a.C. não houve muita mudança na forma de cobrança e execução ao devedor, haja vista que no item nº 9 da Tábua Terceira², havia a previsão de que “se são muitos credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”.

² https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_das_Doze_T%C3%A1buas#T.C3.A1bua_III

A partir daí, de forma gradativa, a execução da pena do devedor foi evoluindo, mudando-se o *nexum* que, segundo Bezerra Filho (2015, p. 49) “o devedor poderia evitar o início da execução contra ele, obrigando-se a prestar serviços como escravo ao credor, até a satisfação de toda dívida”.

Tal penalidade perdurou até a edição da famosa *Lex Poetelia Papiria*, datada de 428 a.C., a qual proibindo expressamente a morte ou a venda para escravização, estabelecendo que a garantia do credor é o patrimônio do devedor (BEZERRA FILHO, 2015, p. 50), sendo um grande marco, não só para o Direito Falimentar, mas para o que viria a ser os Direitos Fundamentais dos cidadãos, uma vez que começa a se respeitar o direito à vida e à liberdade do devedor.

Após, veio a *Bonorum Venditio*, instituída pelo pretor Rutilio Rufo, a qual determinava que o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeado um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens (Almeida, 2010, p. 05).

Por fim, já no Direito Romano Tardio, ou seja, já com o Império Romano em Decadência³, em 737 d.C. foi instituída a *Lex Julia Bonorum*, criando a *cessio bonorum*, momento que surgiu, segundo Fazzio Júnior (2011, p. 574), as primeiras regras orientadoras da administração da massa, a assembleia de credores, a classificação dos créditos, a revogação dos atos fraudulentos do devedor e, sobretudo, a regra essencial da *par conditio omnium creditorum*.

Bezerra Filho (2015, p. 50), ao tratar da *Lex Julia Bonorum*, trouxe que:

A execução seria singular (credor único) ou coletiva (diversos credores), neste segundo caso, sendo necessário que se estabelecesse entre eles um concurso de credores, para que fosse possível fazer a correta divisão do patrimônio do devedor entre os diversos credores, na ordem ou na proporção que coubesse a cada qual. Dessa necessidade de execução coletiva, na qual, em linhas bastante gerais, arrecadam-se todos os bens do devedor para venda judicial e apuração de dinheiro, que será em seguida dividido entre os credores, na proporção e segundo a ordem legal referente a cada um deles.

Assim, esta última legislação do Direito Romano já apresenta traços do que o Direito Falimentar atual, vez que pretendia arrecadar os bens do devedor para satisfação da dívida,

³ Informação extraída do site <http://www.infoescola.com/historia/imperio-romano/>, o qual traz que o império romano perdurou entre 27 a.C. até sua extinção total em 1453 d.C., sendo que sua decadência ocorreu a partir de 476 d.C.

levando-se em conta a universalidade dos credores, cabendo a cada qual sua cota parte, evitando que um único credor “limpasse” o patrimônio do devedor.

1.2.2 Idade Média

Ao mesmo tempo em que o instituto falimentar, na idade média, deu continuidade a alguns traços inicialmente criados no direito romano, qual seja, na execução patrimonial, modificou, por completo, a forma em que seriam executadas as cobranças dos devedores, tendo, o Estado, passado a ter fundamental importância na execução da falência.

Segundo assevera Fazzio Junior (2015, p. 7/8), “parece que foi num estatuto da cidade de Verona, no início do século XIII, que se esboçaram as primeiras regras que vieram a constituir o instituto da falência, como típica execução patrimonial”. Desta forma, contrariando as disposições do antigo direito romano, na idade média, a execução patrimonial passa a ser o único meio de execução falimentar.

Já no tocante à atuação das partes, Almeida (2010, p. 6), ensina que:

Na idade média, contudo, a tutela estatal assume especial relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. O concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade de os credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar por que se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre os credores.

Estabelecem-se aí os primeiros delineamentos do direito falimentar, entendendo-se a falência tanto ao devedor comercial quanto ao devedor civil, sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador, réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além da perda total de seu patrimônio (BEZERRA FILHO, 2015, p.50).

Mesmo com todos os avanços legislativos da época, observa-se que a honra daquele que era insolvente ficava bastante abalada, uma vez que a insolvência era, automaticamente, caracterizada ato delitivo, passível de exemplar reprimenda, podendo, segundo Oliveira (p. 3), o devedor de boa-fé, ser acusado de infâmia cominada com outras penas vexatórias. Se agindo de má-fé, as penas impostas seriam muito mais severas, podendo ser submetido ao “pelourinho”. Outrossim, importante destacar que tal penalização nada tinha a ver com o débito em si, mas com a fraude empregada pelo devedor.

1.2.3 Direito Moderno e Contemporâneo

Seguindo a evolução do direito falimentar, Fazzio Junior (2015, p. 9), ao tratar da idade moderna, discorre que:

Na idade moderna surgiu o Estado como entidade política jurídica, com sensível interferência na disciplina das relações de crédito, inclusive na regência dos casos de insolvência. Os Estados nacionais arrogaram-se a exclusividade da imposição de sanções e judicializaram o deslinde de situações jurídicas criadas pela insatisfação obrigacional. A liquidação do patrimônio do devedor passou a ser assegurada pelos organismos judiciais encarregados de aplicar a lei.

De acordo com Fazzio Junior, em outra obra (2011, p. 575):

No século XVII, as Ordenações Filipinas trataram das quebras dos mercadores, e o Alvará Real de 1756, em Lisboa, estabeleceu um processo peculiar para os negociantes falidos. No direito francês, o Código Savary (1673) disciplinou o regime de insolvência sem particularizar os comerciantes, especificidade que só aconteceu na primeira década do século XIX, com a cisão legislativa do direito privado empresarial, por meio dos códigos de Napoleão Bonaparte, o civil e o comercial. (grifo nosso)

Ao discorrer acerca do Alvará Real, o autor ensina que o texto do Alvará de 1756 era uma adaptação ampliada do livro V, título 66 das Ordenações Filipinas, sendo que o comerciante insolvente deveria explicar-se perante a Junta de Comércio “jurando a verdadeira causa da falência, em que se achar, pelas perdas ou empates, totais ou parciais, que houver padecido (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 9).

Já Almeida (2010, p. 7) ao discorrer sobre o Código Comercial Francês, também chamado de *Code de Commerce*, de 1807, traz que na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constitui-se em inegável evolução do instituto, restrito, na legislação francesa, ao devedor comerciante.

Ainda, o autor expõe que gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social (ALMEIDA, 2010, p. 7).

Desta forma, o direito concursal ingressou na Idade Contemporânea como liquidação do ativo do devedor comerciante insolvente, sob a égide do Poder Judiciário, tal como se apresenta no direito brasileiro da Lei de Falência e Concordatas (LFC), concebido em meados do século passado (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 10).

Entretanto, no tocante à valoração das concordatas na primeira metade do século XX, Fazzio Junior (2015, p. 10) ensina:

A primeira metade do século XX, marcada por duas guerras mundiais, graves crises industriais e conhecidos desastres financeiros, viveu a fase de valorização das concordatas como expedientes preventivos ou suspensivos do estado de liquidação. Com flagrante favorecimento dos credores majoritários, as leis de suspensão de pagamentos consagravam o entendimento segundo o qual o empresário honesto e infeliz nos negócios deveria desfrutar do favor legal, jurisdicionalmente obtido, das concordatas dilatórias e remissórias. Esse estágio, já se mostrava bem evidente que a primitiva característica liquidatária do regime de insolvência precisava ser contornada.

Tendo em vista tais favorecimentos aos credores em detrimento àqueles empresários de boa-fé, infelizes em seus negócios, o Estado teve de intervir para sanar a injustiça sofrida pelos devedores. Nesse sentido, ensina a doutrina de Fazzio Junior (2015, p. 10), conforme abaixo:

Certamente, a insuficiência desse meio de solução conduziu rapidamente à necessidade de superar o caráter de conflito particular inerente às falências e concordatas, pela presença mais efetiva do Estado nas crises econômicas das empresas, diante da nefasta repercussão sobre as empresas públicas, sociedades estatais e instituições financeiras. Também, assim, ganhou realce o lado social da empresa, como ingrediente forçoso do mecanismo regente da insolvência.

Com as evoluções e inovações acima citadas, chegamos ao ponto em que se pode equiparar à Lei Falimentar Brasileira atual, uma vez que presente o interesse da manutenção das empresas pelo maior tempo possível, levando-se em conta o importante papel social carregado por ela.

Entretanto, ainda se faz necessário um breve estudo acerca da evolução falimentar no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua independência, em 1822.

1.2.4 No Brasil Independente

No Brasil, após a independência de Portugal, Almeida (2010, p 8) discorre que proclamada a independência do Brasil, por longos anos vigeram entre nós as leis portuguesas, sobrevivendo em 1850 o Código Comercial Brasileiro, que, na sua Parte Terceira, cuidava “Das quebras”, disciplinando-as nos arts. 797 a 911, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850.

Desde sua independência, ou seja, durante todo período republicano, o Brasil foi marcado por uma intensa elaboração legislativa, tendo, em 1890, a legislação supra sido inteiramente derogada pelo Decreto n. 917, de 24 de novembro de 1890 (ALMEIDA, 2010, p. 8).

Negrão (2012, p. 41), ao comentar o Decreto 917, traz que:

Apesar de introduzir meios preventivos à decretação da falência, como a concordata preventiva, a moratória, a cessão de bens e o acordo extrajudicial, a legislação não teve grandes méritos: “A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego dos meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o afastamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiraram, concorreram para o descrédito do Decreto n. 917”.

Sendo impotente para coibir abusos e fraudes, seguiu-se a Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, substituída em 1908 pela Lei n. 2.024, que por vinte anos viveu entre nós, “marcando época na legislação mercantil brasileira”, como disse Waldemar Ferreira (ALMEIDA, 2010, p. 8).

Sobre a Lei nº 2.204/1908, que teve enorme importância para o ordenamento jurídico falimentar brasileiro, Oliveira (p. 6) ensina:

Proveniente dos pensamentos e estudos de Carvalho de Mendonça, sem questionamento nenhum, foi de grande importância para o desenvolvimento do Direito Falimentar brasileiro. Feliz ao ter sido elaborada, em todos os seus preceitos, permaneceu por muito tempo sendo a Lei da República, para disciplinar a falência. Buscava uma verificação e uma classificação do crédito, deixando de lado a fraude, as tramas, a má-fé e as sutilezas capciosas. Infelizmente não atingiu os objetivos para os quais foram plantadas as suas sementes de mudança, realidade favorecida pela existência de um Poder Judiciário pouco enérgico e ilustrado.

A Lei nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, sem grande expressão jurídica, foi promulgada apenas para correção e revisão de alguns pontos da Legislação que a antecedeu (OLIVEIRA, p. 6), tendo a Lei nº 2.024 continuado em vigor. Entretanto, revogada em 21 de junho de 1945, com a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661, que com inúmeras alterações permaneceu em vigor, até quando foi promulgada a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (ALMEIDA, 2010, p. 9).

Chegado o ponto da transição da antiga Lei de Falência (Decreto-Lei nº 7.661/45) para a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa (Lei 11.101/05), é de suma

importância um estudo acerca desta transição, uma vez que a Legislação de 2005 inovou o Direito Falimentar Brasileiro.

1.3 Da Transição Do Decreto-Lei 7.661/45 Para a Lei 11.101/05

O ordenamento jurídico brasileiro, em suas antigas leis falimentares, estava em franca dissonância com o moderno perfil da empresa e as características da economia globalizada. Tinha como alvo não a atividade econômica organizada, mas a pessoa do empresário paciente das concordatas e da falência (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p.1).

A doutrina de Burgarelli (2010, p. 17), em introdução ao instituto da falência, ensina:

Antecedeu à vigência da atual lei de falência (Lei nº 11.101, de 9-2-2005) o Dec.-lei nº 7.661/1945. Pelas datas dos referidos diplomas legais constata-se que o conjunto normativo anterior, de 1945, é decreto-lei, portanto decorrente de poder legislativo do Poder Executivo. Está certo, porquanto foi editado durante o período centralizador da ditadura Vargas e, como não podia deixar de ser, contém regras centralizadoras, isto é, regras concentradas nos órgãos do Poder Judiciário (juiz e tribunais).

Ainda, pela Lei nº 7.661 de 21 de Junho de 1945 (antiga Lei de Falências) o comerciante devedor, cuja dívida fosse representada por um título passível de execução e não pago no seu vencimento, era considerado falido (MAZZAFERA, 2007, p. 230).

Assim, o artigo 1º da antiga Lei de Falência trazia que se consideraria falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no seu vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

Como o próprio texto legal claramente dizia, bastava que o comerciante devedor deixasse de efetuar o pagamento de obrigação líquida em seu vencimento para ser considerado falido. Entretanto, tal obrigação deveria ter poder para legitimar ação executiva. Desta forma, observa-se que a antiga Lei favorecia os credores, não dando importância aos empregos que a empresa devedora gerava, os impostos que recolhiam.

Comentando o favorecimento dado aos credores pelo Decreto-Lei 7.661/45, a doutrina de Fazzio Junior (2015, p. 1) ensina que:

O Decreto-lei nº 7.661/45, produzido logo após a guerra mundial concluída em 1945, concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada que refletia as coordenadas da ordem capitalista instaurada, em 1944, a partir da Conferência de Bretton Woods. Concebia o crédito como, simplesmente, mais uma espécie de relação obrigacional, desconsiderava a repercussão da insolvência no

mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo do devedor.

Por meio de uma sistemática processual que prestigiava a morosidade e condenava ao relento os créditos não públicos, e enfatizando o componente punitivo do concurso coletivo, a LFC (Lei de Falências e Concordatas) já não dava conta dos intrincados problemas diuturnamente gerados pelos processos de concordata e de falência, cada vez mais complexos, burocratizados e inócuos. (grifo nosso)

Durante os longos anos em que vigorou o Dec.-lei nº 7.661/45, muitas alterações legislativas foram introduzidas no sistema, por causa do desenvolvimento do mundo dos negócios, do desenvolvimento tecnológico e até mesmo do fenômeno econômico conhecido por neoliberalismo ou globalização (BURGARELLI, 2010, p. 18).

Em complemento às mudanças citadas acima, Fazzio Júnior (2015, p. 2) diz que:

Isso é particularmente ostensivo na eclosão de diversos institutos contratuais, no advento de novas formas de garantias, no desprestígio da personificação jurídica, na desvinculação entre propriedade e gestão empresariais e na visceral mudança do papel da empresa na sociedade. A LFC não oferecia soluções compatíveis com o mercado, com a moderna compreensão do crédito, com a intervenção estatal na economia privada e com o fenômeno polimorfo da empresa.

Deixando claro seu descontentamento com a antiga Lei de Falência, Fazzio Junior (2015, p. 2), explica que referida legislação visava somente o comerciante singular e às frágeis sociedades empresárias da economia simples, tendo enfoque preferencialmente protectivo do crédito público e dos interesses dos credores insatisfeitos, expondo um processo falimentar inconsequente e uma concordata sem horizontes, perdida entre propostas preventivas irreais e indutoras do estágio mercantil terminal. Menciona as sanções, os critérios determinativos da quebra, os procedimentos liquidatórios que, segundo ele, “tudo, na LFC, cheirava a mofo da nostalgia econômica e do inútil jurídico”.

Além disso, na vigência da antiga Lei de Falência, era muito difícil a recuperação de um empresário, o que ocasionava o fechamento das empresas e, conseqüentemente, levava à queda do número de empregos, da arrecadação, à perda do cliente pelo fornecedor de mercadorias e afinal, toda a sociedade perdia com a ocorrência da falência (MAZZAFERA, 2007, p. 230).

Nesse cenário, vem a Lei de Recuperação de Empresas e dilata esses tímidos e frustrados horizontes, consagrando justificável preferência por outras estratégias legais predispostas a assegurar sobrevivida útil às empresas viáveis em crise econômico-financeira (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 2).

Entretanto, durante a transição dos dois textos legais, em algumas situações, foi necessário um tratamento peculiar, no sentido de obter um perfeito enquadramento das conjunturas socioeconômicas no âmbito dos novos parâmetros normativos (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 578).

Com isso, o autor passa a fazer uma análise de alguns casos em que haveria a discussão de qual texto legal aplicar, citando como exemplo um processo de falência em andamento, na data da vigência da LRE, não será possível a obtenção de concordata suspensiva, porque esta não existe mais, como alternativa legal à falência em curso. Já na sistemática da LRE, a recuperação judicial só é cabível como procedimento preventivo da falência (FAZZIO JUNIOR, 2011, p. 579).

Ao entrar em vigor, a Lei 11.101/05 trouxe, em seu artigo 1º, que esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Com a radical mudança trazida pelo artigo 1º supra, a LRE traz como divisa a reestruturação empresarial como meio de proporcionar maiores possibilidades de satisfazer aos credores, minimizar o desemprego, fortalecer e facilitar o crédito e, em consequência, poupar o mercado dos reflexos perversos da insuficiência dos agentes econômicos (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 2/3).

O autor Fazzio Junior (2015, p. 3), ao comentar o advento da LRE, traz que:

É natural que a LRE contenha imprecisões, interrogações e, provavelmente, nem sempre ofereça as melhores alternativas para vários problemas oriundos das crises financeiras que, hoje, assolam as empresas brasileiras. Também, não devem causar perplexidade as resistências iniciais do empresariado mais conservador, em face das mudanças que o novo sistema concursal sugere. Toda alteração no universo jurídico, sobretudo no ultra-sensível segmento econômico, representa a negação da ordem anterior e impõe a premência de se adotarem novas estratégias, novas praxes que induzem nova mentalidade. Como é impossível ajustar, sem rupturas, ordens econômicas diferentes e, portanto, ordens jurídicas diversas, as diretrizes da LRE compelem juristas e outros profissionais da área empresarial a repensar a insolvência como incidente e não apenas como exício da empresa, bem como a considerar as vantagens da simplificação procedimental nos processos liquidatórios.

Desta forma, nota-se que, com o advento da Nova Lei de Falências, Lei nº 11.101/05, ao contrário do que pregava a antiga Lei, Decreto-Lei nº 7.661/45, o legislador buscou preservar a empresa o máximo possível, destacando seu caráter social, pois, com isso, a empresa continua empregando, pagando seus impostos, ou seja, “movimentando a economia do país”.

1.4 Direito Falimentar Comparado

Antes de adentrarmos no Direito Falimentar da Lei 11.101/05, é de suma importância comparar a matéria falimentar brasileira com outros ordenamentos jurídicos, vez que muitos destes serviram de inspiração para a LRE. Desta forma, Fazzio Júnior (2015, p. 11) traz que:

Em 1867, nos Estados Unidos, surgiu o primeiro procedimento de recuperação empresarial, a chamada Lei de Companhias Ferroviárias, que trouxe dispositivos legais preventivos da liquidação das empresas ferroviárias, mediante esquemas definidos de reorganização e composição de débitos. Em 1898, esse procedimento ampliou-se para atingir outras pessoas jurídicas, por meio do Bankruptcy Act, depois aprimorado, em 1938, pelo Chandler Act, no Edwards Act (1978) e, enfim, consolidados no Bankruptcy Code, cuja última reforma ocorreu em 1994.

Em complemento, Coelho (2013, p. 159), ensina que:

Nos Estados Unidos, o Capítulo 11 do Bankruptcy Code, cujas raízes se encontram na crise do setor ferroviário da segunda metade do século XIX, preocupa-se com a criação de um cenário propício às negociações entre interessados. Soluções como a conversão total ou parcial de crédito em capital da devedora, que tornam os credores sócios, e outras são objeto de um plano de reorganização geralmente fruto de acordo entre os envolvidos. O poder Judiciário costuma intervir apenas para garantir o tratamento justo e equitativo entre as diversas classes dos credores.

Já no Japão, a metamorfose do direito concursal começou com a lei de reorganização das sociedades por ações, em 1952, hoje substituída pela Lei nº 72/1992, marcadamente recuperatória (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 11).

Nesse sentido, os mecanismos de recuperação voltados exclusivamente às pequenas e médias empresas são mais comumente empregados que os destinados às grandes (COELHO, 2013, p. 159).

No direito francês, a legislação procurava criar meios para prevenir a crise, assim ensina Coelho (2013, p. 158):

Em França, desde meados dos anos 1980, procuram-se criar mecanismos que previnam a crise. Estabelece a lei procedimentos de alerta, em alguns casos facultando, e em outros, determinando a certas pessoas (tais como contador, comitê dos empregados, sócio minoritário, o presidente do Tribunal do Comércio etc.) que, em antevendo dificuldades para uma empresa, adotem providências tendentes a evitar a ocorrência ou agravamento da crise. Em função desses alertas, pode-se abrir um processo judicial de recuperação (redressement). Nele, a empresa fica em observação durante um período em que é levantado seu balanço econômico e social, instrumento que norteará a elaboração do plano de reorganização. O sistema não é inteiramente satisfatório e tem sido constantemente revisto.

Complementando os ensinamentos acima, Fazzio Junior (2015, p. 11) assevera que:

Na França, a Lei nº 84/148, de 1984, reguladora da prevenção e composição amigável das dificuldades das empresas, foi seguida pela lei de redressement et liquidation judiciaires, de 1985, ambas dirigidas ao saneamento e reorganização das empresas em crise. A recente Lei nº 94-475/94 reforça os meios preventivos da insolvência, simplifica os procedimentos, moraliza os planos de recuperação e traz medidas mais eficazes no sentido de assegurar os direitos dos credores.

O Direito Falimentar Italiano, com característica de salvaguardar a empresa, atribuída pela Lei nº 223, de 1991, teve, como complemento, o Decreto legislativo nº 270, de 1999, regulamentando a administração extraordinária das grandes empresas (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 12). Entretanto, tal característica é bastante criticada pela doutrina, por não ter conseguido impedir muitas falências, vez que o instituto ligado à recuperação da empresa é a administração extraordinária, em que a gestão e reorganização da atividade econômica são orientadas e fiscalizadas por um comissário nomeado pelo juiz (COELHO, 2013, p. 158).

Com o intuito de satisfação dos credores por meio da conservação da empresa administrada por devedores honestos, introduziu-se na Alemanha a Insolvenzordnung, de 1999 (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 12).

Melhor explicando, Coelho (2013, p. 158/159) ensina que:

Na Alemanha, a lei admite que o insolvente ou administrador judicial apresente, no processo de insolvência instaurado, um plano para solução das obrigações, que pode compreender ou pressupor a reorganização da empresa. Cuida a lei também da hipótese de continuação do negócio do insolvente, enquanto tramita a insolvência e os credores apreiam o plano. As medidas de reorganização do direito alemão claramente não têm natureza preventiva, posto que pressupõem a quebra da empresa.

Na Espanha, conforme ensina Fazzio Junior (2015, p. 12), a Lei nº 22, de 9 de julho de 2003, além de superar a diversidade de instituições concursais para comerciantes e não comerciantes, flexibiliza o procedimento calcado na insolvência e institui o convênio entre credores e o devedor.

Por fim, ao chegar no Brasil, Coelho (2013, p. 159/160) traz que:

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico financeira e

patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

Desta forma, cada direito procura seus próprios caminhos no emaranhado da difícil questão da recuperação das empresas em crise, sendo que, com a vultuosa quantidade de respostas dadas, parece que ninguém tem a solução para o problema (COELHO, 2013, p. 159).

Ao citar Fazzio Junior, Da Silva (2015, p. 14) conclui, portanto, que os ordenamentos da maioria dos países, visam a satisfação do direito dos credores por meio da recuperação da empresa devedora, e o instituto da falência, será direcionado somente nos empreendimentos que não for possível a recuperação

1.5 Direito Falimentar Brasileiro sob análise da Lei 11.101/2005

Nas palavras de Burgarelli (2010, p. 17) temos que a atual lei da falência foi estruturada com forte carga dos princípios constitucionais de 1988, sob a ótica oposta à ótica centralizadora do Poder Executivo, visto como prevalecem os princípios da função social das instituições consagradas na Carta Magna de 1988, uma vez que, acompanhando a evolução humana, os textos legais vêm ficando cada vez mais voltados ao bem-estar e aos benefícios propiciados à sociedade em geral, deixando de lado “o interesse de uma minoria”.

Desta forma, a garantia dos credores é o patrimônio do devedor. No estágio evolutivo das relações sociais do início do século XXI, não admitimos mais a escravidão do devedor inadimplente, como em outros tempos da civilização ocidental (COELHO, 2013, p. 260).

Entretanto, por ser o patrimônio do empresário a única garantia do credor, deve-se atentar para os casos em que tal patrimônio é inferior à dívida. Nesse sentido, Coelho (2012, p. 304) defende que quando o patrimônio do devedor empresário for inferior à totalidade de suas dívidas, ou seja, quando o empresário deve mais do que possui, desaparece a regra da execução individual, pois esta torna-se injusta, uma vez que aquele credor que se antecipasse na propositura da execução possivelmente receberia a totalidade de seu crédito, enquanto os que demorassem muito provavelmente não receberiam nada

Para Ulhoa (2012, p. 221), a falência é, assim, o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade limitada ou anônima, desde que preenchidos concomitante três requisitos para tanto, sendo eles: a qualidade de empresário do devedor (conforme art. 1º

da Lei 11.101/05); demonstrar a insolvência jurídica e não insolvência econômica; ser decretada a falência por sentença.

Já Almeida (2010, p. 17), a falência pode ser vista sob dois ângulos absolutamente distinto, sendo eles: a) econômico, que traduz um estado patrimonial, patenteado, sendo a condição daquele que, havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição, para a execução da contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação; b) jurídico, dispondo que falência é um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente.

Ainda, Almeida (2011, p. 9), ao comentar a nova lei falimentar, ensina que:

A nova legislação falimentar traz sensíveis inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, como enfatiza o art. 47 da lei nominada.

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 vem oferecer uma nova perspectiva ao comerciante em dificuldade através da Recuperação Extrajudicial, Judicial e afinal regula a Falência do Empresário e da Sociedade Empresarial, extinguindo-se assim o instituto da falência (MAZZAFERA, 2007, p. 231).

Sobre as mencionadas alternativas, a doutrina de Fazzio Junior (2015, p. 107/108) assevera:

A LRE disciplina as recuperações e a falência, com nítida preferência pela primeira opção. Da leitura de seus dispositivos conclui-se que a falência só deve ser adotada como última possibilidade de deslinde das relações obrigacionais credores/devedor. Sobre as recuperações, a LRE deixa abertos dois caminhos para o devedor: a recuperação extrajudicial, posteriormente homologada pelo juiz; e a recuperação judicial. Em ambas, é decisiva a intervenção da coletividade de credores, não apenas concordando ou discordando, mas também revendo propostas e sugerindo alternativas. Estabelece-se com isso um processo dialético, sempre iniciado pelo devedor, mas que, em face de planos alternativos propostos pelos credores, se vê na contingência de acolher ou não tais propostas. Essa reciprocidade de propostas e respostas, autêntico contraditório, pode levar à anelada composição para a recuperação, a tentativas judiciais de conciliação ou, em último caso, à decretação da falência.

As duas espécies de recuperação aventadas pela LRE têm por finalidade não o mero prolongamento de dívidas, mas a remoção das causas da crise econômico-financeira da empresa, para que possa resolver satisfatoriamente seus débitos, sem que isso implique sua desaparecimento.

Em complemento, Coelho (2013, p. 263) diz que as recuperações judiciais e extrajudiciais são medidas que possibilitam ao devedor empresário a chance de se reorganizar para cumprir, em parte que seja, suas obrigações. Sendo assim, todos os credores serão submetidos ao plano aprovado pela maioria, seja ele judicial, ou extrajudicial mediante homologação judicial.

Contudo, não basta a reunião de credores e homologação, o plano de recuperação empresarial é mais complexo, conforme traz a doutrina de Fazzio Junior (2015, p. 108):

Numa visão superficial, as recuperações não se limitam ao desenvolvimento singelo de um expediente para repactuação de dívidas. Envolvem necessariamente um diagnóstico da situação financeira e administrativa da empresa. É certo que as recuperações não deixam de perseguir a apuração do passivo e seu pagamento. Fundam-se na viabilidade da empresa e na salvaguarda de seus elementos constitutivos, bem como de sua relevância socioeconômica para a comunidade. Na LRE, optou-se por regime alternativo preventivo da falência: o procedimento judicial e o procedimento negocial. Em outras palavras, a concordata foi substituída pela recuperação judicial, enquanto, paralelamente, foi restaurada a chamada “concordata branca” ou “concordata amigável”, isto é, a recuperação extrajudicial.

Importante, ainda, destacar o trabalho de Bezerra Filho (2015, p. 201) ao distinguir a aplicação da recuperação empresarial e da falência observado os tipos de crise:

Em situação de crise financeira (ausência de dinheiro) e de crise econômica insolúvel (impossibilidade de manter um giro empresarial lucrativo), o devedor vai para a falência. Ao contrário, se estiver em situação de crise financeira e não estiver em situação de crise econômica insolúvel, não irá para a falência e sim para a recuperação judicial ou extrajudicial. Estando em situação de crise financeira, não tendo dinheiro para pagar as dívidas vencidas e que vão se vencendo, poderá ir para a falência, nos mesmos termos do exemplo acima. No entanto (e aí surge a diferença que deflui da crise econômica insolúvel), se chegou a essa situação por outras razões que não a ausência de movimento lucrativo, poderá recuperar-se.

Desta forma, faz-se necessário o estudo mais detalhado dos tipos de crise, e como resolver cada um deles, sendo objeto de estudo no segundo capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO 2. DA CRISE E DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA

Neste capítulo, iniciando-se pelos três principais tipos de crises trazidos pela doutrina, quais sejam, patrimonial, econômica e financeira, será exposto o direito falimentar brasileiro, demonstrando as alternativas de uma empresa em crise, abordando exclusivamente o instituto da falência.

O artigo 97 da Lei nº 11.101/05 delimita quem pode ser parte legítima para o requerimento da falência de um empresário. Outrossim, deve-se analisar qual o tipo de requerimento será feito, uma vez que o artigo 94 da referida lei traz, em seus três incisos, procedimentos distintos para o processo falimentar.

Destarte, seguirão procedimentos distintos em seu requerimento, explicando cada procedimento ao longo deste segundo capítulo, bem como quais alternativas são disponíveis ao empresário devedor após sua citação do processo de falência.

Porém, após a prolação da sentença declaratória, todos os procedimentos passam a ser processados da mesma forma, seguindo os mesmos caminhos, sofrendo os efeitos da decretação de falência, o procedimento de arrecadação dos bens do devedor, habilitação de créditos do devedor, pagamento de credores, bem como o encerramento da falência e extinção das obrigações do falido.

2.1 Da Crise: Patrimonial, Econômica e Financeira

Não é incomum que uma empresa atravesse vários tipos de crise, uma vez que uma desencadeia a outra, mas a complexidade da economia e das relações jurídicas do nosso tempo tem gerado, cada vez mais, situações em que se manifesta uma dessas crises (COELHO, 2013, p. 56).

Nas palavras de Tomazette (2016, p. 01):

A atividade empresarial, como um todo, gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, em suma, nas exigências que a atividade impõe no dia a dia⁴. Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento.

⁴ Marlon Tomazette citando a obra Recuperação de empresas (São Paulo: IOB, 2006, p. 70) de Eduardo Goulart Pimenta

As consequências que tais crises podem ter nos interesses do empresário, dos empregados, do fisco, da comunidade e dos credores geram um certo grau de preocupação, ensejando inclusive a existência de normas específicas sobre a empresa em crise.

Levando-se em conta os objetivos da Lei 11.101/05, para se identificar qual atitude ser tomada em uma empresa em crise, seja para pedido de recuperação, seja para a falência, é importante saber qual mal acomete a empresa, desta forma, quando se diz que a empresa está em crise, isso pode significar coisas diferentes, sendo necessário distinguir entre crise econômica, financeira e patrimonial, para um melhor estudo (COELHO, 2012, p. 211).

Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária (COELHO, 2013, p. 56). Em outras palavras, a atividade tem rendimentos menores do que seus custos, isto é, trabalha no prejuízo (TOMAZETTE, 2016, p. 03).

Um exemplo que se pode citar acerca da crise econômica é quando os consumidores, por atraso da tecnologia da empresa, ou até pela concorrência, não mais adquirem igual quantidade de produtos ou serviços, ficando o empresário diante da queda nas vendas, o que, conseqüentemente, diminui seu faturamento.

A princípio, a crise econômica só interessa ao empresário, entretanto, seus desdobramentos podem gerar outras crises que afetam outros sujeitos. Assim sendo, a princípio, tal crise não ensejaria, por si só, respostas do Estado ou do mercado, contudo, seus desdobramentos são preocupantes e, por isso, o mercado e nosso ordenamento jurídico já oferecem respostas a essa crise (TOMAZETTE, 2016, p. 03).

Desta feita, nas palavras de Coelho (2013, p. 56/57):

O diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

A crise financeira é a constante da incapacidade de a empresa fazer frente às próprias dívidas, com os recursos financeiros à disposição. Trata-se de uma crise de liquidez, que inviabiliza o pagamento dos compromissos do dia a dia (TOMAZETTE, 2016, p. 03).

Neste tipo de crise, as vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira

e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas (COELHO, 2013, p. 57).

A crise financeira pode, outrossim, ocorrer devido à má administração da empresa, mau investimento realizado pelos sócios, ou desvio de verbas, sendo que seus problemas são exteriorizados através da impontualidade e inadimplência.

Conforme se extrai da doutrina de Tomazette (2016, p. 03), tal crise já é mais preocupante, na medida em que a empresa em crise financeira tem dificuldade de manter os contratos com fornecedores e com o sistema de crédito, atingindo terceiros que circundam a atividade. Tal crise é a que gera mais preocupação no âmbito do direito empresarial, tendo em vista que a tutela do crédito é a justificação fundamental desse ramo do direito.

Entretanto, a sociedade empresária pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo (COELHO, 2013, p. 57).

Por fim, há a crise patrimonial que, segundo Coelho (2013, p. 57), é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, ou seja, a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas.

Tal crise não é necessariamente prejudicial, uma vez que pode decorrer de grandes investimentos realizados para expansão de um parque industrial, cujos resultados podem ser mais que suficientes para restabelecer o equilíbrio patrimonial (TOMAZETTE, 2016, p. 04).

Entretanto, por mais que seja passageira, ainda está a se falar de um tipo de crise na empresa, razão pela qual pode gerar algumas preocupações, na medida em que pode aumentar o risco de crédito (TOMAZETTE, 2016, p. 04).

As crises, quando instauradas nas sociedades empresárias, são extremamente perniciosas a estas, podendo atingir inúmeras pessoas, assim como bem assevera a doutrina de Coelho (2013, p. 58):

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregam 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 trabalhos, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralização 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.

Para solucionar as crises econômica, financeira e patrimonial implantadas nas empresas, o Estado é responsável por criar mecanismos visando evitar que a empresa “feche as portas” e, conseqüentemente, prejudique seus credores e funcionários.

Desta forma, Tomazette (2016, p. 05/06) ensina que:

Para superar as crises pelas quais passa a empresa, o ordenamento jurídico brasileiro fornece duas soluções gerais: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. Em ambas as soluções gerais, há a atuação do Poder Judiciário, não como sujeito responsável pela reestruturação da atividade, mas como um sujeito que vai acompanhar a aplicação dos procedimentos legalmente previstos.

A recuperação judicial, por definição legal, tem por objetivo “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (...)

A recuperação extrajudicial também tem o mesmo objetivo, mas atua de forma distinta, com menor intervenção do aparato jurisdicional. Aqui não existe uma regulamentação tão detalhada, dando-se uma margem de liberdade maior para o empresário e os sujeitos interessados na solução dessa crise (...)

Ocorre que nem todas as empresas atingidas pela crise podem ser recuperadas por meio dos institutos supramencionados, sendo inviável sua manutenção. Neste caso, Tomazette (2016, p. 07), ensina que não há outro caminho a não ser o da liquidação patrimonial, porquanto, se tal liquidação não ocorrer, a manutenção de uma empresa inviável no mercado pode gerar prejuízos ainda maiores.

O autor explica que há duas maneiras de realizar a liquidação patrimonial. A primeira, chamada de liquidação patrimonial total ordinária, pode ocorrer por iniciativa do próprio empresário ou dos sócios da sociedade empresária.

Ocorre que a liquidação ordinária é, muitas vezes, evitada pelo empresário, sendo necessário, assim, a aplicação da segunda forma de liquidação patrimonial, que é a realização da liquidação forçada, imposta pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo.

Acerca da liquidação forçada, Tomazette (2016, p. 07) expõe que:

A forma padrão para a liquidação patrimonial forçada é a falência, que representa, em última análise, um processo de execução coletiva contra o devedor empresário. A falência, “ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (Lei nº 11.101/2005 – art. 75).

Desta feita, uma vez que, para evitar os prejuízos causados ao mercado por uma empresa considerada inviável, a falência é considerada o meio padrão e mais adequado para a

liquidação patrimonial forçada, passa-se a fazer o estudo, de maneira mais detalhada, acerca do instituto da falência.

2.2 Conceito e Caracterização da Falência

Prevista no artigo 75 da Lei nº 11.101/05, a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Em complemento, o parágrafo único do referido texto legal traz que o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

Nas palavras de Ramos (2010, p. 516), após a leitura do texto legal supra, é possível destacar dois importantes princípios do Direito Falimentar moderno: (i) o princípio da preservação da empresa e (ii) o princípio da maximização dos ativos.

Destarte, nota-se que a decretação da falência do empresário não acarreta, necessariamente, o fim da atividade empresarial que ele exercia. Essa atividade pode continuar sob a responsabilidade de outro empresário, caso ocorra, por exemplo, a venda do estabelecimento empresarial (RAMOS, 2010, p. 516/517).

Já em relação ao parágrafo único do artigo 75 supra, a doutrina ensina que:

Por fim, registre-se também que o artigo em análise, em seu parágrafo único, ainda prevê que o “processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”. Com efeito, quanto mais rápido o processo falimentar se desenvolver, melhor será para todos, haja vista que o tempo, nesse caso, só contribui para a desvalorização e a deterioração dos ativos do devedor e para o atraso no pagamento dos credores. (RAMOS, 2010, p. 517).

A falência é, assim, o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima. (COELHO, 2013, p. 262/263)

Almeida (2010, p. 17), ensina que a falência, seguindo o ponto de vista jurídico, é um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente. Desta forma, a falência é o processo de execução coletiva por congregação de todos os credores, por força da *vis attractiva* do juízo falimentar. Verdadeiro litisconsórcio ativo necessário, ou seja, elo que reúne diversos litigantes em um só processo, ligados por comunhão de interesses.

Ainda sobre o conceito de falência, a doutrina de Tomazette (2016, p. 276) esclarece:

(...) vê-se a ideia fundamental da falência como um processo de execução coletiva contra o devedor empresário. Em outras palavras, a falência é o procedimento visando à liquidação do patrimônio do devedor, para satisfação dos credores de acordo com uma ordem legal de preferência, para evitar maiores prejuízos na condução da atividade pelo devedor. Dentro dessa concepção, podemos visualizar a falência como um processo de execução, na medida em que ela representará a atuação jurisdicional para liquidação forçada do patrimônio do devedor empresário. Diz-se que a falência é uma execução porque ela não tem por objetivo a superação de qualquer crise do devedor, mas o pagamento dos credores (...)

Ao citar Ramos, Da Silva (2015, p. 19), discorre que, para que não gere injustiça por conta da execução individual, em face do devedor que já se encontra em estado de insolvência, o nosso ordenamento oferece e disciplina a execução concursal.

Ainda segundo a doutrina, a falência funda-se, precisamente, na inviabilidade do agente econômico, preocupando-se com a sorte dos credores e sua participação proporcional na concorrência sobre os bens liquidados. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 194)

A inviabilidade de um agente econômico é atestada a partir da insolvência jurídica do empresário, sendo tal insolvência revelada pela impontualidade no pagamento de obrigação líquida, ou por atos inequívocos que denunciem manifesto desequilíbrio econômico, patenteando situação financeira ruínosa. (ALMEIDA, 2010, p. 22)

Entretanto, na visão de Fazzio Júnior (2015, p. 194), a insolvência não nasceu jurídica, mas como um fenômeno econômico, razão pela qual não existe identificação plena entre a insolvência econômica e a insolvência jurídica.

Ao contrário da perspectiva econômica, em que a insolvência não está ligada ao ato de cumprir ou descumprir, para o direito, a insolvência está para a incapacidade e para o descumprimento. Desta forma, o devedor pode ter capacidade de pagar, mas se descumprir a obrigação de pagamento, presume-se insolvente (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 194/195).

No mesmo sentido, a insolvência é a condição de quem não pode saldar suas dívidas, ou seja, o devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo. Em outras palavras, significa que a pessoa jurídica deve em proporções maiores do que pode pagar (ALMEIDA, 2010, p. 23).

Conforme estudado acima, para a caracterização do estado de falência do empresário, é necessário que se comprove sua insolvência jurídica, a qual, diferentemente da insolvência econômica, não exige que o empresário esteja em crise. Destarte, segundo o artigo 94 da Lei 11.101/2005, será decretada a falência do devedor que:

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:
 - a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
 - b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
 - c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
 - d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
 - e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
 - f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
 - g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Em breves comentários acerca das hipóteses ensejadoras da falência, tem-se que a hipótese prevista no inciso I supra, caracterizar-se-á pela comprovação da impontualidade injustificada, que se refere à obrigação líquida, representada por título executivo (judicial ou extrajudicial), desde que o valor seja superior a quarenta salários mínimos nacionais.

Já a hipótese pregusta no inciso II se dá quando o empresário, após ser citado em ação de execução, mantém-se inerte, não pagando a dívida, nem indicando bens à penhora. Conforme se verá, a doutrina caracteriza a citação como “o ato veemente de caracterização do devedor em mora”.

Caso não se permita a aplicação dos incisos I e II, deve ser analisado o rol do inciso III, denominado de “práticas de ato de falência”, as quais serão devidamente estudadas posteriormente, uma vez que para cada hipótese ensejadora da falência há um procedimento específico a ser adotado.

Desta forma, para a caracterização da falência, além de se comprovar a insolvência jurídica da empresa, deve-se provar a prática de alguma das hipóteses previstas no artigo 94 da LRF.

2.3 Fases da Falência

Após a caracterização do estado de falência, bem como uma breve introdução às suas hipóteses ensejadoras, porém, anteriormente ao estudo do procedimento do processo de falência, necessário é estudar cada uma das fases do processo falimentar, que, previsto na Lei Complementar nº 11.101/05, por possuir rito próprio, merece especial destaque cada suas três fases, quais sejam, a fase pré-falimentar, a fase falimentar propriamente dita e a fase pós-falimentar. (TOMAZETTE, 2016, p. 278)

A primeira fase, chamada fase pré-falimentar, segundo Tzirulnik (2005, p. 136), é aquela que se inicia com o pedido da falência do devedor e dura até que o juiz pronuncie a sentença declaratória. É nesse período que o empresário devedor pode construir provas para sua defesa, entretanto, é neste mesmo período em que sua vida econômica é amplamente investigada.

Já a doutrina de Tomazette (2016, p. 278/279) ensina que na chamada fase pré-falimentar são verificados os pressupostos para a instauração da falência, ou seja, é analisada a viabilidade da falência ao caso em análise. Tal fase se inicia com o pedido de falência ou eventual pedido de recuperação judicial, findando-se com a sentença.

A partir da sentença declaratória, passa-se à chamada fase falimentar.

A fase falimentar, que se inicia com a sentença declaratória da falência, estende-se até que sejam liquidadas todas as pendências em relação aos credores. Nesta fase também é discutido o comportamento do devedor falido, tanto na esfera empresarial, quanto na esfera criminal. (TZIRULNIK, 2005, p. 136)

Tomazette (2016, p. 279) classifica a fase falimentar como um processo de execução, sendo que nesta fase são tomadas as providências tendentes à apuração do passivo, apuração do ativo, realização do ativo, pagamento dos credores e medidas complementares.

Explicando com maior riqueza de detalhes, o autor ensina que:

Na fase falimentar, serão identificados os credores sujeitos ao processo, por meio do procedimento de verificação de créditos, que é essencialmente o mesmo da recuperação judicial. A única diferença é a eventual intimação do devedor para a juntada da lista de credores, uma vez que nem sempre se encontrará nos autos na fase pré-falimentar. Nesse procedimento de verificação dos créditos serão identificados o credor, a natureza e o valor dos créditos submetidos à falência, resguardando a igualdade entre esses credores. Neste particular, surge a eventual declaração de ineficácia de atos do falido para afastar a eventual desigualdade que foi indevidamente criada entre os credores. (TOMAZETTE, 2016, p. 279)

Vale ressaltar que a simples apuração do ativo não é suficiente para a satisfação dos credores e, por isso, ela é um antecedente à realização do ativo, isto é, a transformação da massa falida em dinheiro para o pagamento dos credores. (TOMAZETTE, 2016, p. 279)

Por fim, depois de encerrada a falência, desde que não tenha havido qualquer condenação civil ou criminal, é o período em que ocorre todo o processo de reabilitação do falido que o deixa de ser. (TZIRULNIK, 2005, p. 137)

Em outras palavras, Tomazette (2016, p. 280) afirma que a fase pós-falimentar abrange, em especial, a inabilitação do devedor para o exercício da atividade empresarial. É também, nesta fase, que o devedor poderá requerer a extinção das suas obrigações pelos fatos previstos nos incisos do artigo 158 da Lei nº 11.101/2005, quais sejam, pagamento de todos os créditos ou o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% dos créditos quirografários, ensejando eventualmente nova atuação jurisdicional.

2.4 Do Procedimento Falimentar à Luz da Lei nº 11.101/2005

Conforme anteriormente citado, o artigo 94 da Lei nº 11.101/05 traz, em seus três incisos, quais hipóteses ensejadoras do pedido de falência do empresário. Com intuito de facilitar a compreensão, realizou-se breve introdução acerca de cada hipótese que, como já dito, possuem procedimentos distintos. Desta forma, vislumbra-se a necessidade de ser estudado qual trâmite processual é mais adequado para cada hipótese.

Antes do aprofundamento em cada uma das hipóteses acima citadas, há de se esclarecer quem possui legitimidade ativa para pugnar pela falência do empresário devedor. Nesse sentido, conforme artigo 97 da Lei nº 11.101/05, 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.

A primeira hipótese, prevista no inciso I do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, determina que o empresário 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.

Ainda, o mesmo artigo 94 supra, em seus três primeiros parágrafos, permite determinam algumas condições para a aplicação do inciso I, quais sejam:

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do **caput** deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

Ao comentar esta primeira hipótese, Coelho (2013, p. 334) ensina que a impontualidade injustificada, característica da falência, deve referir-se à obrigação líquida, entendendo-se assim a representada por título executivo, judicial ou extrajudicial, protestado.

A impontualidade injustificada guarda referência direta com a crise patrimonial, uma vez que, ao lado da realidade patrimonial do empresário, ou seja, de passivo superior ao ativo, estabeleceu-se a presunção *juris tantum* da insolvência pela impontualidade no pagamento. Desta forma, ainda que não ocorra a insolvência patrimonial objetiva, o fato de o empresário deixar de pagar, na data acordada, sem relevante razão de direito, obrigação líquida e materializada, de soma superior a quarenta salários mínimos nacionais, prevalecerá a presunção inicial de insolvência. (BURGARELLI, 2010, p. 159)

Em complemento, a doutrina afirma que:

O título da obrigação líquida, para autorizar o pedido de falência por impontualidade injustificada, além de executivo e protestado, deve atender a mais um requisito que diz respeito ao seu valor. O devedor só pode ter a falência decretada se tiver deixado de cumprir pontualmente obrigação de, pelo menos, 40 salários mínimos. Admite a lei que os credores se reúnam em litisconsórcio ativo para, somando os seus créditos, alcancarem juntos esse patamar. Caso o título ou a soma dos títulos protestados não atinja o montante mínimo legal e não se consiga formar o litisconsórcio, o credor não pode requerer a falência do devedor, mas unicamente mover-lhe execução judicial. (COELHO, 2013, p. 335)

Desta forma, observa-se que o título executivo deve ser protestado, sendo o protesto a prova da impontualidade do empresário. Além disso, o valor da dívida não pode ser inferior a 40 salários mínimos.

A respeito do protesto exigido para o pedido de falência fundado no inciso I do artigo 94, a doutrina de Negrão (2014, p. 24), utilizando de decisões e entendimentos judiciais, explica que:

A respeito do instrumento de protesto, assim proclama a jurisprudência quanto às situações mais comuns: (a) título com sustação de protesto: “impossível, durante o

período de sustação de protesto, o pedido de quebra, porquanto ausente o título autorizador da pretensão” (STJ, 4ª Turma, REsp 251.678-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 4-9-2007, unânime, *BSTJ*, 14/42); (b) formalidades da notificação: “a notificação do protesto, para fins de requerimento de falência, exige a identificação da pessoa que a recebeu, em nome da empresa devedora, de sorte que inviável o pedido de quebra precedido de protesto feito por edital, sem qualquer prova, na dicção do aresto estadual, de que foi, antes, promovida a intimação pessoal de representante da requerida” (STJ, 4ª Turma, REsp 472.801-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21-1-2008, unânime, *BSTJ*, 4/33). Esta última decisão reflete o entendimento consolidado na Súmula 361 do STJ, julgada em 10 de setembro de 2008: “A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu”. No Tribunal de Justiça de São Paulo encontra-se em vigor a Súmula n. 52, explicitando o local de entrega da notificação: “Para a validade do protesto basta a entrega da notificação no estabelecimento do devedor e sua recepção por pessoa identificada”; (c) protesto comum e especial: a Súmula 41 do TJSP consolida o entendimento jurisprudencial, no sentido de que “o protesto comum dispensa o especial para o requerimento de falência”.

Como estudado, para que seja possível o pedido de falência com base no inciso I, deve haver falta de pagamento sem relevante razão de direito. Entretanto, o artigo 96 da Lei nº 11.101/05 especifica algumas hipóteses em que, quando provadas pelo devedor, impedem a decretação da falência. Desta forma:

Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do **caput**, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

I – falsidade de 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 desta Lei;

VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

§ 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

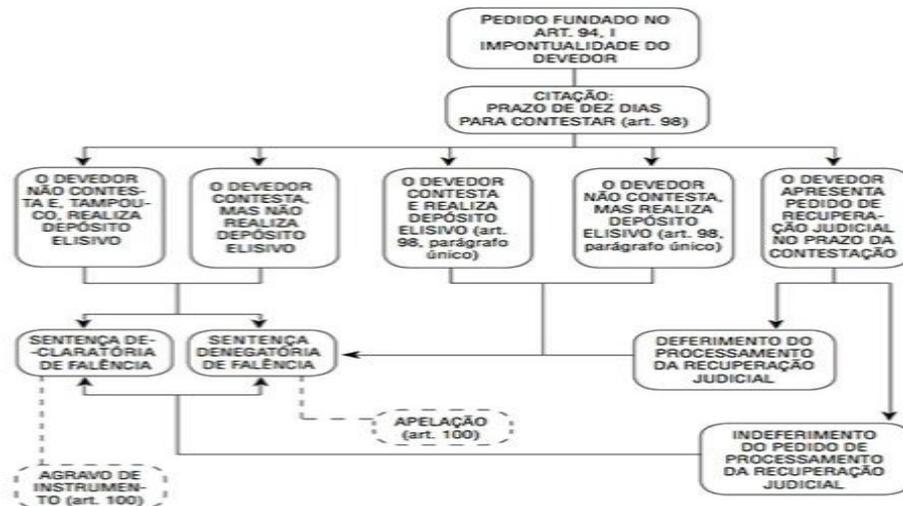
§ 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do **caput** deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

Ora, se o empresário não paga, mas comprova a ocorrência de quaisquer das situações previstas no art. 96 supra, não poderá ser considerado devedor para estes efeitos, pois então estará demonstrando que havia relevante razão de direito para não pagar. A relação prevista pelo art. 96 não deve ser considerada exaustiva, mas sim exemplificativa. Desta

forma, qualquer razão de direito suficiente para desconstruir a dívida pode ser oposta em defesa do devedor. (BEZERRA FILHO, 2015, p. 240)

Para melhor entendimento, Negrão (2014, p. 31) montou um resumo gráfico do procedimento:

Figura 1 – Procedimento do Art. 94, I



Fonte: Negrão

Caso a dívida seja menor de 40 salários mínimos, deve o credor ingressar com uma ação de execução judicial e somente poderá requerer o pedido de falência caso não obtenha êxito na execução. Nesta situação, o disposto no inciso II do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, será o adequado para fundamentação do pedido de falência:

Nessa situação, o empresário que, executado, não paga, não deposita, nem nomeia bens à penhora no prazo legal incorre em execução frustrada, prevista no artigo 94, II, supra, sendo esta a hipótese mais usual dos pedidos de falência. (COELHO, 2013, p. 336)

Se está sendo promovida, contra o empresário, uma execução individual, significa que ele não pagou, no vencimento, obrigação líquida, certa e exigível. Entretanto, se não nomeou bens à penhora, é sinal de que talvez não disponha de meios para garantir a execução. Tais fatos denunciam a insolvabilidade do executado, o que possibilita a decretação da falência. (COELHO, 2013, p. 336/337)

Tratando do tema, Burgarelli (2010, p. 162) afirma que no caso do artigo 94, II da LRF não é necessário o protesto, uma vez que, no processo de execução, o devedor é citado para pagar, entretanto, mantém-se inerte. Desta forma, a citação, no processo de execução, é o ato mais veemente para se constituir o devedor em mora.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, uma vez que o processo de execução foi reformado, passou-se a discutir qual o exato momento em que se configura a “execução frustrada”.

Tratando do tema, Tomazzette (2016, p. 310), ensina que:

Ainda no regime do CPC anterior, Sérgio Campinho, a nosso ver com razão, afirma que a execução frustrada só se configurará no caso de o devedor ser intimado pelo juiz, de ofício ou a requerimento, para nomear bens à penhora e não o fizer no prazo assinalado. O que deve considerar como insolvência é essa omissão do devedor, porquanto a simples recusa do credor dos bens nomeados não é suficiente para a configuração da execução frustrada.

No regime do novo CPC, há a previsão, aplicável tanto ao cumprimento de sentença como à execução de título extrajudicial, da intimação do devedor para nomear bens à penhora (Novo CPC – art. 774, V) como medida final de busca de bens. Se o devedor intimado tiver bens passíveis de penhora, ele deverá indicá-los sob pena de praticar ato atentatório à dignidade da justiça. Nesta situação, a ausência de bens penhoráveis é capaz de representar a incapacidade de efetuar pagamentos, traduzida como presunção de insolvência do devedor.

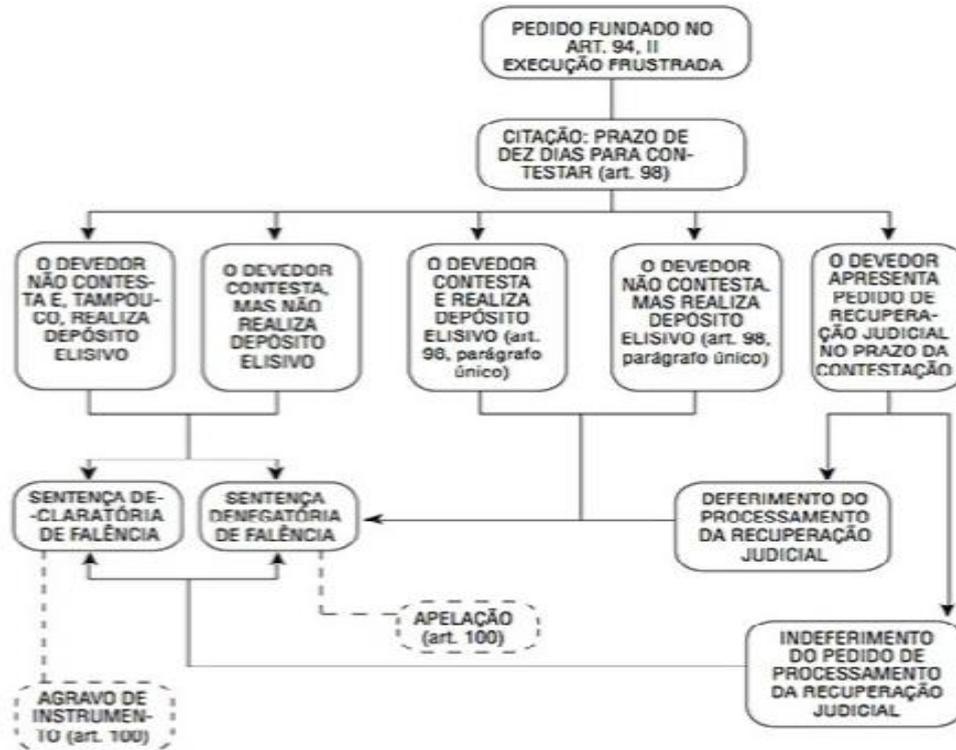
Conforme preceitua o parágrafo segundo do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, na hipótese do inciso II do caput do referido artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

Esta hipótese aplicar-se-á quando o credor opta por requerer a falência em feito distinto daquele em que se deu a execução, ou seja, neste caso será extraída a certidão da execução e será requerida a falência, em pedido distribuído de forma autônoma. (BEZERRA FILHO, 2015, p. 248)

Importante, ainda, destacar a aplicabilidade do disposto no parágrafo segundo do artigo 94 para esta hipótese. Assim, não autorizam o pedido de falência os créditos por obrigação a título gratuito e pelas despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor. Outrossim, também se desconfigura a insolvência se houver a nomeação de bens à penhora, ainda que intempestiva. (TOMAZZETTE, 2016, p. 312)

Sendo assim, Negrão (2014, p. 32), explica o procedimento previsto no artigo 94, inciso II da lei 11.105/2005, conforme “Figura 2” abaixo:

Figura 2 – Procedimento do artigo 94, II



Fonte: Negrão

Por fim, se nenhum dos dois primeiros incisos forem preenchidos, há opção de requerer a falência do empresário com base em prática de atos de falência, fundamentado em rol taxativo previsto nas alíneas do inciso III do artigo 94 da Lei 11.101/05, quais sejam:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Os atos considerados de falência, correspondem a comportamentos praticados pelo empresário que normalmente se encontra em crise econômica, ou seja, com ativo inferior ao passivo. Entretanto, no caso das hipóteses delimitadas pelo inciso III, o empresário pode encontrar-se em situação patrimonial equilibrada, mas expõe-se ao decreto de quebra porque a lei as define como outra forma de insolvência jurídica. (COELHO, 2013, p. 338)

Tratando do tema, Tomazzette (2016, p. 313), ensina que:

Além da impontualidade e da execução frustrada, também pode ser presumida a insolvência da prática dos chamados atos de falência, os quais poderiam ser definidos como sinais exteriores da ruína patrimonial, isto é, sinais exteriores da impossibilidade de pagar suas obrigações. Tais atos não são compatíveis com exercício seguro, duradouro e prudente da atividade empresarial, denotando assim a insolvência do devedor.

Conforme prevê a alínea “a”, comete ato de falência aquele que procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos.

No entendimento de Almeida (2010, p. 76), a liquidação precipitada a que se refere o dispositivo não se confunde com as costumeiras liquidações levadas a efeito pelos empresários para renovar estoques, pôr fim a mercadorias superadas pelas estações etc.

Precipitada é a liquidação ruínosa, a preços vis, abaixo dos custos, em visível prejuízo para os credores. (ALMEIDA, 2010, p.76)

Por outro lado, em vez de utilizar artifícios ruinosos, emitindo duplicatas frias, ou seja, não correspondentes às transações mercantis, poderá o empresário simplesmente efetuar o pagamento do acordado. (ALMEIDA, 2009, p.76)

Outra prática considerada ato de falência, prevista na alínea “b”, dá-se quando o empresário realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não.

Nas palavras de Fazzio Júnior (2015, p. 228), o negócio simulado é o que apresenta aparência diversa do realmente pretendido pelas partes. É negócio disfarçado, simulacro de negócio, ou seja, as partes fingem um negócio, pretextam contratar, quando na verdade há mera fuga de bens do ativo para terceiros.

Ao contrário do previsto na alínea “a” supra, onde o empresário utiliza de práticas ruinosas e fraudulentas para liquidar seu patrimônio, na alínea “b”, ora em estudo, o empresário utiliza de atos fictícios para cumprir suas obrigações.

Para caracterização do negócio simulado, a lei contenta-se com a tentativa, uma vez que, com a mera tentativa, já fica revelado o fito de desviar, sonegar ou esconder bens em proveito próprio ou de terceiros. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 228)

Nessa hipótese, deve estrar evidente o objetivo do devedor, de procrastinar os vencimentos de seus encargos ou fraudar credores, isto é, o intuito de prorrogar a agonia de seu patrimônio, pouco a pouco menor, em detrimento dos credores. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 229)

A alínea “c” trata daquele que transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo.

Segundo Coelho (2013, p. 339), entre os requisitos do direito brasileiro para a regularidade do trespasse, encontra-se a anuência dos credores. Uma vez que o estabelecimento empresarial representa a mais importante garantia dos credores, considera, a lei, indispensável a concordância deles para a plena eficácia do ato, razão pela qual a realização do negócio sem atendimento da condição caracteriza o ato de falência.

Já a alínea “d”, trata daquele que simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor.

Segundo Tomazzette (2016, p. 317), para que seja caracterizada a simulação da transferência do principal estabelecido é necessário tanto a simulação em si, quanto o objeto ilícito nesse ato.

A simulação representa o intencional desacordo entre a vontade interna e a vontade declarada. Assim, presume-se simulação em relação aos atos que aparentemente conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitirem; contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. (TOMAZZETTE, 2016, p. 317)

De acordo com a alínea “e”, pratica ato de falência o empresário que dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo.

Nesse sentido, Da Silva (2015, p. 24), citando Amador Paes de Almeida, discorre que nesta hipótese, constituir-se-á prova suficiente para requerer a falência a respectiva certidão da hipoteca, penhor etc., condicionada a decretação da quebra à prova inequívoca de ausência de outros bens, livres e desembaraçados, equivalentes ao passivo do devedor.

Já a alínea “f”, trata daquele que se ausenta e sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento.

Como ensina Fazzio Júnior (2015, p. 231), a ausência irresponsável do empresário ou do administrador da sociedade empresária pode representar a acefalia da empresa, se inexistir quem responda pelos encargos do negócio ou tenha bens suficientes para pagar os credores.

A ocultação do empresário corresponde à fuga, ao fato de o empresário devedor ou administrador responsável pela empresa esconder-se, o que deve ser traduzido como fechamento ou paralização das atividades. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 231/232)

Por fim, a alínea “g” trata do empresário que deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Nesse caso, explica Coelho (2013, p. 340), que se o empresário é beneficiário de recuperação judicial, ele não pode deixar de cumprir sem justificativa qualquer das obrigações assumidas. Verificando o inadimplemento, a qualquer tempo, caracteriza-se o ato de falência.

Nas palavras de Tomazzette (2016, p. 321):

Dentro dessa perspectiva, o devedor terá que cumprir as obrigações previstas no plano, sob pena de se quebrar a confiança depositada nele. Ademais, esse descumprimento das obrigações é suficiente para denotar a impossibilidade de superação da crise, isto é, é suficiente para fazer presumir uma insolvência irremediável do devedor. Desse modo, o descumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação judicial também representa um ato de falência.

Em complemento ao exposto, o parágrafo quinto do artigo 94 traz que na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

Ao contrário das hipóteses previstas nos incisos I e II, em que a prova documental é determinante, pois a situação narrada na inicial parte de fatos cujas provas já são pré-constituídas, no inciso III, o pedido inicial assemelha-se, na prática, a uma inicial de rito comum ordinário, previsto no Código de Processo Civil. (BEZERRA FILHO, 2015, p. 248)

Com base nas hipóteses discriminadas, conforme a doutrina de Negrão (2014, p. 33), tem-se que, ao ocorrer qualquer delas, o procedimento para decretação da falência dar-se-á da conforme esquema representado pela “Figura 3” abaixo:

Figura 3 – Procedimento do artigo 94, III



Fonte: Negrão

Comparando as três hipóteses de requerimento da falência do empresário, Bezerra Filho (2014, p. 244) ensina que:

O requerimento de falência com fundamento nos incs. I e II acima se prende à existência de uma dívida líquida, passível de comprovação meramente documental, cabendo ao requerido, se quiser, desconstituir a presunção de liquidez e certeza que emana de tal situação. Neste caso do inc. III, a situação modifica-se profundamente, pois o pedido de falência é apresentado relatando fatos que dependem de dilação probatória regular. Em consequência, as situações processuais são diversas, dependendo de qual foi o fundamento do requerimento de falência.

Há, ainda, uma quarta hipótese, que enseja um quarto procedimento falimentar. Trata-se da autofalência que, prevista no artigo 105 da Lei 11.101/05, traz a hipótese de o próprio empresário devedor pugnar por sua própria falência. Entretanto, tal procedimento será tratado em detalhes no Capítulo Três deste trabalho.

Em relação aos procedimentos do processo de falência, Fazzio Júnior (2015, p. 253), discorre que:

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. Este capítulo destina-se ao exame da fase pré-falimentar, ou seja, do processo que tem por escopo a constituição do estado falencial. As alternativas que se abrem ao devedor citado, a instrução de sua

defesa e os diversos incidentes procedimentais constituem o objeto da análise que aqui se desenvolve.

A LRE traz como novidades no eixo procedimental a dilatação do prazo de resposta do devedor, procedimento único para todas as espécies de ações falimentares e a incidência supletiva das regras do processo civil ordinário na regulação da ação constitutiva de falência. Altera-se, pois, verticalmente, o procedimento pré-falimentar.

Ainda segundo Fazzio Júnior (2015, p. 265), a ação de falência observa um processo de cognição com fito constitutivo.

A LRE transformou o procedimento pré-liquidatório. Para tanto eliminou a dualidade procedimental, ou seja, os procedimentos que anteriormente eram previstos pela LFC, consistentes em um para a falência calcada na impontualidade e outro para a falência arrimada nos atos presuntivos de insolvência, agora são únicos, isto é, tanto faz se a falência seja baseada na impontualidade, na execução frustrada ou nos sintomas legais de insolvência, haverá um único procedimento a ser seguido. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 265)

Da Silva (2015, p. 26), citando Fazzio Júnior, ressalta o entendimento do STJ acerca do pedido de falência, entendendo de maneira geral como sendo uma ação substituta à de cobrança. Sendo assim, prestigiam a continuidade da atividade empresarial, sendo que não fora configurado o estado de insolvência, tendo como base o princípio da preservação da empresa (STJ-REsp 920.140/MT – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior J. 8-2-2011 – Dje 22-2-2011)

Por fim, Fazzio Júnior (2015, p. 266) traz um possível conflito aparente de normas, entre a Lei nº 11.101/05 e o Decreto-Lei nº 7.661/45, esclarecendo que nas hipóteses em que a decretação da quebra ocorre sob a vigência da Lei nº 11.101/05, mas o pedido de falência foi feito sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, de acordo com o art. 194, § 4º, da LRE, até a decretação da falência, deverão ser aplicadas as disposições da lei anterior.

2.4.1 Alternativas do Empresário Devedor Após a Citação do Processo de Falência

Uma vez movimentado o Judiciário em face do empresário devedor, deve este ser citado para exercer seu direito constitucional de ampla defesa. Uma vez citado, cabe ao empresário, conforme artigo 98 da Lei nº 11.101/05, apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Ainda, o parágrafo único do referido artigo, dispõe que nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 da Lei nº 11.101/05, o devedor poderá, no prazo da

contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

Ao tratar do tema, Bezerra Filho (2015, p. 255), em comentário ao parágrafo único supra, discorre que:

Observe-se aqui que a Lei trata apenas do requerimento de falência com fundamento nos incs. I e II do art. 94, afastando a possibilidade de depósito elisivo para os casos previstos no inc. III do art. 94, ou seja, os atos de falência. No entanto, a jurisprudência, embora não pacificada, admitia o depósito elisivo em casos de requerimentos fundados em “atos de falência”, tal qual ocorre neste caso do inc. III do art. 94, como notícia Trajano de Miranda Valverde (p.75) (RTJ 94/362, RT 550/216 e RSTJ 81/236). Aliás, seria mesmo o caminho mais correto, pois, se o requerido deposita, demonstra que tem ativos suficientes para suportar aquele passivo que instrui a inicial e, assim, não está em estado falimentar. De qualquer forma, a lei agora é clara no sentido de excluir a possibilidade de depósito elisivo quando se trata de pedido de falência com fundamento no inc. III do art. 94.

De forma geral, Fazzio Júnior (2015, p. 269/270), aduz que:

Nos casos de pedido de falência assentado no art. 94, incisos I e II (impontualidade e execução frustrada), uma vez citado, o devedor poderá adotar uma entre as seguintes condutas:

- no prazo de 10 (dez) dias depositar o quantum reclamado, elidindo a quebra, e apresentar sua defesa opondo relevantes razões ao pedido;
- no prazo de 10 (dez) dias, apenas apresentar sua contestação;
- manter-se omissivo;
- apenas efetivar o depósito elisivo, no prazo de defesa.

Quando ocorrer qualquer das hipóteses supra elencadas, a doutrina de Fazzio Júnior (2015, p. 270), explica o procedimento a ser adotado, qual seja:

No primeiro caso, se julgada improcedente a resposta do devedor, o juiz declarará exigível o crédito e ordenará, em favor do requerente, o levantamento da importância depositada, extinto o processo. Se julgada procedente, o pedido de falência será indeferido, condenado o autor nas verbas de sucumbência, podendo ainda o juiz, se o caso, condenar o credor requerente na indenização por perdas e danos (art. 101), se caracterizar pedido doloso.

Na segunda alternativa, corre o risco de, sem o depósito elisivo, ter sua falência decretada, se improcedentes as razões adotadas como defesa. Considere-se que a defesa do devedor deve ser relevante e não mera resposta negativa à postulação.

A conduta omissiva lhe acarretará a falência. O puro e simples depósito elisivo eliminará a possibilidade de falência naquele caso.

A falta de depósito elisivo e de contestação implicará, provavelmente, o provimento falencial. Com ele acaba a ação constitutiva de falência e começa a execução concursal propriamente dita.

Há, ainda, a hipótese prevista no artigo 95 da Lei nº 11.101/05, que permite ao empresário, dentro do prazo de contestação, pleitear sua recuperação judicial.

Neste caso, se a contestação vier instruída com todos os documentos necessários para a impetração da recuperação judicial, nos moldes do artigo 51 da Lei nº 11.101/05, e o pedido formulado tiver por base a impontualidade injustificada (art. 96, VII), a falência não poderá ser decretada, operando-se a suspensão do pedido de falência. (COELHO, 2013, p. 345)

Coelho (2013, p. 349) traz o questionamento acerca da intempestividade do pedido de recuperação judicial. Para sanar tal dúvida, utiliza da decisão proferida no Agravo de Instrumento 578.381-4/3-00. Desta forma:

O Des. Pereira Calças, relatando o julgamento do Agravo de Instrumento 578.381-4/3-00, consignou na ementa: “Falência. Impontualidade. Apresentação de pedido de recuperação pela devedora após o decurso do prazo de contestação. Decisão que determina a suspensão do processamento da falência. Inviabilidade. Ausência de previsão legal para sustação da ação falimentar. Apenas o pedido de recuperação judicial formulado antes do pleito de falência ou no prazo de contestação impede a tramitação da ação falimentar. Agravo provido para ordenar o prosseguimento da ação de falência”.

Destarte, tem-se que, embora a Recuperação Judicial seja mais vantajosa ao empresário devedor, caso este não requeira no prazo correto, qual seja, antes do pedido de falência, ou, no máximo, no prazo para contestação, esse perde o direito de tal pedido, tendo que enfrentar o processo de falência, que decretará o “fim” de sua empresa.

2.4.2 Decisão do Pedido de Falência: Sentença Declaratória e Denegatória

Nas palavras de Burgarelli (2010, p. 167), sentença é ato pelo qual, na sua função jurisdicional, o juiz põe fim à sua participação no processo, resolvendo-se ou não o mérito, segundo a convicção por ele formada.

Desta forma, após realizada a produção das provas ou dispensada sua produção, caberá ao juiz o julgamento do pedido de falência. Nessa decisão o juiz poderá denegar o pedido de falência ou decretar a falência do devedor. (TOMAZZETTE, 2016, p. 345)

Em se tratando da sentença declaratória, tem-se que esta ocorrerá caso o pedido de falência seja julgado procedente e não tenha sido realizado o depósito elisivo. Com a sentença

que decreta a falência, será instaurado o processo de execução concursal do empresário agora considerado falido. (RAMOS, 2010, p. 544)

Nas palavras de Tomazzette (2016, p. 350):

A decisão que decreta a falência é uma sentença, apesar de respeitável opinião em sentido contrário, e nessa condição deverá conter relatório, fundamentação e dispositivo. Além disso, ela também abrangerá a condenação do sucumbente ao pagamento dos honorários e das despesas processuais. Por ser a responsável pela instauração da falência propriamente dita, deve conter uma série de elementos específicos, necessários ao prosseguimento do processo com a maior segurança e efetividade possível. Esses elementos são elencados pelo artigo 99 da Lei nº 11.101/2005.

Ora, o processo falimentar envolve duas etapas: uma cognitiva, que se inicia com o pedido de falência e termina com a decretação desta; e uma etapa executiva concursal, que se inicia com a mesma decisão que encerra a fase de cognição, acolhendo a pretensão do autor, momento em que se dá início à falência propriamente dit, introduzindo a execução concursal universal. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 277/278)

Ao contrário do que alega Ramos (2010, p. 544), no sentido de que é difícil entender a decisão que decreta a falência como uma sentença, vez que ela não encerra o processo falimentar, mas sim o inicia, Fazzio Júnior (2015, p. 278) ensina que é por meio do decreto judicial que o estado fático de insolvência ingressa no mundo jurídico, ou seja, pelas mãos da sentença decretatória, o estado econômico de insolvência transforma-se no estado jurídico de falência. A prolação judicial constitui nova situação jurídica.

Ainda sobre a sentença declaratória da falência, a doutrina traz uma ponderação acerca de sua real natureza jurídica. Nesse sentido:

Apesar de se encontrarem, na doutrina, vários seguimentos orientados no sentido de que a sentença de falência é de natureza declaratória, porque se estaria a declarar um estado pré-existente de insolvência, melhor parece a explicação dada pelo autor do projeto anterior, Miranda Valverde, para quem a natureza da sentença de falência não se esgota na declaração de fato pré-existente de insolvência, mas também na sua força constitutiva, isto é, cria, extingue ou modifica direitos; por conseguinte, é também constitutiva.

Um exemplo de constitutividade é o vencimento antecipado das dívidas, outro, é a impossibilidade de os ex-administradores gerirem o negócio, visto que o falido (empresário ou sociedade empresária) fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da sentença (art. 102 da LRF), outro é a indisponibilidade dos bens da devedora e assim por diante.

A sentença, por conseguinte, não é meramente declaração de um estado de direito, mas um ato jurisdicional que cria uma massa que passará a ser administrada pelos órgãos da falência, sob a presidência do administrador judicial, deliberação da

assembleia-geral de credores e fiscalização do comitê de credores. (BURGARELLI, 2010, p. 168)

Da Silva (2015, p. 278), citando Fazzio Júnior, discorre que o adjetivo declaratória (usa-o a LFC) não condiz com a verdadeira natureza do provimento jurisdicional falimentar que não é mero preceito. Isto porque não há um estado de falência preexistente, mas apenas um estado econômico de insolvência.

Necessário, ainda, destacar uma das exigências mais importantes da sentença declaratória da falência, qual seja, a fixação do termo legal, também denominado período suspeito.

Este termo legal objetiva ficar um espaço de tempo em que os atos praticados pelo falido sejam ineficazes por prejudiciais aos credores, podendo retroagir no máximo noventa dias, contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se os protestos que tenham sido cancelados. (ALMEIDA, 2010, p. 110)

Por fim, em atenção ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, toda decisão proferida pelo juízo de primeiro grau desafia um recurso específico e, no caos da sentença declaratória, uma vez que não põe fim ao processo, o recurso cabível é o de Agravo de Instrumento, conforme dispõe o artigo 100, primeira parte, da Lei nº 11.101/05.

Desta forma, Tomazzette (2016, p. 360):

Com a regular publicação da sentença, abre-se aos interessados a possibilidade de interposição de recursos contra tal decisão (Súmula 25 – STJ). A legitimidade para interposição desse recurso de agravo de instrumento toca naturalmente ao devedor falido. Contudo, nada impede que qualquer outro interessado interponha tal recurso. Pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em especial do artigo 499, admite-se inclusive a interposição de recurso de agravo pelo Ministério Público.

Destarte, estudado a sentença declaratória, resta a análise da sentença denegatória.

Não positivada a insolvência, uma vez que o devedor já resgatara o seu débito, ou porque patenteou, em juízo, na fase preliminar, a existência de relevante razão de direito para não saldar a dívida, a falência não será declarada. (ALMEIDA, 2010, p. 99)

Segundo Ramos (2010, p. 541), a sentença denegatória tem como fundamento a improcedência do pedido de falência quando o juiz acolhe alguma alegação de defesa, por exemplo, a prescrição da dívida ou falsidade do título, ou então pela realização do depósito elisivo.

Acerca do tema, Tomazzette (2016, p. 345/346), ensina:

Caso o juiz entenda que não é o caso de decretação da falência, ele deverá denegar o pedido. Essa decisão pode decorrer de questões processuais, da realização do depósito elisivo ou mesmo da não configuração dos pressupostos da falência. Ainda que se fale “elisão do pedido”, estaremos diante da não decretação da falência e, por isso, é possível tratar a decisão nesses casos como uma hipótese de denegação.

Ao denegar o pedido de falência, o juiz deverá condenar a parte vencida ao pagamento das despesas antecipadas e dos honorários advocatícios (Novo CPC – art. 85). Em regra, a parte vencida na denegação do pedido de falência é autor da ação, que não obteve a decretação da falência, logo, caberá a ele arcar com os ônus sucumbenciais. Todavia, quando o devedor efetua o depósito elisivo, sempre haverá a denegação do pedido, mas eventualmente ele será considerado a parte vencida. Assim, quando o devedor faz o depósito sem apresentar contestação ou quando faz o depósito com contestação, mas esta não é acolhida, ele é o vencido e, por isso, deve arcar com o ressarcimento das despesas antecipadas e com o pagamento dos honorários advocatícios.

Uma vez que a decisão denegatória, ao contrário da declaratória, indiscutivelmente é uma sentença que põe fim ao processo falimentar, o recurso que poderá ser manejado em face de tal decisão é o Recurso de Apelação, com fundamento no artigo 100 da Lei nº 11.101/05, obedecendo o mesmo regime geral do Código de Processo Civil. (TOMAZZETTE, 2016, p. 346)

Por fim, com base no artigo 101 da Lei nº 11.101/05, o juiz poderá condenar o autor a pagar indenização ao devedor se entender que a ação falimentar foi requerida por dolo manifesto daquele, caso em que as perdas e danos serão apurados em liquidação de sentença. (RAMOS, 2010, p. 541)

Ainda segundo o autor:

A regra do art. 101 da LRE tem uma finalidade clara e bastante justa: desestimular os pedidos de falência maliciosos, por meio dos quais o autor pretende apenas causar constrangimento ao devedor. Em termos processuais, tem-se em vista coibir a litigância de má-fé ou a litigância temerária. Deve-se ressaltar, porém, que nem todo pedido de falência julgado improcedente acarretará a imposição de tal indenização. Isso só deve acontecer quando o juiz da causa verificar que houve a intenção do autor do pedido de causar constrangimento ao réu. (Ramos, 2010, p. 541)

Com o exposto, reata explicado os dois tipos de sentenças previstos pela atual legislação falimentar, quais sejam, a sentença declaratória, que decreta a falência; e a sentença denegatória, que nega o pedido inicial de quebra do empresário devedor.

2.5 Dos Efeitos da Falência

Após a prolação da sentença declaratória no processo de falência, a qual constitui o empresário devedor em estado de falência, inicia-se o processo de execução concursal de seus bens. É nesse momento em que todos os efeitos da falência afetam a vida do empresário, uma vez que o novo regime jurídico aplicado ao devedor causará efeitos em relação à sua pessoa, aos bens, contratos, credores, entre outros. (RAMOS, 2010, p. 555)

Em uma breve comparação dos efeitos previstos na atual legislação falimentar com a antiga, Burgarelli (2010, p. 195), discorre que:

Na lei anterior, Dec.-lei nº 7.661/1945, o sistema reservava um título especial para abrigo dos efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência (arts. 23 a 58), na seguinte sequência: efeitos quanto aos direitos dos credores; efeitos quanto à pessoa do falido; efeitos quanto aos bens do falido; efeitos quanto aos contratos do falido; e, finalmente, efeitos revocatórios dos atos praticados pelo devedor antes da falência.

Na estrutura da vigente lei nº 11.101/2005, embora se encontrem os mesmos efeitos distribuídos ao longo do sistema, não foram essas figuras ordenadas do mesmo modo, em que pese a indicação feita no art. 117, com o indicativo “Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor”.

Antes de adentrar nos efeitos propriamente ditos, deve-se especificar quem é considerado falido. Nesse sentido, Tomazzette (2016, p. 365), considera falido o devedor empresário que está insolvente juridicamente e que teve sua falência decretada. Está a se falar tanto dos empresários individuais, quanto das sociedades empresárias e das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada.

Tratando dos efeitos da decretação da falência, Fazzio Júnior (2015, p. 294), discorre:

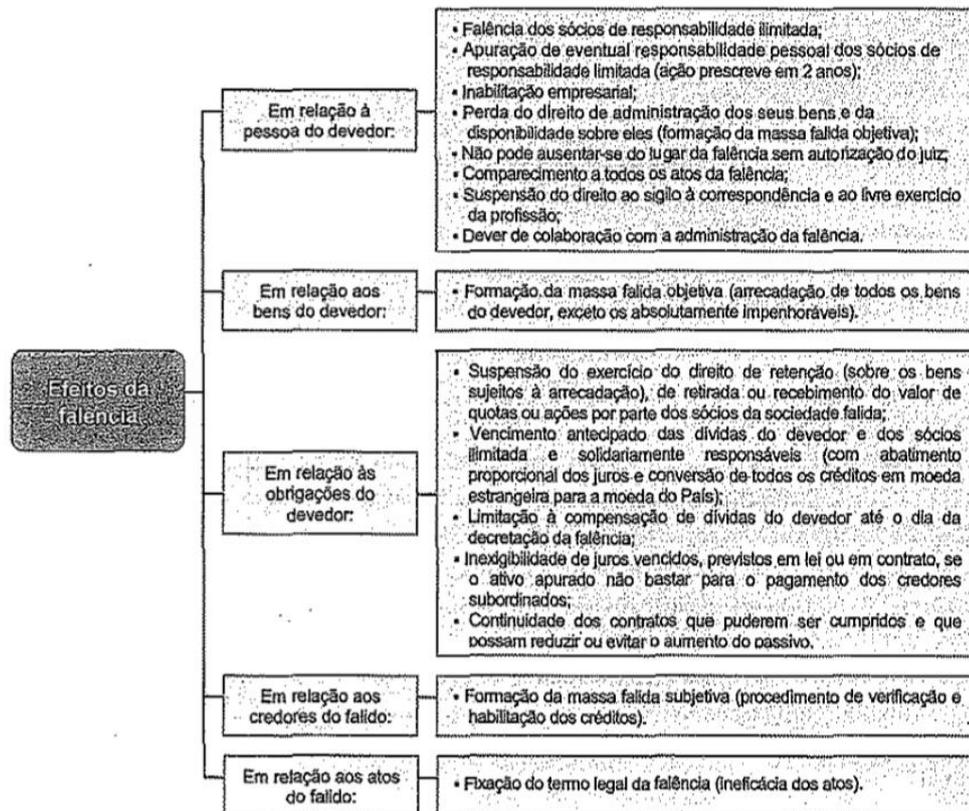
Na vigência da LFC, os processos falimentares tinham o prazo de 2 (dois) anos para seu encerramento. A LRE não fixa prazo máximo para conclusão da falência. Essa solução é melhor, porque aquele lapso era absolutamente inócuo. Não tem nenhum sentido uma norma que estabeleça um prazo para ser descumprido.

Resumida e genericamente, os efeitos da sentença positiva da falência são:

- formação da massa falida subjetiva;
- suspensão das ações individuais;
- suspensão condicional da fluência de juros;
- exigibilidade antecipada dos créditos contra o devedor, sócios limitadamente responsáveis e administradores solidários;
- suspensão da prescrição;
- arrecadação dos bens do devedor.

Para melhor exemplificar os efeitos da falência em relação ao devedor, seus bens, contratos, obrigações, credores e atos do falido, Ramos (2010, p. 555), formulou um quadro esquematizado para tanto, qual seja:

Figura 4 – Efeitos da Decretação da Falência



Fonte: Ramos

2.6 Apuração do Ativo do Empresário Devedor

Assim que assinar o termo de compromisso, o administrador judicial deve passar a tomar as medidas necessárias para o cumprimento dos objetivos do processo falimentar. O artigo 108 da Lei nº 11.101/05 impõe como primeira tarefa do administrador a arrecadação dos bens, livros e documentos do devedor visando evitar a dilapidação e o desaparecimento de bens, bem como assegurar a preservação da massa falida, permitir sua avaliação e otimizar os procedimentos de realização do ativo. (TOMAZZETTE, 2016, p. 463)

Em comentários ao artigo 108 acima citado, Bezerra Filho (2015, p. 272/273), ensina que:

A arrecadação dos bens é um momento determinante da falência ante o perigo de desvio físico daqueles existentes nos estabelecimentos do falido ou mesmo daqueles a serem arrecadados em outros locais. Tais bens é que formarão o que alguns autores chamam de “massa falida objetiva”, que se pode definir como o conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio do devedor. A outra ponta, “massa falida subjetiva” é composta pelos direitos de crédito e de outra natureza a serem exigidos pelos respectivos titulares e a serem satisfeitos pela força da massa falida objetiva. O perigo de desvio desses bens é muito acentuado, a tal ponto que, embora a lei anterior não mencionasse uma única vez a palavra “lacreção”, consagrou-se o hábito de, no mesmo momento em que os autos baixavam a cartório com a sentença declaratória da falência, expedir-se-ia mandado de lacração, cumprido imediatamente por dois oficiais de justiça. Ressalte-se que não havia qualquer determinação na lei anterior neste sentido, que, em seu art. 70, § 1º, estabelecia a arrecadação com a presença do síndico e do Ministério Público, arrecadação que era feita após a lacração do estabelecimento.

Interessante, também, destacar o fato de que a arrecadação, eventualmente, pode abranger os bens de sócios solidários e ilimitadamente responsáveis, se a falida for sociedade que abrigue essa espécie de sócios. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 361)

Entretanto, não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis, segundo a definição da lei processual, podendo citar como exemplo o imóvel do empresário falido que serve de moradia à sua família e aqueles bens da meação do cônjuge. (COELHO, 2013, p. 384)

Em complemento, Ramos (2010, p. 574), assevera:

Vê-se, então, que também é efeito específico da falência a arrecadação de todos os bens do devedor - com exceção dos bens absolutamente impenhoráveis (art. 108, § 4.º, da LRE), os quais deverão ser vendidos para que o produto da venda seja utilizado para o pagamento dos credores. Os bens arrecadados constituem, pois, a chamada massa falida objetiva, que corresponde, então, ao ativo do devedor submetido à execução concursal falimentar.

Visto como medida de cautela, a lacração do estabelecimento comercial prevista no artigo 109 deve ser realizada sempre que apresentar qualquer risco para a execução do ato arrecadatório ou para a conservação dos bens no interesse da massa. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 361)

Lado outro, em seus comentários à LRF, Coelho (2013, p. 389) critica o ato de lacrar o estabelecimento do falido, sustentando, em síntese que não há nada mais desmoralizado nesse mundo que o lacre judicial do estabelecimento do falido. Se não houver meios de proporcionar segurança ao local, seja por policiamento, seja por serviço de guarda particular,

deve o juiz desocupar-se do assunto. Entretanto, caso haja segurança efetiva, o lacre judicial é pompa inteiramente dispensável.

Após a arrecadação e, se necessário, a lacração do estabelecimento, o administrador judicial deverá elaborar uma relação de bens arrecadados, com a respectiva avaliação. O auto de arrecadação será composto pelo inventário e pelo respectivo laudo de avaliação dos bens, devendo este ser anexado aos autos do próprio processo de falência, nos moldes do artigo 110 da Lei nº 11.101/05. (TOMAZZETTE, 2016, p. 468)

Além de relacionar e avaliar os bens, cabe ao administrador judicial a guarda e conservação dos bens arrecadados, até que seja possível promover a sua alienação. Em regra, é normal que os bens fiquem depositados no próprio imóvel sede do devedor. Contudo, admite-se que os bens arrecadados sejam removidos, desde que haja necessidade de sua melhor guarda e conservação, hipótese em que permanecerão em depósito sob a responsabilidade do administrador judicial, mediante compromisso, conforme artigo 112 da Lei nº 11.101/05. (TOMAZZETTE, 2016, p. 468/469)

Outrossim, conforme discorre Da Silva (2015, p. 35), citando Coelho, se houver algum bem que irá se deteriorar ou então de guarda arriscada, este bem será vendido antes da liquidação dos outros bens, devendo o administrador demonstrar em juízo, após isso o falido e os credores se manifestarão. É o que discorre a LRF em seu artigo 113.

Não somente em virtude de deterioração, o artigo 111 da LRF prevê outra possibilidade de venda antecipada dos bens. É o caso em que o juiz pode autorizar credor ou credores a adquirir ou adjudicar de imediato os bens arrecadados pelo valor da avaliação. Entretanto, a aquisição ou adjudicação devem atender à regra de classificação e de preferência dos credores, além de ser ouvido, previamente, o Comitê de Credores ou, no caso das pequenas falências, o administrador judicial. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 365)

Em relação a etapa final de arrecadação, Da Silva (2015, p. 36), citando Ramos, explica acerca do aluguel, ou então celebração de contrato pelo administrador judicial, em relação aos bens da massa falida, visando renda para a massa, porém só poderá fazer isto, com autorização do comitê. Esta, é uma forma muito eficaz, pois o processo de falência irá perdurar por um bom tempo, não valendo a pena, deixar os bens do devedor parado, sendo que há terceiros interessados no aluguel, que irá gerar frutos para o pagamento dos credores.

Destarte, é na fase de arrecadação dos bens o momento em que o administrador fica encarregado de reunir todos os bens da massa falida, inclusive sendo permitido a locação ou a realização de contratos envolvendo os bens, desde que aprovados pelo comitê de credores.

2.7 Verificação de Créditos (Habilitação de Credores)

Apesar das diferenças entre os processos de falência e recuperação judicial, o procedimento de identificação dos créditos é comum a ambos, pois os dois processos têm o caráter concursal. (TOMAZZETTE, 2016, p. 159)

Após a arrecadação dos bens do devedor, é importante ressaltar acerca da habilitação dos créditos dos credores. Desta forma, Ramos (2010, p. 589), fala da importância de unir os credores arrecadando todos os bens do devedor, explicando que a formação da massa falida subjetiva, ocorrerá com a habilitação dos créditos, em atenção a nova Lei de Falência, que visa a celeridade processual, diferentemente da antiga Lei, na qual a habilitação ficava a encargo do juiz, na nova Lei a habilitação é feita pelo administrador judicial, por meio de livros contábeis e demais documentos, podendo até mesmo ser auxiliado por outros profissionais especializados.

Além de ser de extrema importância para a identificação dos credores do devedor falido, a habilitação também é importante especialmente para saber quem deverá receber e em que ordem. (TOMAZZETTE, 2016, p. 159)

Após a decretação da falência por meio de sentença, o juiz determinará que o devedor apresente um relatório com todos os credores no prazo de 5 (cinco) dias, e fixará um prazo em sua sentença, para habilitação dos créditos diante do administrador judicial. (RAMOS, 2010, p. 589)

Em complemento, Tomazzette (2016, p. 160), ensina que:

(...) os credores ausentes da lista terão o prazo de quinze dias para apresentarem habilitações de crédito (Lei nº 11.101/05 – art. 7º, §1º). Os credores que já constarem da lista terão o mesmo prazo para apresentar eventuais divergências quanto ao valor ou classificação do seu crédito. Diante da lista apresentada pelo devedor, das habilitações, das divergências e dos documentos do devedor, o administrador judicial irá elaborar uma relação de credores. Essa relação de credores deve ser publicada em até 45 dias contados do término do prazo para habilitação dos credores. Neste momento, encerra-se a fase administrativa.

Nas palavras de Ramos (2010, p. 589), após o procedimento de habilitação de créditos, bem como a publicação, a relação de credores estará formalizada, contudo:

Caso, todavia, algum credor, o próprio devedor - ou sócio da sociedade devedora - ou mesmo o Ministério Público verifiquem algum equívoco na relação apresentada pelo administrador judicial, consistente, por exemplo, na ausência de algum crédito ou na inclusão de crédito ilegítimo, poderão apresentar impugnação ao juiz, no prazo de dez dias, contados da publicação

do edital que contém a relação, acima referido. O procedimento de impugnação segue o rito previsto nos arts. 13 e 15 da LRE, podendo ainda o juiz determinar, "para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado" (art. 16 da LRE). Em princípio, cada impugnação, dirigida por petição com a documentação necessária, será autuada em separado e julgada pelo juízo universal da falência. Havendo, porém, mais de uma impugnação sobre o mesmo crédito, serão autuadas e julgadas conjuntamente (art. 13, parágrafo único, da LRE). O juiz mandará intimar o credor cujo crédito foi impugnado para apresentar contestação, no prazo de cinco dias (art. 11 da LRE). O devedor e o comitê de credores, se houver, também serão intimados para se manifestarem sobre a impugnação no mesmo prazo de cinco dias (art. 12 da LRE), e o administrador judicial, por fim, terá também cinco dias para apresentar parecer (art. 12, parágrafo único).

Ainda, faz-se relevante ressaltar que a perda do prazo para habilitação do crédito, não significa dizer que o credor perdeu o direito de receber. Nesse sentido, Ramos (2010, p. 590), explica:

O art. 10 da LRE determina, apenas, que as habilitações, nesse caso, sejam recebidas como retardatárias, o que, por óbvio, trará algumas consequências negativas. Se as habilitações retardatárias forem apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão elas recebidas como impugnação e processadas na forma dos arts. 13 a 15 da LRE (art. 10, § 5.º). Se, no entanto, a habilitação for feita com tanto atraso que já tenha sido homologado o quadro-geral, será necessário requerer ao juízo universal da falência, em ação própria que obedeça ao procedimento ordinário do CPC, a retificação do quadro, para a inclusão do crédito retardatário (art. 10, § 6.º). Ademais, não se deve esquecer que os credores retardatários, conforme já mencionado acima, sofrerão algumas consequências negativas, previstas nos parágrafos do art. 10 da LRE, em razão do seu atraso na habilitação dos respectivos créditos. Assim, por exemplo, os credores retardatários, "excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores": (§§ 1.º e 2.º). Da mesma forma, os credores retardatários "perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas, não se computando os acessórios compreendidos entre o término do prazo e a data do pedido de habilitação" (§ 3.º).

Definidos, enfim, todos os incidentes acima descritos, caberá ao administrador judicial consolidar, definitivamente, o quadro-geral de credores, que será então homologado pelo juiz (art. 18 da LRE). Mas ainda assim o referido quadro poderá ser alterado, até o encerramento do processo falimentar, por meio de ação própria a ser ajuizada pelo administrador judicial, por qualquer credor, pelo comitê de credores ou pelo Ministério Público (art. 19 da LRE). Nesta ação, que seguirá o rito ordinário do CPC, poder-se-á "pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, 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". Destaque-se que referida ação deverá ser ajuizada no juízo universal da falência ou, nas hipóteses previstas no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da LRE, perante o juízo que tenha originariamente reconhecido o crédito (art. 19, § 1.º). Ademais, o

eventual pagamento ao titular do crédito que ajuizou a ação em comento só poderá ser efetuado mediante a prestação de caução no mesmo valor do crédito questionado (art. 19, § 2.º).

Destarte, observa-se que o credor que perde o prazo, como já dito, não perderá o direito de receber o que lhe é devido, entretanto sofrerá alguns prejuízos, por exemplo a perda do direito a voto, rateios eventualmente realizados, entre outros.

2.8 Da Realização do Ativo

Realizar o ativo, em regra, consiste em converter os bens do devedor em dinheiro, para pagamento de seu passivo. A realização do ativo começa com a juntada de arrecadação ao processo de falência. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 372)

Nas palavras de Tzirulnik (2005, p. 204):

A realização do ativo é a etapa do processo falimentar que dá início à fase da liquidação. É neste período do processo que começam a se efetivar: (a) a reparação dos efeitos do ato antifuncional; (b) a recomposição do crédito; (c) a mobilização dos bens; (d) a satisfação dos interesses individuais ou de outra natureza; e (e) a solução da situação jurídica do falido em relação aos seus bens, etapas que se concluirão com a liquidação do passivo propriamente dita.

Realizar ativo significa, exatamente, transformar bens em dinheiro ou em outra forma viável de pagamento aos credores.

Para o pagamento dos credores de acordo com uma ordem legal de preferência, deve-se promover a cobrança das dívidas que o falido tinha a receber e também, a expropriação da massa falida. Essa expropriação significa dizer que transformará a massa falida em dinheiro a ser utilizado para o pagamento dos credores. (TOMAZZETTE, 2016, p. 522)

Segundo Fazzio Júnior (2015, p. 373), a LRE oferece diversas alternativas para realização do ativo, conforme a ordem de preferência disposta no artigo 140 da Lei nº 11.101/05. Nesse sentido, cabe transcrever o referido artigo:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

A prioridade que a lei dá à venda dos estabelecimentos do devedor em bloco não é por acaso. Na verdade, nas palavras de Tzirulnik (2005, p. 205), com a alienação em bloco, é possível atingir duas metas que atendem perfeitamente o objetivo da falência, quais sejam, (1) garantir o maior valor de venda e, assim, a maior entrada de valores para a massa falida; (2) promover condições para que a empresa possa ser continuada pelo adquirente, de modo que o valor social da atividade empresarial seja eventualmente mantido.

Deste modo, Ramos, (2010, p. 591), ensina que será feita a apuração de todos os bens do devedor, para satisfação dos credores devidamente habilitados no processo falimentar.

2.9 Da Solução do Passivo (Pagamento dos Credores)

A principal finalidade de ter realizado o ativo do devedor, é para arrecadação de recursos visando pagamento dos credores, descritos no quando geral, sendo as quantias obtidas depositadas em conta bancária. (RAMOS, 2010, p. 598)

Para que o pagamento dos credores possa ser feito, é necessário que esteja consolidado o quadro geral de credores e que estejam definidos os chamados créditos extraconcursais. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 377)

No Brasil, o artigo 149 da Lei nº 11.101/05 traz a ordem que os credores devem ser pagos, destarte, a ordem seria: (1) restituições em dinheiro; (2) extraconcursais (art. 84); e (3) concursais (art. 83). (TOMAZZETTE, 2016, p. 535)

Nesse sentido, Coelho (2013, p. 489), complementa ensinando que o administrador judicial deve pagar, em primeiro lugar, os credores da *massa falida*; em segundo, os titulares de direito à restituição em dinheiro; em terceiro, os credores da *falida*; por último, restando recursos, os sócios.

Os artigos 150 e 151 da LRE, disciplinam acerca do pagamento das despesas indispensáveis para a administração da falência, bem como os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 meses anteriores à falência. Sendo assim:

Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

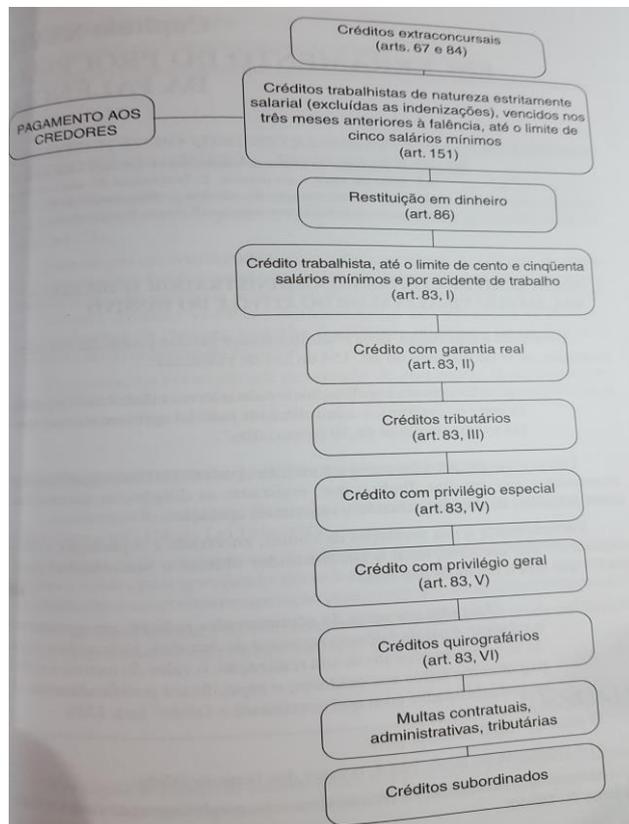
Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5

(cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

Em continuidade, Fazzio Júnior (2015, p. 377) destaca que o art. 152 determina a restituição em dobro, com acréscimo de juros legais do pagamento feito com base em crédito ou garantia oriundos de vício jurídico. Também, as quantias recebidas pelos credores com base em crédito ou garantia advindos de documentos cuja existência era ignorada.

Visando melhor explicar, Almeida, 2010, p. 283 formulou um quadro explicativo para o pagamento dos credores, qual seja:

Figura 5 – Ordem de Pagamento dos Credores



Fonte: Almeida

2.10 Encerramento da Falência e Extinção das Obrigações do Falido

Promovida a realização do ativo e a distribuição do que foi apurado entre os credores, nada mais justifica a continuação do processo falimentar. Se não existem mais recursos disponíveis, não há sentido em manter em andamento um processo com o objetivo de

pagar os credores. Assim, após a realização do último rateio, deve-se iniciar o procedimento para encerrar o processo de falência. (TOMAZZETTE, 2016, p. 555)

Entretanto, segundo Fazzio Júnior (2015, p. 378), para que o juiz possa encerrar o processo de falência, deverá julgar as contas do administrador judicial, que devem ser prestadas no prazo de 30 dias, instruídas documentalmente em autos apartados com destino de apensamento aos autos principais da falência.

Acerca do encerramento do processo falimentar, em especial da prestação de contas realizada pelo administrador judicial, o artigo 154 da LRF discorre:

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º As contas, acompanhadas dos documentos comprobatórios, serão prestadas em autos apartados que, ao final, serão apensados aos autos da falência.

§ 2º O juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

§ 4º Cumpridas as providências previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo, o juiz julgará as contas por sentença.

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o sequestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

§ 6º Da sentença cabe apelação.

Posto isto, Almeida (2010, p. 285) discorre que, apresentando o relatório final, o juiz encerra a falência por sentença, como deixa claro o art. 156 da Lei Falimentar.

A sentença, segundo o autor, é de suma importância, sobretudo para o falido, pois que, dando início à contagem do prazo para a prescrição, possibilita-lhe a necessária recuperação para o exercício da atividade empresarial.

Desta forma, a doutrina de Fazzio Júnior (2015, p. 378/379):

O juiz fará publicar aviso de recepção das contas, disponibilizando-as aos eventuais interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida, deverá manifestar-se o representante do Ministério Público, em 5 (cinco) dias, e o administrador judicial terá oportunidade de oferecer explicações se existir impugnação ou o parecer ministerial for contrário à aprovação das contas.

Se a sentença rejeitar as contas apresentadas pelo administrador judicial, já fixará suas responsabilidades, o que significa que poderá determinar a indis-

ponibilidade ou, até mesmo, o sequestro de bens para garantir a indenização da massa falida. Trata-se de título executivo judicial.

Positivo ou negativo o provimento jurisdicional, dele caberá o recurso de apelação.

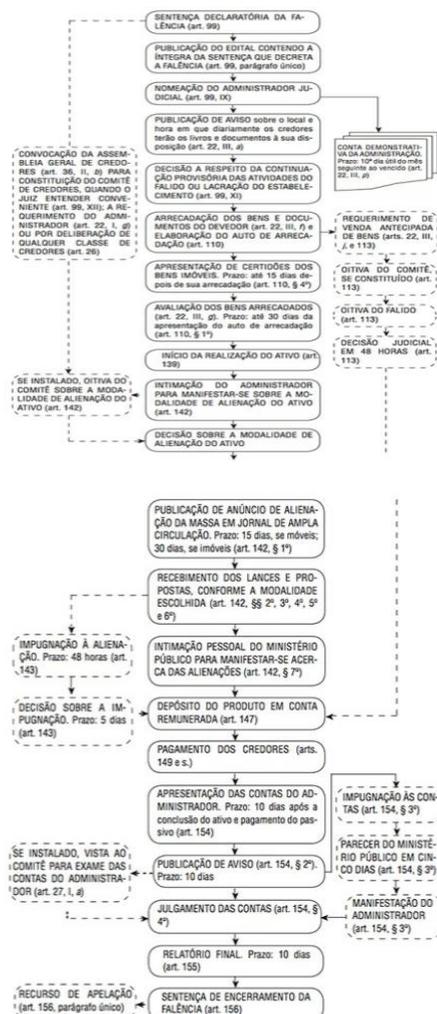
Se o juiz julgar boas as contas do administrador judicial, este ainda terá incumbência de oferecer, no prazo de 10 (dez) dias, o relatório previsto no art. 155 da LRE. Seu conteúdo é o seguinte:

- indicação do valor do ativo;
- indicação do valor do produto e a realização do ativo;
- indicação do valor do passivo;
- indicação do valor dos pagamentos efetuados;
- especificação justificada das responsabilidades remanescentes do falido.

Com o relatório final, o juiz poderá encerrar a falência fazendo publicar por edital a respectiva sentença, suscetível de ser atacada por recurso de apelação.

Para melhor entendimento de todo o trâmite processual, Negrão (2014, p. 95/96) elaborou um quadro esquematizado, qual seja:

Figura 6 – Quadro da fase de arrecadação, realização do ativo e encerramento da falência



Fonte: Negrão

No direito brasileiro, o encerramento da falência não implica necessariamente a extinção das obrigações do falido, devendo inclusive serem mencionadas no relatório final do administrador judicial as obrigações que continuam com o falido. Nesse caso, a extinção dessas obrigações dependerá de pedido do devedor e de nova sentença do juízo falimentar. (TOMAZZETTE, 2016, p. 559)

Nesse sentido, o artigo 158 da Lei nº 11.101/05 discorre acerca das causas que extinguem as obrigações do falido. Desta forma:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Caso remanesça algum credor após o encerramento da falência, Fazzio Júnior (2015, p. 379) aduz que os chamados credores remanescentes podem executar o falido pelo saldo de seus créditos, corrigido a partir da sentença de encerramento, tendo como título executório será a certidão do juízo da falência, contendo o valor do crédito habilitado, sua origem, os pagamentos feitos pela massa e o saldo na data do encerramento do processo.

Acerca do transcurso do prazo prescricional relativo às obrigações do falido, Fazzio Júnior (2015, p. 379) discorre que o prazo esteve suspenso desde a sentença decretatória, recomeçando a fluir a partir da data do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

O pedido de extinção das obrigações deve ser formulado pelo próprio falido, em petição dirigida ao juiz da falência, requerendo seja declarada, por sentença. Só assim o falido pode se reabilitar plenamente, readquirindo condição para reintegrar-se nas atividades empresariais. (ALMEIDA, 2010, p. 288)

Por fim, em relação à sentença de extinção das obrigações do falido, a doutrina de Fazzio Júnior (2015, p. 380/381), assevera que:

À sentença extintiva das obrigações impõe-se publicidade compatível com aquela exigida da decretação da falência. Todas as pessoas físicas e jurídicas informadas

da falência, agora, deverão cientificar-se da extinção das obrigações do falido. De fundamental importância é a comunicação ao registro de empresas (Junta Comercial) para o devido cancelamento da anotação realizada quando da decretação da quebra.

Da sentença de extinção sempre cabe apelação por credor que tenha impugnado, sem sucesso, o pedido do falido. Com o trânsito em julgado da sentença, o feito será apensado ao processo de falência.

Falido cujas obrigações estão extintas por decisão transitada em julgado não sofre mais as restrições impostas pela sentença decretatória de falência. Se a decretação da falência interdita, a extinção das obrigações libera, como se o falido ressuscitasse, ou como queria o Alvará Real de Dom José I, em 1756, “como uma nova pessoa, que antes da ressurreição civil não houvesse existido no mundo”.

Não é demais acrescentar que, nos termos do art. 191 do CTN, a extinção das obrigações do falido demanda prova de quitação de todos os tributos.

Desta forma, com o cumprimento de qualquer das hipóteses previstas pelo artigo 158 supra, ocorre a extinção das obrigações do empresário falido, o qual, à partir daí, poderá se reintegrar na sociedade empresarial.

CAPÍTULO 3 – AUTOFALÊNCIA: UM SUICÍDIO NECESSÁRIO

Neste terceiro capítulo, antes de se aprofundar na autofalência propriamente dita, far-se-á uma comparação em relação à falência requerida pelo credor. Ademais, será exposto qual procedimento específico deverá ser adotado para o processamento do pedido de autofalência, que é requerido pelo próprio empresário em crise.

O tema abordado neste capítulo objetiva demonstrar os benefícios da autofalência no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a inviabilidade da empresa em crise impossibilita o requerimento de uma recuperação judicial, restando apenas o pedido de autofalência como medida a ser adotada pelo empresário devedor. Mesmo sendo um dever do empresário devedor, a autofalência é pouco utilizada, permanecendo o empresário com sua atividade, correndo o risco de ocorrer a dissolução irregular de sua empresa.

Com o requerimento da autofalência, que, como já citado, caracterizará a dissolução da empresa como feita de forma regular, o devedor requerente usufruirá de alguns benefícios jamais imagináveis, benefícios estes que serão demonstrados no presente capítulo, por meio de recentes doutrinas e julgados dos tribunais, que, cada vez mais, valorizaram fundamentadamente a citada dissolução regular da sociedade empresária.

Na ocorrência de dissolução regular pela autofalência, o devedor requerente não sofrerá os reflexos futuros da quebra da empresa, tendo seu patrimônio pessoal resguardado de quaisquer dívidas contraídas pela sociedade empresária, inclusive em relação aos créditos tributários e trabalhistas, de acordo com os julgados discriminados no presente trabalho. Entretanto, obviamente, tais benefícios serão experimentados somente pelas sociedades de quota de participação limitada, bem como as sociedades anônimas, salvo comprovada fraude.

Unânime em todas as doutrinas, a autofalência é considerada de raríssima aplicação, uma vez que, segundo Mazzafera (2007, p. 236), trata-se de um ato de integridade do empresário, pois reconhecendo sua crise, se antecipa nas condições de falido.

3.1 Distinção dos Pedidos de Falência e Autofalência

A Lei nº 11.101/05, ao tratar do procedimento falimentar, especifica, em seu artigo 97, quem possui legitimidade ativa para requerer a falência do empresário devedor. Desta forma:

Art. 97. 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.

Segundo Fazzio Júnior (2015, p. 201), no caso do requerimento de quebra, o credor nunca deseja a falência do devedor. Busca, na verdade, a realização de um crédito. Desta forma, o pedido de falência é o instrumento mais severo de cobrança. Tão rígido, que o pedido de falência pode desbordar para a execução coletiva forçada.

Como já visto, o mais comum é que o credor, por ser o maior interessado na instauração do processo de execução concursal, até mesmo porque o pedido de falência tem se revelado um eficaz instrumento de cobrança, requeira a falência daquele que lhe deve. Com isso, o credor, ao ajuizar o pedido de falência, nada mais quer do que o recebimento de seu crédito, muitas vezes nem pensando na falência do devedor. (COELHO, 2013, p. 349/350)

No entanto, Da Silva (2015, p. 20), citando Fazzio Júnior, ressalta que o pedido de falência não deve ser interpretado como uma medida judicial, para efetuação de cobrança, na qual ocorre a substituição de impontualidade pelo fim do pagamento, acaba por tonar seu uso equivocado, permitindo a propositura de várias ações de cobranças com a máscara da ação de falência.

Ao comentar sobre a autofalência, Coelho (2013, p. 349), ensina que a Lei Falimentar impõe ao próprio devedor a obrigação de requerer a autofalência, quando estiver insolvente e considerar que não atende aos requisitos para pleitear a recuperação judicial.

Mesmo sendo uma obrigação do empresário insolvente, a Legislação não impôs nenhuma sanção àquele que não pugna por sua autofalência. Nesse sentido, Coelho (2013, p. 349), ensina:

Trata-se, porém, de obrigação desprovida de sanção. Nenhum devedor, por isso, costuma requerer a autofalência como manda a lei, e, mesmo assim, não sofre punição ou 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.

Almeida (2010, p. 60), aduz que o devedor, na hipótese da autofalência, não aguarda a ação dos seus credores, requerendo, ele mesmo, sua falência.

Assim, o pedido de autofalência independe de títulos vencidos e protestados. Uma vez verificada a condição de insolvente e, em consequência, a total impossibilidade de preencher os requisitos fundamentais para a obtenção da recuperação judicial, pode o devedor antecipar-se aos credores requerendo, como já se observou, sua própria falência. (ALMEIDA, 2010, p. 60)

Para Fazzio Júnior (2015, p. 202), a autofalência é como se fosse uma confissão da inviabilidade econômico-financeira da empresa, sendo que a liquidação patrimonial é feita de forma voluntária, sendo que o empresário é quem tem o maior conhecimento acerca de seu patrimônio total.

Mazzafera (2007, p. 236), classifica a autofalência como algo raro, entendendo se tratar de um ato de integridade do empresário, pois, reconhecendo sua situação econômico-financeira, caminha consciente para a condição de falido, antecipando-se.

Assim, o empresário consciente de que sua situação econômico-financeira não permite pleitear perante a justiça sua recuperação judicial, requererá em juízo sua autofalência, com base nos artigos 105, 106 e 107 da LF, expondo, nesse requerimento, a impossibilidade no prosseguimento de suas atividades, inclusive as causas que o levaram a semelhante situação. (MAZZAFERA, 2007, p. 236)

Exposto a conceituação da autofalência, no próximo tópico será tratado especificamente acerca do procedimento utilizado por tal instituto.

3.2 Procedimento da Autofalência

Como visto acima, o devedor em crise econômico-financeira deverá expor as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, ou seja, deverá expor a causa de pedir da autofalência (TOMAZZETTE, 2016, p. 327). Para tanto, o artigo 105 da Lei nº 11.101/05 determina quais documentos deverão ser juntados pelo empresário, bem como qual procedimento a ser adotado. Nesse sentido:

Art. 105. 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) demonstraco do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório do fluxo de caixa;
- II – relao nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificao dos respectivos créditos;
- III – relao dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;
- IV – prova da condio de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicao de todos os sócios, seus endereços e a relao de seus bens pessoais;
- V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;
- VI – relao de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funoes e participao societária.

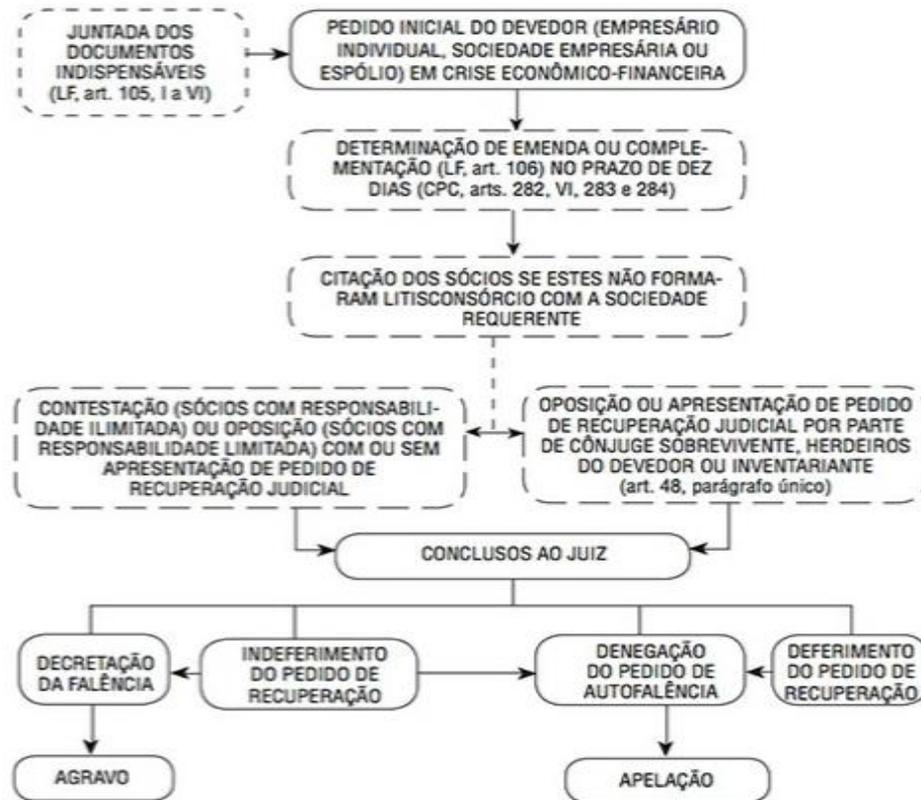
Uma vez cumpridas todas as exigências trazidas pelo artigo 105 supra, bem como regularmente instruída a petio inicial, o juiz deverá receber o pedido e determinar seu regular processamento, sendo desnecessária, via de regra, a citao do empresário. Entretanto, se o pedido se deu sem a concordância de todos os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis, deve-se promover a citao para que estes sócios contestem o pedido. (TOMAZZETTE, 2016, p. 329)

Já com relao aos credores, estes não são citados na autofalência, mas podem apresentar oposio ao requerimento, que deve dizer respeito  falta dos pressupostos da falência ou  eventual possibilidade de superao da crise e continuao da atividade. (TOMAZZETTE, 2016, p. 329)

Após uma possível oposio, caberá ao juiz verificar a presença dos pressupostos da falência e, com base no artigo 99 da Lei n 11.101/05, decretar, por meio de sentença, a falência do empresário. A partir daí, não há qualquer diferença entre a autofalência e a falência já estudada no Capítulo 2 deste trabalho, prosseguindo, assim, a apurao do ativo, realizao do ativo, e pagamento do passivo. (TOMAZZETTE, 2016, p. 330)

Negrão (2014, p. 34), visando facilitar o estudo, elaborou um quadro esquematizado do procedimento da autofalência, o qual será demonstrado pela “Figura 7” abaixo:

Figura 7 – Procedimento da Autofalência (artigo 105)



Fonte: Negrão

Destarte, o devedor que enxergar a inviabilidade de sua empresa, por meio de um advogado dotado de poderes especiais para tanto, deverá, obedecendo os procedimentos elencados no artigo 105 da Lei nº 11.101/05, requerer sua autofalência.

3.2.1 Documentos Indispensáveis Para o Pedido de Autofalência

Como já dito no item acima, o artigo 105 da Lei nº 11.101/05 determina quais documentos são considerados indispensáveis para a propositura da ação de autofalência. Nesse sentido, Tomazzette (2016, p. 327/328) ensina que:

Inicialmente, exige-se que o devedor apresente a prova da condição de empresário, com a juntada do estatuto ou contrato social em vigor. Tal exigência é feita na medida em que apenas empresários podem recorrer à autofalência, como meio de liquidação patrimonial diante de uma crise insuperável.

Além disso, exige-se a demonstração da situação econômico-financeira do devedor com a apresentação da relação descritiva de seus bens, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade. De outro lado, exige-se também a relação nominal dos credores, com a indicação do endereço, do valor e

da classificação dos créditos, permitindo, assim, uma comparação entre o ativo e o passivo.

Exige-se ainda a apresentação das demonstrações financeiras, dos livros e demais documentos contábeis do devedor a fim de que seja possível investigar os atos que acabaram gerando a crise, que culminou no pedido de autofalência, desfazendo aqueles atos que possam ser considerados ineficazes em relação à massa falida.

Dentro da mesma perspectiva, também deve ser apresentada a relação dos administradores dos últimos cinco anos, com os respectivos endereços, funções e participações societárias, para que avalie o que efetivamente ocorreu com a sociedade que teve que lançar mão da autofalência.

Entretanto, caso o pedido não esteja regularmente instruído, deve o magistrado determinar que tal pedido seja emendado. É o que discorre o artigo 106 da LRF, senão vejamos:

Art. 106. Não estando o pedido regularmente instruído, o juiz determinará que seja emendado.

Ainda, Martins (2016, p. 226), ensina que, caso a petição inicial não esteja regularmente instruída, o juiz determinará que seja emendada, conforme Súmula 56⁵, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, devendo, o magistrado, individualizar os elementos faltantes.

Caso o empresário requerente não regularize a instrução processual no prazo determinado pelo magistrado, o pedido de autofalência deve ser indeferido de plano, conforme entendimento já pacificado pelos tribunais brasileiros. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO. EMENDA À INICIAL. ARTIGOS 105 E 106 DA LEI 11.101/2005. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. EXTINÇÃO PRECOCE DO PROCESSO. SENTENÇA CONFIRMADA. Não se encontrando a peça inicial acompanhada de documento indispensável à propositura da ação de acordo com as exigências do artigo 105 da lei 11.101/05, deve o julgador cumprir o disposto no artigo 106, antes de indeferir a exordial, sob pena de nulidade do 'decisum'. **Uma vez descumprida a determinação do juiz, deixando o autor de instruir a petição inicial com as provas necessárias ao prosseguimento da autofalência, impõe-se a extinção do processo, sem resolução do mérito.**

(TJ-MG 100240622033020011 MG 1.0024.06.220330-2/001(1), Relator: ARMANDO FREIRE, Data de Julgamento: 11/12/2007, Data de Publicação: 26/02/2008) – grifo nosso

⁵ **Súmula 56:** Na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes.

Desta forma, tem-se que, para o prosseguimento da ação de autofalência, assim como em qualquer outra ação, a presença dos documentos que comprovem a dificuldade econômico-financeira, bem como a inviabilidade de prosseguimento da empresa devedora são indispensáveis, podendo acarretar, como visto, a extinção do processo sem resolução de mérito.

3.3 A Autofalência Como Dissolução Regular da Empresa

A autofalência, ao contrário do que muitos empresários pensam, pode trazer muitos benefícios a eles, dentre eles os reflexos que a chamada “dissolução regular da empresa” trará, tudo conforme será demonstrado por julgados.

Além de proporcionar proteção aos credores da falida, a autofalência também protege o patrimônio pessoal dos sócios de uma sociedade empresária, já que permite o encerramento regular da atividade empresarial. Uma vez que muitos empresários desconhecem o “modus operandi” para a dissolução regular de sua firma individual ou sociedade mercantil, eles apenas cessam suas atividades com o “baixar das portas do ponto empresarial”. (MARTINS, 2016, p. 224)

Com tal atitude, o autor ressalta que os empresários ficam sujeitos ao encerramento irregular da sua atividade empresarial e, ensejando a desconsideração da personalidade jurídica, de forma subsidiária, passam a responderem com seus respectivos patrimônios pessoais pelas dívidas da pessoa jurídica.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, inclusive em ações de execução fiscal, senão vejamos:

..EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DECRETAÇÃO DE AUTOFALÊNCIA. DISSOLUÇÃO REGULAR DA EMPRESA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado em 23.3.2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou a compreensão no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal para fins de responsabilização do sócio-gerente, sendo necessária a comprovação da prática de excesso de poder ou de infração à lei, conforme dispõe o art. 135 do CTN. Entendimento ratificado pela Súmula 430/STJ, segundo a qual o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. **2. Da mesma forma, a autofalência é faculdade estabelecida em lei em favor do comerciante impossibilitado de honrar seus compromissos, não se configurando hipótese de dissolução irregular** (REsp. 644.093/RS, Rel. Min.

FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 24.10.2005, p. 258). 3. No caso, trata-se de uma dissolução regular, a autofalência, o que não autoriza o redirecionamento da execução fiscal aos administradores. 4. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL a que se nega provimento. ..EMEN: (AAGARESP 201201268427, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB:.) – grifo nosso

Os credores, obviamente, buscarão por todos os meios demonstrar que a dissolução da empresa ocorreu de forma irregular, tudo para atingir o patrimônio pessoal dos sócios. Entretanto, conforme visto no julgado acima, a autofalência é um instituto que promove a dissolução regular, e não irregular, das firmas individuais e sociedades mercantis.

Caso o empresário devedor não se atente para a dissolução regular de sua empresa, há julgados que autorizam a chamada desconsideração da personalidade jurídica, redirecionando o objeto da ação para os bens pessoais dos sócios. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTOFALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida em processo de autofalência, a qual decretou a desconsideração da personalidade jurídica da falida. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, uma vez que pode acarretar graves e irreversíveis prejuízos ao patrimônio dos sócios. No entanto, esta pode ser deferida se restar convincente o uso fraudulento do princípio da autonomia da separação patrimonial. **In casu, presentes os requisitos autorizadores da decretação da medida, quais sejam, desvio de finalidade, confusão patrimonial ou dissolução irregular da empresa, a desconsideração da personalidade jurídica da falida é medida que se impõe.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70057624439, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 31/07/2014) (TJ-RS - AI: 70057624439 RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Data de Julgamento: 31/07/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/08/2014) – grifo nosso

Ainda, vale citar outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que melhor explica a situação de “baixar as portas do ponto empresarial” anteriormente citada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. SUSPEITA DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. CABIMENTO. SÚMULA 435 DO STJ. **Considerando que empresa não foi localizada no endereço constante em seu contrato social, tampouco notícia de decretação de falência, o que poderia afastar a responsabilização secundária dos sócios, é possível o redirecionamento do feito aos sócios-gerentes.** AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento

Nº 70053532305, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 24/04/2013)
(TJ-RS , Relator: Francisco José Moesch, Data de Julgamento: 24/04/2013, Vigésima Primeira Câmara Cível) (grifo nosso)

Como visto e demonstrado por meio do julgado supra, o simples “baixar as portas do estabelecimento comercial” é um meio de dissolução irregular da atividade empresarial, estando os sócios de uma sociedade sujeitos a responderem com seu respectivo patrimônio pessoal para adimplir as dívidas da pessoa jurídica. Logo, a fim de não incorrer em ilegalidade ao encerrar as atividades empresariais de uma sociedade empresária ou empresário individual que esteja em estado de pré-falência, deve este requerer sua autofalência. (MARTINS, 2016, p. 225)

3.4 Efeitos da Autofalência em Relação à Pessoa Jurídica e aos Sócios

Para se falar dos efeitos que a autofalência gera em relação aos sócios das empresas, deve-se analisar qual o tipo de sociedade está em questão, uma vez que, falando de sócios ilimitadamente responsáveis, estes sofrem diretamente os efeitos da falência de sua empresa. É o teor do artigo 81 da Lei nº 11.101/05:

Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

Ao comentar o artigo supra, Bezerra Filho (2015, p. 208) ensina que o legislador, ao formular tal artigo, optou, de forma clara e definitiva, por afirmar que o sócio com responsabilidade ilimitada também é falido, sem embargo do entendimento de que quem fale é a sociedade empresária e não a pessoa física do sócio.

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, três tipos de sociedade que apresentam a responsabilidade ilimitada de seus sócios pelas obrigações da sociedade, quais sejam, sociedade em conta de participação, sociedade em nome coletivo e sociedade em comandita simples. Seus sócios, embora não sejam considerados falidos, além de estarem inabilitados

para o exercício da atividade empresarial, possuirão responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. (MARTINS, 2016, p. 228)

Ainda, o parágrafo primeiro do artigo 81 delimita que a responsabilização pelas dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato social também se estende ao sócio retirante ou excluído da sociedade que era ilimitadamente responsável. A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu:

EXECUÇÃO - Massa falida ? Desconsideração da personalidade jurídica - Irregularidade da dissolução da sociedade - **Responsabilização dos sócios retirantes** -Manutenção - Deficiência do instrumento - Indícios de que **o termo legal da quebra atingiu o período em que a pessoa jurídica era controlada pelos sócios agravantes** -**Cessão que se deu meses antes do pedido de autofalência - Para efeito de responsabilidade dos sócios, o que importa é a data da constituição da obrigação** - Desnecessidade de ajuizamento de ação própria - Recurso não provido.
(TJ-SP - AI: 990101463415 SP, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 23/09/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 01/10/2010)

Por outro lado, em sociedades limitadas ou anônimas, o sócio ou acionista não tem responsabilidade pelas obrigações sociais desde que o capital social esteja inteiramente integralizado. Entretanto, a doutrina de Martins (2016, p. 229) entende que, ainda que o capital social da sociedade empresária não esteja totalmente integralizado e todos respondam solidariamente até a integralização do capital social, os bens particulares dos sócios não estarão sujeitos à constrição judicial na execução falimentar.

Por fim, caso o sócio que tiver seu patrimônio pessoal atingido pelos efeitos da falência pretenda, novamente, exercer atividade empresarial, deverá requerer a sua reabilitação, na qual serão extintas as responsabilidades na falência e, assim, ver cessado o estado de falência. (MARTINS, 2016, p. 228/229)

Para tanto, deve: 1) efetuar o pagamento de todas as obrigações sociais; 2) efetuar o pagamento, depois de realizar todo ativo, de mais de 50% dos créditos quirografários; 3) após o decurso do prazo de cinco anos, contado do encerramento da falência, se não tiver sido condenado por prática de crime falimentar; 4) após o decurso do prazo de dez anos, contado do encerramento da falência, se tiver sido condenado pela prática de crime falimentar. (MARTINS, 2016, p. 229)

Desta forma, em sede de dissolução regular da empresa, a falência só gerará efeitos diretos ao patrimônio pessoal do empresário no caso de pertencer a sociedade em que, desde sua constituição, e pela essência da sociedade, seus sócios respondem ilimitadamente, independentemente de uma possível fraude.

3.5 Da Blindagem Patrimonial dos Sócios

Como já dito, a dissolução regular da empresa, por meio da autofalência traz diversas vantagens ao empresário, sendo, uma delas, a blindagem do patrimônio pessoal dos sócios, inclusive em casos de débitos tributários e trabalhistas.

Nesse sentido, no contexto dos efeitos patrimoniais aos sócios da pessoa jurídica falida, quando a pessoa jurídica que teve decretada sua autofalência é uma sociedade limitada ou anônima, os bens que serão arrecadados para o pagamento dos credores da pessoa jurídica falida serão somente aqueles da sociedade. (MARTINS, 2016, p. 229)

Então, mesmo que o credor da sociedade falida seja de natureza trabalhista ou tributária, o patrimônio particular do sócio não poderá ser arrecadado para o pagamento das obrigações sociais. (MARTINS, 2016, p. 230)

Para um melhor estudo, faz-se necessário dividir o estudo em dois subitens, um relativo ao débito tributário, e um ao débito trabalhista.

3.5.1 Dos Débitos Tributários

Tratando especificamente dos débitos tributários, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, utilizando entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a decretação da falência da empresa, na forma da lei, não configura dissolução irregular e, por isso, não pode ser interpretada em desfavor do devedor, impedindo que a União penhorasse os bens particulares do sócio. Desta forma:

EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. PROSSEGUIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DOS SÓCIOS. INOCORRÊNCIA DAS SITUAÇÕES ELENCADAS NO ART. 135, III DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. **1-O STJ já decidiu que encerrado o processo de falência, sem resíduos de bens, não há interesse processual no prosseguimento da execução fiscal.** 2-A decretação de falência da empresa, na forma da lei, não configura dissolução irregular e, por isso, não pode ser interpretada em desfavor do devedor. **Nos casos de quebra da sociedade, a massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento do processo de falência e o redirecionamento somente é autorizado em caso de comprovação da responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa,** de modo que a ausência de requerimento de autofalência, por não consubstanciar obrigação tributária, também não se traduz em causa de redirecionamento da execução fiscal em face do sócio. 3-A extinção do processo falimentar sem resíduos de bens não implica na responsabilidade dos sócios, sendo certo que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida somente se recomenda nas hipóteses em que é a mesma utilizada para

fraudar credores ou a própria lei, o que não se comprovou, na hipótese, pelo menos até o presente momento, segundo a prova nos autos. 4-Apeleção não provida. (AC 200451015037049, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::25/08/2014.) – grifo nosso

Não obstante, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, citado por Da Silva (2015, p. 50/51), julgou improcedente a apelação interposta pela União, através da Fazenda Nacional, onde requereu o redirecionamento da execução fiscal em face do ex-sócios da sociedade empresária, o qual teve sua improcedência por conta da dissolução regular da sociedade, sendo permitida a responsabilidade pessoal dos sócios, somente no caso de comprovação da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração a lei, contrato social ou estatutos, sendo assim, o julgado abaixo discriminado:

EXECUÇÃO FISCAL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA FALTA DE PROVA DE ATO EIVADO DE EXCESSO DE PODER OU DE INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO OU ESTATUTO SOCIAIS. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. Apelação interposta pela União (Fazenda Nacional [...])

[...] De outro lado, esta Corte Regional (APELREEX nº 18.594 e AG nº 129.927), amparada em precedentes daquela egrégia Corte Superior (a exemplo, AGARESP nº 128.924), posicionou-se no sentido de que **a declaração de falência constitui modo regular de dissolução da sociedade, motivo pelo que o redirecionamento da execução fiscal contra o ex-sócio somente é possível quando comprovado, pela exequente, a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração a lei, contrato social ou estatutos.** 4. No caso posto, em não arcando a apelante com o ônus da prova relativa à prática de atos do sócio, na condução da sociedade falida, eivados de excesso de poder ou de infração à lei, ao contrato ou estatuto sociais, configurada está a sua ilegitimidade passiva, donde impossível o redirecionamento da execução fiscal promovida em desfavor da sociedade executada, merecendo registro o fato de que "A ofensa à lei, que pode ensejar a responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a que tem relação direta com a obrigação tributária objeto da execução. Não se enquadra nessa hipótese o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (art. 8º do Decreto-lei nº 7661/45)" (STJ - REsp nº 822766). 5. Apelação improvida.

(TRF-5 - REEX: 20186319994058500, Relator: Desembargador Federal Bruno Teixeira, Data de Julgamento: 08/10/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 10/10/2013) – grifo nosso

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou, no mesmo sentido, negando provimento ao agravo legal, por entender que a falência caracteriza a dissolução regular da sociedade empresária:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DOS SÓCIOS CUJOS NOMES CONSTAM NA CDA. EXCLUSÃO POR DECISÃO IRRECORRIDA. INADMISSIBILIDADE. FALÊNCIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS CUJOS NOMES NÃO CONSTAM NA CDA. LEI N. 8.620/93, ART. 13. INAPLICABILIDADE. 1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes do STJ. 2. Os sócios que constam na Certidão de Dívida Ativa foram excluídos do polo passivo do feito por decisão irrecorrida prolatada ante a concordância da exequente no sentido de que não haveria vínculo entre eles e a empresa executada. 3. **"A falência configura forma regular de dissolução da sociedade e não enseja, por si só, o redirecionamento da execução"** (STJ, AGA n. 767.383, Rel. Min. Castro Meira, j. 15.08.06). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a falência não caracteriza modo irregular de dissolução da pessoa jurídica (STJ, REsp n. 824.914, Rel. Min. Denise Arruda, j. 13.11.07; AGREsp n. 894.182, Rel. Min. Humberto Martins, j. 12.06.07). "Com o trânsito em julgado da falência e não havendo motivos para o redirecionamento da execução, esta deve ser extinta sem julgamento do mérito (STJ, REsp n. 875.132, Rel. Castro Meira, j. 28.11.06). A ofensa à lei que pode ensejar a responsabilidade do sócio (CTN, art. 135, III)" é a que tem relação direta com a obrigação tributária", de modo que o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (DL n. 7.661/45, art. 8º) não enseja a responsabilidade tributária (STJ, REsp n. 856.266, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.09.06; REsp n. 442.301, Rel. Min. Denise Arruda, j. 17.11.05; REsp n. 644.093, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 13.09.05). Deve ser feita uma ressalva: a dissolução irregular pode ocorrer antes da falência, como sucede quando " a empresa não se encontrava em época muito anterior à decretação da falência " (STJ, AGRAGA n. 690.633, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.05.06). No caso de a empresa se extinguir por falência, depois de exaurido seu patrimônio, a responsabilidade tributária é inteiramente da empresa extinta, sem ônus para os sócios (REsp n. 712.828, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.08.06, DJ 04.09.06; REsp n. 875.132-RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 28.11.06) (AC n. 1999.03.99.103603-1, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 28.05.07). Em suma, a falência, por si só, não ocasiona a responsabilidade tributária do sócio, a qual deriva da prática de atos contrários à lei relacionados ao crédito tributário. Eventual descumprimento do dever de declarar a autofalência, portanto, não enseja essa responsabilidade. Por outro lado, a falência não se confunde com a dissolução irregular. Aquela tem a ver com a insuficiência patrimonial para liquidação do passivo, esta decorre da cessação irregular das atividades. 4. A pretensão da União em incluir sócios cujos nomes não constam na CDA é obliterada em virtude da inexistência de dissolução irregular da empresa, uma vez que o encerramento do processo de falência ocorreu antes mesmo de sua citação, conforme informado pela própria exequente logo após o ajuizamento da execução fiscal. 5. A aplicação do art. 13 da Lei n. 8.620/93, por seu turno, não merece acolhida, uma vez que sua inconstitucionalidade já foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE n. 562.276, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.11.10, cfr. Notícias STF, 03.11.10), entendimento que de certo modo converge com o firmado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade da presença dos requisitos de responsabilização tributária previstos no art. 135 do Código Tributário Nacional (STJ, AGREsp n. 892876, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.06.09; AGA n. 1037331, Rel.

Min. Herman Benjamin, j. 16.09.08; AGREsp n. 897863, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.08.08). 6. Agravo legal não provido. (TRF-3 - AC: 6702 SP 2007.61.82.006702-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, Data de Julgamento: 19/09/2011, QUINTA TURMA). – grifo nosso

Ainda na mesma linha de raciocínio, mais uma decisão a respeito do referido tema, também proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...] **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a falência não caracteriza modo irregular de dissolução da pessoa jurídica** (STJ, REsp n. 824.914, Rel. Min. Denise Arruda, j. 13.11.07; AGREsp n. 894.182, Rel. Min. Humberto Martins, j. 12.06.07). "Com o trânsito em julgado da falência e não havendo motivos para o redirecionamento da execução, esta deve ser extinta sem julgamento do mérito (STJ, REsp n. 875.132, Rel. Castro Meira, j. 28.11.06). A ofensa à lei que pode ensejar a responsabilidade do sócio (CTN, art. 135, III)" é a que tem relação direta com a obrigação tributária", de modo que o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (DL n. 7.661/45, art. 8º) não enseja a responsabilidade tributária (STJ, REsp n. 856.266, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.09.06; REsp n. 442.301, Rel. Min. Denise Arruda, j. 17.11.05; REsp n. 644.093, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 13.09.05). Deve ser feita uma ressalva: a dissolução irregular pode ocorrer antes da falência, como sucede quando " a empresa não se encontrava em época muito anterior à decretação da falência " (STJ, AGRAGA n. 690.633, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.05.06). **No caso de a empresa se extinguir por falência, depois de exaurido seu patrimônio, a responsabilidade tributária é inteiramente da empresa extinta, sem ônus para os sócios** (REsp n. 712.828, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.08.06; REsp n. 875.132, Rel. Min. Castro Meira, j. 28.11.06, Bol. AASP n. 2.525, p. 4.329). 4. Agravo legal não provido. (TRF-3 - AC: 3422 SP 0003422-76.1999.4.03.6182, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, Data de Julgamento: 10/09/2012, QUINTA TURMA). – grifo nosso

Ainda seguindo a mesma linha de pensamento, novamente o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se manifestou acerca do tema, tendo deixado claro que, em caso de dissolução regular, apenas responde pelos débitos deixados pela empresa a massa falida, não podendo atingis os bens particulares dos sócios:

EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. SUCESSÃO PELA MASSA FALIDA. RETIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DOS SÓCIOS. INOCORRÊNCIA DAS SITUAÇÕES ELENCADAS NO ART. 135, III DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. 1-O STJ já decidiu que a mera decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa e que a massa falida não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, atributo que lhe permite a participação nos processos instaurados pela empresa ou em face dela, sucedendo-a em todos os direitos e obrigações (REsp nº 1.192.210/RJ). 2-Não há provas nos autos de que os sócios infringiram o contrato ou estatuto social, conforme a responsabilização do art. 135 do CTN. Embora seja possível o

redirecionamento da execução para outra pessoa que não o devedor, é necessária a especificação dos motivos pelos quais se requer tal medida, de modo que seja possível aferir a possibilidade ou não dessa inclusão. 3-A decretação de falência da empresa, na forma da lei, não configura dissolução irregular e, por isso, não pode ser interpretada em desfavor do devedor. **Nos casos de quebra da sociedade, a massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento do processo de falência e, também nesse caso, o redirecionamento somente é autorizado em caso de comprovação da responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa, de modo que a ausência de requerimento de autofalência, por não consubstanciar obrigação tributária, também não se traduz em causa de redirecionamento da execução fiscal em face do sócio.** 4-A extinção do processo falimentar sem resíduos de bens não implica na responsabilidade dos sócios, sendo certo que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida somente se recomenda nas hipóteses em que é a mesma utilizada para fraudar credores ou a própria lei, o que não se comprovou, na hipótese, pelo menos até o presente momento, segundo a prova nos autos. 5-Apelção não provida. (AC 200351015235440, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::12/08/2014.)

Posto isto, não há que se falar na cobrança do débito referente à sociedade, em face de seu sócio, uma vez que não existe mais a obrigação por conta da dissolução. Desta forma, a cobrança a ser realizada pelos credores deve se limitar somente ao patrimônio da massa falida.

Por fim, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, seguindo a mesma linha dos Tribunais Federais, entendeu a não ocorrência da dissolução irregular da sociedade, blindando o patrimônio dos sócios:

EXECUÇÃO FISCAL - Responsabilidade patrimonial do sócio de pessoa jurídica - Sociedade por quotas de responsabilidade limitada, autofalida - Não cabimento, no caso concreto, do redirecionamento da cobrança contra o co-obrigado tributário - Falta de evidência documental sobre o cometimento de atos ilegais ou predatórios pelos ex-sócios - A declaração de autofalência não caracteriza encerramento irregular da empresa - Reconhecimento formal, ademais, pelo Juízo da falência, de que não houve crime falimentar - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 994092940450 SP , Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 27/09/2010, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/10/2010). – grifo nosso

Ante o exposto, com base nos inúmeros julgados, nota-se que nos casos de sociedades tanto de responsabilidade limitada, quanto de sociedade anônima, não haverá redirecionamento de débitos tributários em face dos sócios da sociedade falida, uma vez que, conforme já visto, o requerimento de autofalência faz prova da dissolução regular da empresa, e não irregular.

3.5.2 Dos Débitos Trabalhistas

A autofalência, por ser uma forma de dissolução regular da empresa, exige o empresário de responder, com seu patrimônio pessoal, inclusive pelos débitos advindos das relações trabalhistas da empresa falida.

Para Do Carmo (p. 18), decretada a falência da empresa, e uma vez comunicado o fato ao juízo trabalhista, não pode este último, para assegurar o pronto pagamento dos créditos trabalhistas devidos ao empregado, simplesmente ignorar a quebra e decretar a despersonalização da pessoa jurídica para, a partir daquela comunicação, executar bens pessoais de seus sócios.

O autor discorre que, somente depois de última verificação dos créditos no âmbito do juízo concursal é que, subsistindo débito trabalhista da empresa falida, poderia o juiz acionar diretamente os sócios da empresa falida, uma vez que o débito é meramente residual e já foi respeitada a habilitação prévia perante o juízo concursal.

Entretanto, tal entendimento não é unânime na doutrina e jurisprudência, uma vez que é discutível a legalidade do procedimento judicial, que ignora a existência da falência com o intuito único e exclusivo de beneficiar o trabalhador. (DO CARMO, p. 18)

A despersonalização da pessoa jurídica na falência tem contornos especiais na lei n. 11.101/05, eis que pela letra de seu artigo 82, ela é permitida apenas para apurar, no juízo concursal, a responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada, já que quanto aos sócios de responsabilidade ilimitada os mesmos são considerados igualmente falidos e sujeitos aos procedimentos da lei falimentar. (DO CARMO, p. 18/19)

Desta forma, observa-se que o objetivo da Lei nº 11.101/05, ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, visando atingir o patrimônio pessoal do empresário, é de punir aquele que age irregularmente, com fraude, em relação aos credores, e não punir aquele que não possui patrimônio suficiente para saldar suas dívidas, razão pela qual nem os créditos trabalhistas podem atingir o patrimônio pessoal do sócio da empresa falida.

3.6 Impossibilidade de Responsabilização dos Sócios da Pessoa Jurídica Falida

Na hipótese de insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para pagamento de seus credores, bem como inexistindo qualquer causa para o direcionamento da dívida aos sócios, é

juridicamente impossível o redirecionamento da obrigação social aos sócios da empresa, inclusive, como visto, aquelas de natureza tributária e trabalhista. (MARTINS, 2016, p. 231)

A impossibilidade de redirecionamento das obrigações sociais da pessoa jurídica aos sócios por insuficiência de patrimônio é entendimento pacífico nos Tribunais do Brasil inteiro. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS AUSENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA IMPROVIDO. - Não conheço das questões relativas ao artigo 135, incisos III e IV, do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao artigo 158, incisos III e IV, da Lei n.º 11.201/05, ao artigo 50 do Código Civil e ao artigo 191 do CTN, uma vez que não foram enfrentadas na sentença recorrida, contra a qual não foram opostos embargos de declaração. Sob esses aspectos, as razões recursais são dissociadas das do decisum impugnado, o que não se admite. - Matéria controvertida nos autos diz respeito à possibilidade de continuação da execução fiscal após o encerramento do processo falimentar, sem a devida satisfação do débito. - Conforme dispõe o artigo 135, caput, do CTN, são requisitos para o redirecionamento da execução fiscal, a prática de atos com excesso de poderes ou a infração da lei, estatuto ou contrato social, revestindo a medida de caráter excepcional. - **O C. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, encerrado o processo falimentar, sem a constatação de bens da empresa suficientes à satisfação do crédito tributário, extingue-se a execução fiscal, cabendo o redirecionamento tão somente quando constatada uma das hipóteses dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional. - A ausência do requerimento de autofalência, por si só, não se traduz em causa de redirecionamento, porquanto não está relacionado de maneira direta com a obrigação tributária objeto da execução.** - Em que pese o artigo 40, caput, e § 1º, da Lei nº 6.830/80 admitir a suspensão e o arquivamento da execução fiscal enquanto não localizado o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora, não tem aplicação ao executivo proposto contra devedor que teve sua falência encerrada sem a existência de bens. - Por fim, quanto ao prequestionamento de matéria ofensiva a dispositivo de lei federal e de preceitos constitucionais, tendo sido o recurso apreciado em todos os seus termos, nada há que ser discutido ou acrescentado nos autos. - Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida. Reexame necessário improvido. (APELREEX 00135331720024036182, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) – grifo nosso

No mesmo sentido da responsabilidade dos sócios, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no tocante à dissolução regular, que isenta a responsabilidade do administrador:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 192.771 - RS (2012/0126842-7) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE : CARLOS RESENDE ARAÚJO SANTOS E OUTRO ADVOGADO : RICARDO DE SOUZA PRISCO E OUTRO (S) AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADOR : GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI E

OUTRO (S) DECISÃO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DECRETAÇÃO DE AUTOFALÊNCIA. INVIABILIDADE. DECISÃO RECONSIDERADA PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PARA DECLARAR A INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES ORA AGRAVANTES, COM INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto por CARLOS RESENDE ARAÚJO SANTOS E OUTRO, em face da decisão que negou provimento ao Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. ART. 135 DO CTN. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DISSOLUÇÃO IRREGULAR RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM COM BASE NO EXAME DAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS. INVIABILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 2. Em suas razões, os agravantes afirmam que não há como imputar a responsabilidade pelo débito fiscal mediante redirecionamento se a empresa em questão foi dissolvida de forma regular mediante autofalência. 3. Requerem, a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação pelo órgão colegiado. 4. É o que havia para relatar. 5. Com razão os agravantes. 6. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado em 23.3.2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou a compreensão no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal para fins de responsabilização do sócio-gerente, sendo necessária a comprovação da prática de excesso de poder ou de infração à lei, conforme dispõe o art. 135 do CTN. Ratificando esse entendimento, foi editada a Súmula 430/STJ, segundo a qual o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. 7. Ressalte-se que o mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 8. Outrossim, a ausência do requerimento de autofalência, por si só, não se traduz em causa de redirecionamento, porquanto não está relacionada de maneira direta com a obrigação tributária objeto da execução (REsp 907.253/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 22.03.2007, p. 335). 9. Em outra oportunidade, esta Corte entendeu que a autofalência é faculdade estabelecida em lei em favor do comerciante impossibilitado de honrar seus compromissos, não se configurando hipótese de dissolução irregular (REsp. 644.093/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 24.10.2005, p. 258). 10. No caso dos autos, a execução foi proposta inicialmente contra JH PAR ELETRODOMÉSTICOS LTDA, sendo, posteriormente, redirecionada contra os administradores, por serem diretores da empresa JH SANTOS S.A., que era detentora da maioria do capital social e sócio-gerente da executada (cláusula vigésima oitava do contrato social, fl. 18 da execução) (fls. 315); houve pedido de autofalência realizado em 1997 pela JH Santos S.A e no ano de 2000 pela JH PAR ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (fls. 316); o relator na origem ainda observou que os administradores ora agravantes, tentaram manter a empresa em funcionamento (fls. 317). 11. **Dessa forma, verifica-se que se está diante de uma dissolução regular, a autofalência, o que não autoriza o redirecionamento da execução fiscal aos administradores.** 12. Ante o exposto, reconsidera-se a decisão de fls. 640/643, e dá-se provimento ao Agravo em Recurso Especial para, reformar o acórdão recorrido, julgar procedentes os embargos à execução fiscal para declarar a inexistência de responsabilidade dos administradores ora agravantes, com inversão dos ônus de sucumbência. 13. Publique-se. 14. Intimações necessárias. Brasília-DF, 27 de maio

de 2015. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (STJ, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO). – grifo nosso

Da Silva (2015, p. 57), citando Roberto Biava Júnior, esclarece que o encerramento das atividades de uma pessoa jurídica, de modo irregular, pode implicar a responsabilização pessoal de seus sócios.

Entretanto, conforme demonstrado, a autofalência, considerada dissolução regular, exclui qualquer possibilidade de argumentação em contrário, não sendo possível a responsabilização dos sócios, nem dos sócios-administradores por qualquer débito, inclusive tributário e trabalhista.

Desta forma, no caso de a pessoa jurídica submetida ao processo falimentar ser uma sociedade limitada ou anônima, tendo sido decretado sua falência, apenas os bens da pessoa jurídica serão arrecadados para o pagamento dos credores, não podendo, por insuficiência de bens da falida, qualquer redirecionamento das obrigações sociais aos sócios.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar as vantagens e eficácia da Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005, na qual, ao contrário de sua antecessora, Decreto-Lei nº 7.661/45, que buscava somente o cumprimento obrigacional da empresa para com seus credores, pouco se importando com a reestruturação da empresa e da continuidade de suas atividades, na nova lei houve especial preocupação com o cumprimento das obrigações da empresa inadimplente, criando institutos para a recuperação e reestruturação das empresas em crise, ou, para aquelas consideradas inviáveis, insuscetíveis de recuperação judicial, criou a opção de o próprio empresário requerer sua falência, sendo denominado “autofalência”.

A autofalência, como visto, é algo raríssimo de acontecer, visto que o empresário devedor nunca quer ver sua empresa “fechando as portas”, muitas vezes porque todas suas economias foram ali investidas, além de mexer diretamente com a “dignidade empresarial” do devedor, razão pela qual muitas vezes permanecem com sua empresa ativa, mesmo enfrentando crises, esperando que algum credor venha requerer sua quebra.

Sendo o último recurso do empresário que enfrenta uma crise econômica, financeira, ou patrimonial, bem como última solução do empresário, a fim de evitar uma futura dissolução irregular da sociedade, sofrendo os empresários com os reflexos dessa irregularidade, é de extrema importância o requerimento voluntário de quebra pelo próprio devedor.

Uma vez decretada a autofalência do devedor, este se vê diante de diversos reflexos positivos, buscando por meio do referido instituto, resguardar seu patrimônio pessoal, uma vez que o requerimento da autofalência devidamente instruído e apresentado judicialmente, implica na dissolução regular da sociedade empresária, razão pela qual é considerada um “suicídio necessário”.

Dessa forma, a dissolução regular da empresa, em especial das Sociedades Limitadas e Sociedades Anônimas, beneficiará diretamente seus sócios, que não terão seus bens penhorados por conta das dívidas contraídas pela sociedade, inclusive das dívidas tributárias e trabalhistas.

No terceiro capítulo, onde foram tratados exclusivamente os benefícios proporcionados pela autofalência, demonstrou-se quais vantagens proporcionadas ao empresário, mencionando diversos julgados dos mais variados Tribunais Brasileiros, decidindo favoravelmente ao empresário devedor, bem como impedindo que os credores

ataquem diretamente o patrimônio pessoal dos sócios para satisfação dos débitos contraídos pela pessoa jurídica.

Ante o exposto, conclui-se que o pedido de falência realizado pelo próprio devedor, autofalência, não só pode, como deve ser considerado um suicídio necessário, capaz de impedir, inclusive, que débitos trabalhistas ataquem o patrimônio pessoal dos sócios, além de incentivar as empresas em crise a optarem pela dissolução regular, e não irregular.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresas**. 25. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005.

BURGARELLI, Aclibes. **Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial Vol. 3**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9. ed. – São Paulo. Saraiva, 2013.

DA SILVA, Rodrigo Correia. **Autofalência e seus Benefícios no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia apresentada na Instituição de Ensino Eurípides de Marília, UNIVEM, 2015.

DO CARMO, **Júlio Bernardo**. **Efeitos da Recuperação Judicial e da Falência Sobre o Processamento dos Feitos na Justiça do Trabalho**. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 3ª Região, sem ano. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/255_efeitos_recuperacao_falencia.pdf. Acesso em: 11/10/2016

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Adriano de Oliveira. **Recuperação de Empresa em Crise, A Efetividade da Autofalência no Caso de Inviabilidade da Recuperação**. Curitiba: Editora Juruá, 2016

MAZZAFERA, Luiz Braz. **Curso básico de direito empresarial**. 2ª ed., ver., ampl., atual. Bauru/SP: EDI-PRO, 2007

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005** / Ricardo Negrão. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

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

RIOS GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta; RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. **Sinopses Jurídicas: Direito Falimentar Vol. 23**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHEZ, Alessandro; GIALLUCA, Alexandre. **Saberes do Direito: Direito Empresarial IV Vol. 30**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STJ - **AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgRg no AREsp 192771 RS 2012/0126842-7**. Decisão monocrática. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195439973/agrg-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-192771-rs-2012-0126842-7/decisao-monocratica-195439983>. Acesso em: 12/10/2016

STJ - **AAGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 192771**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> (palavra-chave: Autofalência). Acesso em: 11/10/2016.

TJMG - **Apelação nº 100240622033020011 MG.** Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5948040/100240622033020011-mg-1002406220330-2-001-1>. Acesso em: 11/10/2016.

TJRS – **Agravo de Instrumento: AI 70057624439.** Disponível em: RS <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132848149/agravo-de-instrumento-ai-70057624439-rs>. Acesso em: 11/10/2016

TJRS - **Agravo de Instrumento: AI 70053532305 RS.** Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112879205/agravo-de-instrumento-ai-70053532305-rs/inteiro-teor-112879215>. Acesso em: 11/10/2016.

TJSP – **Agravo de Instrumento: AI 990101463415 SP.** Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16348376/agravo-de-instrumento-ai-990101463415-sp>. Acesso em 11/10/2016.

TJSP - **Agravo de Instrumento: AI 994092940450 SP.** Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16451105/agravo-de-instrumento-ai-994092940450-sp>. Acesso em: 13/10/2016

TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, Falência e Recuperação Judicial Vol. 3.** 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

TRF2 - **AC - APELAÇÃO CIVEL - 617495.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> (palavra-chave: Autofalência). Acesso em: 11/10/2016.

TRF2 - **AC - APELAÇÃO CIVEL - 617495.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> (palavra-chave: Autofalência). Acesso em: 11/10/2016.

TRF3 - **APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 1940280.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> (palavra-chave: Autofalência). Acesso em: 11/10/2016.

TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 6702 SP 2007.61.82.006702-3. Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20504702/apelacao-civel-ac-6702-sp-20076182006702-3> trf3. Acesso em: 12/10/2016.

TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 3422 SP 0003422-76.1999.4.03.6182. Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22394107/apelacao-civel-ac-3422-sp-0003422-7619994036182-trf3>. Acesso em: 12/10/2016.

TRF5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário: REEX 20186319994058500. Disponível em: <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24314507/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-20186319994058500-trf5>. Acesso em: 12/10/2016.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.