

DIREITO CONCURSAL:
DA CRISE À RECUPERAÇÃO DA EMPRESA.

Direito Concursal: A empresa em crise

1. Introdução

No que tange a empresa em crise, necessário se faz distinguir entre crise econômica, financeira e patrimonial. Dessa forma, por crise econômica deve-se entender a retratação considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Ela pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa. Já a crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. Logo as vendas podem esperar seus compromissos podem estar crescendo, o faturamento satisfatório e não existir crise econômica; contudo, a sociedade empresária tenha dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido. Dessarte a exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Nesta condição a sociedade empresária parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores, o que não é bem realidade. Pois, o patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de forte investimento na ampliação de seu negócio. Assim, quando concluída a obra, verifica-se aumento da receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial. Vale afirmar, que esses índices são muito relativos e não se revelam úteis à análise e mercado em algumas situações. No entanto, a queda das vendas acarreta falta de liquidez e, em seguida, insolvência; quadro crítico este que preocupa os agentes econômicos, sejam eles credores, trabalhadores, investidores etc. Além disso, a crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa (Lobo, 1996).

2. Solução de mercado e recuperação da empresa.

A superação da crise da empresa deve ser resultante da uma “solução de mercado”: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover os recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar

dinheiro. Contudo, se não houver solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a falência da sociedade empresária que o explorava. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Dessa forma quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores. Dessa forma, vale afirmar, se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação. Assim, esta dando-se por intervenção do Estado é justificável apenas se a solução de mercado não pôde concretizar-se por disfunção do sistema de liberdade de iniciativa, na hipótese de o empreendedor atribuir à empresa, por exemplo, valor idiossincrático da empresa que é aquele atribuído exclusivamente pelo seu dono. Este valor compromete a racionalidade das negociações. O mercado não soluciona a crise da empresa, não porque inexistem interessados em recapitalizá-la e reorganizá-la, mas porque seu titular quer um preço que ninguém vê vantagem em pagar. Assim, o instituto da recuperação da empresa tem sentido no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada.

3. A reforma do direito falimentar

A recuperação judicial não pode significar a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa. Destarte, o papel do estado-juiz deve ser apenas o de afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado.

É importante ressaltar, que quando a empresa está em crise, seja ela econômica, financeira ou patrimonial, o direito deve regular o procedimento extrajudicial, iniciado e desenvolvido pela própria sociedade empresária devedora, de cessação de pagamentos. O objetivo é criar condições para renegociações globais das dívidas. Ao fazer a declaração unilateral de cessação de pagamentos, a devedora convoca a assembleia de credores, na qual apresenta seu plano de recuperação da empresa e uma proposta de renegociação do passivo. Vale afirmar ainda que os credores da sociedade empresária em crise podem interessar-se em abrir mão de parte do crédito, prorrogar o vencimento da obrigação ou renunciar a garantias e privilégios se ficarem convencidos das boas intenções dos empreendedores e administradores e da consistência do plano de recuperação. Desta forma, devem ter inclusive o direito de realizar auditoria na devedora, individual ou coletivamente. Caso nenhuma instituição financeira realize oferta pública de aquisição dos créditos ou não se habilite nenhum capitalista para assumir o negócio, ficará então caracterizado que o mercado não tem solução para a crise daquela empresa. Assim, em 2005, a reforma da lei falimentar brasileira,

embora tenha introduzido importantes avanços no campo da preservação da atividade econômica, não alterou os fundamentos do sistema anterior. Dessa maneira o direito brasileiro continua presumindo o litígio em qualquer hipótese de crise da empresa, envolvendo em demasia o Poder Judiciário. O projeto de reforma da Lei de Falências foi sancionado como lei nº 11.101/2005. Esta reforma, além de atualizar a lei, contribui em duas frentes importantes para a economia brasileira, quais sejam, a luta contra o desemprego e a retomada do desenvolvimento econômico. Sendo assim, valendo-se do instituto da recuperação judicial, procurou-se desacelerar a elevação do nível de desemprego. No que tange a retomada do desenvolvimento econômico, surgiu a possibilidade de medidas como a venda dos bens do devedor independentemente da verificação dos créditos e investigação de crume falimentar ou alterações na classificação dos credores foram introduzidos com o objetivo de reduzir o risco associado à insolvência do devedor e, consequentemente, os spreads e juros bancários. De toda sorte, o certo é que a reforma não alterou os fundamentos da lei falimentar anterior e a crise da empresa continua sendo vista como litigiosa.

A instituição da falência

1. Pressupostos da Falência.

Sabemos por excelência que a garantia dos credores é o patrimônio do devedor. Pois o direito romano evoluiu quanto a satisfação de dívidas na pessoa do devedor e criou mecanismos de execução patrimonial, de maneira que não se admite mais, atualmente, a escravidão do devedor inadimplente.

Dessarte no estado capitalista hodierno, o poder pode mover o Poder Judiciário à execução de tantos bens do patrimônio do devedor quantos bastem à integral satisfação de seu crédito. Vale afirmar, que a execução processa-se, via de regra individualmente, para dele haver a satisfação da obrigação descumprida, mediante penhora e venda judicial.

É importante ressaltar que quando o patrimônio do devedor é representado por bens de valores inferiores à totalidade de suas dívidas, para injustiça, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê a instauração da execução concursal, ou seja, do concurso de credores.

Contudo, se o devedor não possui condições de soldar na integralidade suas dívidas, devem ter preferência os mais necessitados, ou seja, os trabalhadores.

Sendo assim, temos que a falência é o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor, considerando para aqueles não empresários que o direito destina ao processo de insolvência civil disciplinada por nosso Instituto Processual Civil em seu artigo nº 748 e seguintes. Assim temos que o devedor empresário goza de privilégios jurídicos do que os demais devedores insolventes que são açaibarcados pela legislação processual civil. Dessa maneira, ao devedor empresário a lei concede o favor da recuperação judicial ou extrajudicial, que o preserva da execução concursal. Além disso, reparte-se entre determinados credores empresários o risco de insucesso inerente às atividades econômicas.

1.1 Devedor Sujeito a Falência.

A falência está diretamente ligada a exploração de atividade econômica de forma empresarial. No entanto a lei exclui do direito falimentar alguns empresários. Dessarte, a exclusão é total ou absoluta, se e a sociedade nunca puder falir, como nas hipóteses de seguradoras operadoras de planos privados de assistência à saúde e bem como de instituições financeiras.

1.2 Insolvência.

Trata-se, portanto, da instauração de um específico processo judicial de execução estabelecido pela lei falimentar. Não se trata aqui de “insolvência econômica”, mas da “insolvência jurídica”, que se caracteriza pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada ou pela prática de ato de falência, conforme o artigo nº 94, I, II, III da Lei de Falências.

1.2.1 Impontualidade injustificada.

Pera que se dê a impontualidade injustificada, que caracteriza a insolvência jurídica, para fins de falência, é necessário documento em título executivo judicial ou extrajudicial protestado. Além disso, o título de obrigação líquida deve atender mais um requisito qual seja, o do valor. Pois, o devedor só pode ter a falência decretada se tiver deixado de cumprir pontualmente obrigação de pelo menos 40 salários mínimos. Vale ressaltar, que admite a lei que se forme um litisconsórcio ativo para alcançarem juntos esse patamar.

1.2.2 Execução frustrada.

A execução frustrada é aquela em que ocorre a tríplice omissão, ou seja, o devedor executado não paga, não deposita e não nomeia bens a penhora. Vale afirmar que para se caracterizar a tríplice omissão não é necessária que título tenha valor mínimo, pois este requisito apenas é válido para a impontualidade injustificada. Destarte, tendo o credor executado título de valor e decretada a falência do devedor.

1.2.3 Atos de falência.

Entre os atos de falência temos: a) Liquidação precipitada. Trata-se aqui da sociedade empresária que liquida seu negócio de forma abrupta, ou seja, vende os bens do ativo não circulante indispensáveis à exploração da atividade, quais sejam máquinas, tecnologia, veículos, sem reposição, deixando de observar as regras atinentes à dissolução. b) Negócio simulado. Trata-se de fraude a credores por meio de negócio simulado, ou ainda, alienar parcial ou totalmente, elementos do seu ativo não circulante. c) Alienação irregular de estabelecimento. Trata-se da sociedade empresária que vende o seu estabelecimento empresarial sem o consentimento dos credores, salvo se conservar, no patrimônio, bens suficientes para responder pelo passivo, está exposta à decretação da quebra, por ter incorrido em conduta característica de ato de falência. d) Transferência simulada do principal estabelecimento. Trata-se aqui de transferência cujo objetivo é fraudar a lei, frustrar a fiscalização ou prejudicar credores, dificultando-lhes o exercício de direitos. e) Garantia real. A instituição de garantia real, seja ela hipoteca, penhor, caução de títulos, pela sociedade empresária em favor de um de seus credores deve operar-se posteriormente à constituição do crédito. No entanto, não se verifica ato de falência se a constituição da obrigação e a concessão da garantia real são concomitantes. f) Abandono do estabelecimento empresarial. Este ato quando feito pelo representante legal da sociedade devedora importa caracterização do ato de falência. g) Descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial. Se a sociedade empresária é beneficiária de recuperação judicial, ela não pode deixar de cumprir sem justificativa qualquer das obrigações assumidas no plano de reorganização. Dessa maneira, verificando o implemento, a qualquer tempo, caracteriza-se o ato de falência.

2. Pedido de falência.

O processo falimentar desdobra-se em três grandes etapas. A fase pré-falimentar que dedica-se à verificação dos dois pressupostos materiais de decretação da falência, quais sejam, a empresarialidade da sociedade devedora e a insolvência jurídica. Esta fase também é conhecida por pedido de falência. Nela, ainda não se estabelece relação da falência, o juiz proferirá sentença denegatória e encerrará o processo em sua primeira fase, caso contrário o juiz editará a sentença declaratória da falência. Na segunda fase do processo falimentar, cujos objetivos principais são a realização do ativo, a verificação e satisfação do passivo.

2.1 Sujeito Ativo

Conforme Fábio Ulhoa, “O credor está legitimando para o pedido de falência ainda que seu crédito não esteja vencido, cabendo-lhe provar a impontualidade injustificada da sociedade devedora ou a execução frustrada em relação a título de terceiros ou ainda a prática de ato de falência. Estão legitimados para o pedido de falência, além dos credores, a própria sociedade devedora

(autofalência) e seus sócios". Dessarte, em geral, o credor é o maior interessado na instauração do processo de execução concursal, haja vista que o pedido de falência tem-se revelado um eficaz instrumento de cobrança.

2.2 Competência e Universidade do Juízo Falimentar

Ressalta Coelho, que "competente para conhecer o pedido de falência, decretá-la e processá-la é o juiz local em que está situado o principal estabelecimento da sociedade empresária devedora no Brasil. Este, por sua vez, é àquele em que a devedora concentra o maior volume de seus negócios, contudo eventualmente, não coincide com a matriz". Além disso, "o juízo falimentar é universal, porque atrai todas as ações e interesses da sociedade falida e da massa falida. A atratividade do juízo falimentar não se verifica relativamente às ações não reguladas pela Lei de Falências de que seja outrora ou letisconsorte ativa a massa falida, às que demandam quantia ilíquida ou às execuções fiscais. Também não ocorre a atração prevista em lei se a competência jurisdicional é ditada pela Constituição (justiça do trabalho e justiça federal)." Não obstante, é entendimento jurisprudencial que o princípio da universalidade do juízo falimentar é mais simples, de sorte a serem atraídas apenas as ações regulares pela Lei de Falências, continuando as disciplinadas por outros diplomas legais a tramitar perante o juízo competente de acordo com as regras gerais do processo civil.

2.3 Rito

O pedido de falência requer um rito típico, próprio, ou seja, contencioso. Se tratarmos então de autofalência, o rito terá natureza não contenciosa. Contudo, o rito tem especificações, pois se for fundado na impontualidade injustificada a petição deverá estar instruída com o título de protesto, tendo prazo da defesa de 10 dias contados com a citação. No entanto, se o fundamento do pedido for impontualidade do devedor a pontualidade, qual seja o pedido de suspensão do processo feito apenas pelo requerente importa necessariamente a sua extinção. Sendo o fundamento do pedido a impontualidade, o requerimento de sustação tem efeito da moratória. Vale afirmar, que o pedido de falência pode ser suprimido pelo depósito da importância em atraso. Além disso ele impede a decretação da falência do requerido, porque desfigura a impontualidade injustificada ou o interesse do credor na instauração da execução concursal.

2.4 Ministério Público no Pedido de Falência.

Via de regra, não se tem como obrigatória a intervenção do M.P. em todos os pedidos de falência haja vista que não está prevista em lei. No entanto, é admissível a participação dele após a instauração do concurso de credores, sendo que podem entrar em conflito, de um lado, os interesses dos trabalhadores, do fisco e de sujeitos de direito vulneráveis e, de outro, os credores cíveis, normalmente empresários e bancos. Contudo, é difundida a

prática de o juiz remeter ao ministério Público, os outros do pedido de falência, para parecer, logo após a manifestação do requerido ou o transcurso do prazo para esta.

3. Sentença Declaratória da Falência.

Segunda Fábio Ulhoa “a sentença declaratória da falência não é declaratória, mas constitutiva, porque altera as relações entre os credores em concurso e a sociedade devedora falida, ao fazer incidir sobre elas as normas específicas do direito falimentar”. Todavia, vale ressaltar, no meu entendimento que a sentença constitutiva também declara, portanto nada impede que seja denominada declaratória.

3.1 Conteúdo e Publicidade.

No que tange ao conteúdo da sentença declaratória de falência, temos que deve ter o conteúdo genérico de qualquer sentença judicial e o específico que a lei falimentar lhe prescreve. Dessa maneira, o julgador deverá atentar-se ao art. 458 de nosso Instituto Processual Civil e também o art. 99 da Lei Falências. Sendo assim, na sentença declaratória da falência, o juiz fixa o termo legal, ainda que em caráter provisório. Além disso o termo legal de falência é o lapso temporal correspondente às vésperas da decretação de quebra que serve de referência para a auditoria que o administrador judicial deve realizar nos atos praticados pelos representantes legais da sociedade empresária falida.

3.2 Recursos.

É importante ressaltar, que o processo falimentar adotou sistema recursal próprio e diferente do processo civil, haja vista que da sentença declaratória da falência cabe sempre o recurso de agravo, assim como está disposto na L.F. em seu art. 100. A modalidade cabível é de agravo de instrumento, sendo que o agravo retido não faz sentido, uma vez que o processo falimentar admite apelação.

No que se refere ao prazo, aplica-se o disposto no Código de Processo Civil, conforme a Lei de Falências, em seu artigo 185, ou seja, nos dez dias seguintes à publicação da sentença no Diário Oficial, deve interpor, perante o tribunal competente, o agravo (CPC, arts. 542 e 525) e comunicando, nos 3 dias subsequentes, o juízo falimentar, para eventual retratação deste. Assim, o relator poderá atribuir o efeito suspensivo ao agravo, a pedido da falida agravante ou de ofício.

4. A denegação da falência

Duas são as razões em que podem se fundar a sentença de negatória da falência, quais sejam, de um lado, a supressão do pedido em razão do depósito do valor em atraso pelo requerido, e de outro, a pertinência das razões

articuladas na contestação. Conforme Fábio Ulhoa a denegação da falência com a elisão do pedido pelo depósito, sucumbe a requerida, que reconhece de modo implícito a procedência do pedido. No entanto, quando se trata de acolhimento de contratação da sociedade empresária devedora, sucumbe o requerente, cujo pleito não poderia ter sido atendido. É importante ressaltar que contra sentença que denega o pedido de falência pode ser interposto o recurso de apelação, no prazo e segundo o processo previsto no Código de Processo Civil.

5. A administração da falência.

O administrador dos bens da falida é o juiz e a ele compete autorizar a venda antecipada daqueles de fácil deterioração ou desvalorização, além disso cabe também aprovar a prestação de contas do administrador judicial, ficar a remuneração dos auxiliares deste, autorizar o aluguel de bem arrecadado, quando inexistente o comitê e entre outros atos.

Vale afirmar, que o juiz será auxiliado pelo promotor de justiça e pelo administrador judicial. Assim, o representante do Ministério Público intervém no concurso de credores como fiscal da lei, ou como parte no oferecimento de denúncia por crime falimentar.

5.1 Administrador Judicial

Ensina Fábio Ulhoa que “o administrador judicial pode ser pessoa física ou jurídica. Trata-se de profissional da inteira confiança do juiz e por este nomeado com observância dos impedimentos legais (parente de administrador da sociedade falida, pessoa condenada por crime falimentar ou que não cumpriu a contento a mesma função em outra falência etc)”.

Vale afirmar, que o administrador judicial tem direito a remuneração, arbitrado pelo juiz em percentual do valor atuo realizado. No entanto, o limite máximo da lei é fixado em 5% sobre o valor da venda dos bens na falência.

Por fim, o administrador judicial é o auxiliar o juiz na administração da falência e representante legal da comunhão dos interesses dos credores, contudo não goza de absoluta autonomia, porém tem plena responsabilidade nos limites dos atos a ele cometidos pela lei.

5.2 Assembleia dos Credores.

Na falência, a lei reservou à Assembleia dos Credores, as seguintes atribuições: a) aprovar a constituição do Comitê de Credores, elegendo os seus membros; b) aprovar, por 2/3 dos créditos, modalidades alternativas de realização do atrativo; c) deliberar sobre qualquer matéria dos interesses dos credores. Dessarte, a Assembleia dos Credores na falência tem poderes de deliberação na substituição do administrador judicial, constituição e eleição do

comitê e aprovação de formas alternativas de realização do ativo se alcançar expressivo consenso na votação da matéria, ou seja, aprovação por 2/3 dos créditos.

5.3 Comitê.

Tem-se o comitê como órgão consultivo e de fiscalização. Este instala-se na falência ou por deliberação de qualquer das classes de credores em Assembleia, à qual compete também eleger os membros do órgão. O comitê é órgão facultativo e fazem parte 1(um) representante efetivo e 2(dois) suplentes de cada classe, escolhidos pela maioria dos que compõem.

Efeitos da Falência.

1. Dissolução da sociedade falida.

A decretação da falência provoca a dissolução da sociedade empresária. Portanto, trata-se de ato judicial que instaura uma forma específica de liquidação do patrimônio social, para que a realização do ativo e a satisfação do passivo sejam feitas não por um liquidante escolhido pelos sócios ou nomeado pelo juiz da ação de dissolução, porém pelo Poder Judiciário, por meio do juízo falimentar, com a colaboração do administrador judicial.

Dessa maneira, a falência é hipótese de dissolução total judicial. Sendo que a sentença declaratória da falência desfaz todos os vínculos existentes entre os sócios ou acionistas e inaugura o processo judicial de terminação da personalidade jurídica da sociedade.

Dessarte, a falência é motivo de dissolução – ato da sociedade empresária. No entanto, trata-se de forma específica de dissolução – procedimento, o processo falimentar, no qual se realiza a liquidação do ativo e passivo.

2. Sócios da Sociedade Falida.

A falência projeta seu efeito sobre os sócios da sociedade empresária, pois estes expõem-se as consequências decorrentes da quebra da sociedade. Dessa forma, os sócios são afetados de maneira diversa, segundo tenham ou não administrado a empresa. Logo, aqueles sócios administradores têm as mesmas obrigações processuais do empresário individual falido. Além disso, faz-se necessário identificar o tipo societário da falida, seja ela limitada, anônima ou de tipo menor, bem como a natureza de responsabilidade penal, que os sócios são indistintamente equiparados ao empresário individual falido.

3. O patrimônio da sociedade falida.

Em se tratando de falência da sociedade empresária, seja ela limitada ou anônima, os bens que serão arrecadados para integração à massa falida são exclusivamente os da sociedade. Vale afirmar que os bens dos sócios não são bens da massa falida e, portanto, não se sujeitam à pressão judicial da execução falimentar, logo apenas são arrecadados os bens da pessoa jurídica da sociedade falida, e não de seus integrantes. No entanto, os sócios somente têm seus bens arrecadados na falência da sociedade quando esta adota a forma de um tipo menor, seja ele comandita simples, ou de nome coletivo e eles têm responsabilidade solidária ou ilimitada pelas obrigações sociais. Contudo, transitada em julgado a condenação proferida na ação de integralização movida pelo administrador judicial, a constrição judicial dos bens dos sócios será feira por penhora, em execução de sentença. Para ocorrer a real aplicação da L.F., o interprete e aplicador deverá se valer do princípio da autonomia da pessoa jurídica, e das regras limitadoras da responsabilidade dos sócios por obrigações da sociedade.

Ressalta Ulhoa que “na falência de companhias securitizadoras emitentes de Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) em regime fiduciário, os ativos correspondentes a cada empreendimento compõem um ‘patrimônio separado’ e não integram a garantia dos credores participantes do concurso falimentar”.

4. Os atos da sociedade falida.

Em uma sociedade empresária os sócios, o acionista controlador e os administradores ao perceberem a situação econômica pré-falimentar, fundada na dificuldade de receber e quitar pagamentos, redução da demanda dos produtos e serviços oferecidos, além de retratação do crédito bancário, podem/devem evitar a decretação da quebra. Pode ocorrer ainda, a tentativa de contornar suas consequências por meios ilícitos, fraudando os credores ou a finalidades da execução concursal. Dessa maneira, aqueles poderão simular atos de alienação de bens do patrimônio, social ou instituir, em favor do credor quirografário, garantia real em troca de alguma vantagem indevida.

Contudo a lei proíbe os atos dos representantes legais da sociedade falida que frustram os objetivos do processo falimentar, imputando-lhes ineficácia em relação à massa falida. No entanto, mesmo que as partes não tenham agido com intuito fraudulento, o ato será objetivamente ineficaz se comprometer a realização do ativo ou frustrar o tratamento paritário dos credores (L.F. em seu artigo 25). Assim havendo fraude, a ineficácia será subjetiva, e o ato neste caso é revogável, conforme art. 130 da atual lei de falências.

Em uma sociedade empresária os sócios, o acionista controlador e os administradores ao perceberem a situação econômica pré-falimentar, fundada na dificuldade de receber e quitar pagamentos, redução da demanda dos produtos e serviços oferecidos, além de retratação do crédito bancário, podem/devem evitar a decretação da quebra. Pode ocorrer ainda, a tentativa

de contornar suas consequências por meios ilícitos, fraudando os credores ou a finalidade da execução concursal. Dessa maneira, aqueles poderão simular atos de alienação de bens do patrimônio social ou instituir, em favor do credor quirografário, garantia real em troca de alguma vantagem indevida.

Contudo, a lei proíbe os atos dos representantes legais da sociedade falida que frustram os objetivos do processo falimentar, imputando-lhes ineficácia à massa falida. No entanto, mesmo que as partes não tenham agido com intuito fraudulento, o ato será objetivamente ineficaz se comprometer a realização do ativo ou frustrar o tratamento paritário dos credores (L.F. em seu artigo 29). Assim havendo fraude, a ineficácia será subjetiva, e o ato neste caso é revogável, conforme art. 130 da atual lei de falências.

4.1 Ineficácia dos Atos da Falida

É irrelevante se a falida agiu ou não com fraude para que o ato seja ineficaz. Dessa forma, na descrição dos atos objetivamente ineficazes, a ineficácia é condicionada à prática num certo lapso temporal que é o termo legal da falência ou os 2 anos anteriores à quebra, dependendo do inciso.

Dessarte, temos como objetivamente ineficazes perante a massa falida os seguintes atos da sociedade empresária: a) o pagamento, no transcorrer do termo legal da falecida, de dívida não vencida por qualquer meio extinto do direito creditício; b) o pagamento, dentro do termo legal da falência, de dívida vencida, por qualquer meio extinto do direito creditício, salvo o pactuado entre as partes quando da criação da obrigação; c) a constituição, dentro do termo legal da falência, de direito real de garantia em relação a obrigação anteriormente contratada; d) Os atos a título gratuito praticados nos 2 anos anteriores à decretação da falência; e) alienação do estabelecimento comercial (trespasse) sem a anuência expressa ou tácita de todos os credores ou seu pagamento, salvo se a sociedade empresária conservou, em seu patrimônio, bens suficientes para garantir o atendimento do passivo; f) O Registro no Cartório de Imóveis de direito real de constituição de garantia ou de transferência de propriedade imobiliária por ato intervivos posterior à decretação do sequestro ou da falência, salvo prenotação anterior; g) Reembolso, à conta do capital social, quando o acionista dissidente não foi substituído em relação aos credores da sociedade falida anteriores à retirada (LSA, art. 45, § 8º).

4.2 Ação Revocatória

Quando a declaração da ineficácia é objetiva, ela pode ser inicialmente declarada de ofício pelo juiz nos autos da falência, ou quando houver provas suficientes de frustração, o juiz declarará por mero despacho. Contudo, se não houver tais provas reunidas no processo falimentar, a ineficácia deverá ser buscada em ação inominada ou mediante execução, em processo autônomo ou incidente ao da falência. Já, a ineficácia subjetiva do ato deve ser declarada pelo juiz da falência na ação falimentar específica, denominada revocatória. Esta, se julgada procedente, autoriza a inclusão na massa falida dos bens correspondentes ao ato ineficaz.

Processo da Falência

1. Os Pagamentos na Falência.

Ressalta Fábio Ulhoa que “os pagamentos, na falência, serão feitos pelo administrador judicial com observância da ordem legal, que distingue os credores em espécies e classes. As espécies são quatro; a) credores da massa; b) restituições em dinheiro; c) credores da falida; d) sócios ou acionistas”.

Antecedem no pagamento dos credores da sociedade falida, os créditos extraconcursais, que são aqueles relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro.

É importante ressaltar, que a lei contempla elenco exemplificativo dessas despesas, quais sejam: a) remuneração do administrador judicial e seus auxiliares, inclusive obrigações trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho quando referentes a serviços prestados após a decretação da falência; b) quantias fornecidas à massa pelos credores; c) despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, além dos custos judiciais; d) obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados no âmbito da recuperação judicial ou da falência; e) disponibilização de páginas na rede mundial de computadores; f) organização e realização da Assembleia dos Credores ou reunião do Comitê; g) publicação de aviso em jornal de grande circulação; h) pagamento de tributos e contribuições cujas fatos geradores se verificam durante a tramitação do processo de falência; i) créditos negociais não quirografários contraídos pela sociedade empresária no curso da recuperação judicial.

1.2 Restituições em dinheiro.

Quando se trata de contribuição do empregado para o INSS, adiantamento com base num contrato de câmbio, compensação de contratante de boa fé pelos prejuízos derivados da declaração de ineficácia de ato da falida, os pedidos devem ser atendidos em dinheiro, ou ainda, se após a arrecadação, foi roubado, furtado ou perdido. Dessa forma, este constitui-se como crédito extraconcursal e cabe sua satisfação antes do pagamento dos credores da sociedade falida.

1.3 Credores da sociedade falida.

Considerando que o principal objetivo do processo falimentar é o tratamento paritário dos credores, temos que esse princípio ao mesmo tempo que assegura os credores com título de mesma natureza a igualdade, estabelece hierarquias em favor dos mais necessitados quais sejam, os empregados e, em parte, do interesse público – representado pelos créditos fiscais, colocando em último lugar os empresários.

1.3.1 Empregados e equiparados.

É importante ressaltar que entre os credores da falida, o primeiro pagamento deve beneficiar os titulares de direito à indenização por acidente de trabalho causado por culpa ou dolo do empregador. Vale afirmar, que esse crédito não se confunde com o benefício, devido pelo INSS, em razão do mesmo acidente. Tem-se como créditos trabalhistas e os equiparados, como aqueles do representante comercial autônomo e a CEF pelo crédito do FGTS.

1.3.2 Credores com garantia real.

Aqueles titulares de garantia real integram a categoria dos credores não sujeitos a rateio e se divide em titulares de garantia real e os de privilégio especial. Os credores não sujeitos a rateio têm o seu direito creditário atendido com o produto da venda de certos bens sobre os quais recai a garantia real ou o privilégio especial.

Assim, a diferença entre os credores de cada subclasse diz respeito à origem da vinculação. Contudo, na hipótese de credor com garantia real, o produto da venda do bem onerado, seja ele hipotecado, empreenhado ou convencionado, é destinado prioritariamente ao pagamento do crédito garantido em decorrência de ato de vontade das partes.

1.3.3 Fisco.

Trata-se aqui de créditos públicos e são créditos titularizados pelo Estado ou por ente ao qual a lei estende as garantias e prerrogativas deste. Dessa forma, envolve os créditos fiscais e os parafiscais.

Segundo a Lei 6.830/80 de Execuções Fiscais, os créditos fiscais podem ser inscritos na dívida ativa, o que importa para o aparelhamento da execução fiscal.

Vale afirmar, que são créditos tributários os impostos, taxas e contribuições e não tributárias as obrigações contratuais ou extracontratuais. Entre a categoria dos créditos parafiscais estão os de entidades privadas que prestam serviço de interesse social, como o Sesc, Senai, entre outros.

1.3.4 Credores com privilégio especial.

Na classe destes, o crédito será satisfeito preferencialmente com o produto da venda de determinados bens da sociedade falida. Dessa maneira, o saldo não coberto por esse produto é reclassificado como quirografário.

1.3.5 Credores sujeitos a rateio

Desdobram-se em duas classes, os credores sujeitos a rateio: a) credores com privilégio geral, isto é, para advogado, debenturista com debênture flutuante; b) quirografário, isto é, aqueles credor por título de crédito, indenizado por ato ilícito.

Dessa maneira, após o atendimento à classe dos credores não sujeitos a rateio, o administrador judicial procede à repartição, na ordem de preferência das classes dos credores sujeitos a rateio, do dinheiro disponível na massa falida, proporcional ao valor do crédito de cada credor admitido.

1.3.6 Credores Subquirografários.

O administrador judicial destina os recursos restantes ao pagamento dos subquirografários, após a satisfação dos credores quirografários. É importante ressaltar, que nessa classe há suas subclasses, quais sejam, a das multas contratuais e penas pecuniárias por infração à lei penal ou administrativa (subquirografário por ilícito) e os credores subordinados (em geral, os próprios sócios da sociedade empresária falida).

Dessarte, as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração à lei penal ou administrativa devem ser pagas após a satisfação dos credores quirografários e antes dos subordinados, porque, caso contrário, essas obrigações nascidas de ato ilícito do devedor estariam sendo suportados, pela comunhão dos credores.

1.3.7 Juros e correção monetária.

É importante ressaltar, que a decretação da falência suspende a fluência dos juros, legais ou contratuais. Dessa forma os juros vencidos até a data da sentença de quebra somam-se ao principal do crédito para fins de habilitação. Isto é, os juros posteriores à falência ficam suspensos e somente serão pagos se sobrarem recursos na massa ativa, depois que todos os credores subordinados da falida estiverem integralmente satisfeitos.

Dessarte, antes de partilhar o acervo entre os sócios de sociedade falida, o administrador judicial deve destinar os recursos existentes no caixa da massa ao pagamento dos juros posteriores à falência, observando novamente a mesma ordem de classificação. Desse pagamento estará apenas excluído o credor com garantia real, caso o produto da venda do bem onerado tenha viabilizado já o entendimento do consectário.

Assim, a correção monetária segue a regra diversa e deve ser paga juntamente com o principal da dívida de cada credor, no momento em que estiver sendo atendida a classe a que pertence. Dessarte, ela nada acrescenta ao valor da obrigação, mas apenas preserva o poder aquisitivo da moeda em que se expressa. Dessa maneira, em relação à correção monetária dos créditos admitidos na falência, o art. 3º da Lei nº 8.177/91 pôs fim às vacilações a jurisprudência referentes à aplicação aos processos falimentares de Lei nº 6899/81.

1.4 Sócios ou acionistas.

Estes podem ser pagos, na falência da sociedade em duas hipóteses. A primeira, como titulares de crédito subordinado ou de participação societário, são pagos em função do dinheiro emprestado à sociedade ou de qualquer outro negócio jurídico existente entre a massa falida e seus sócios ou acionistas; contudo, no segundo caso, recebem valor proporcional à participação no capital social.

2. Encerramento da falência

Depois de fazer o último pagamento, o administrador judicial deve apresentar sua prestação de contas, tendo para isso o prazo de 30 dias, sendo que processadas e julgadas as contas, ele tem 10 dias para submeter o seu relatório final ao juiz. A partir de então, o juiz profere a sentença de encerramento da falência e contra essa decisão terminativa do processo falimentar cabe apelação.

Recuperação da Empresa

1. Introdução.

Como é notório, cada direito procura seus meandros e cada país tem encontrado respostas próprias à questão da recuperação judicial das empresas. Os franceses procuram criar mecanismos preventivos, enquanto outros só tratam da reorganização da atividade falida, como os alemães. No entanto, os norte-americanos que se limitam a criar um ambiente favorável à negociação direta entre os envolvidos e também os italianos que determinam a intervenção judicial na administração da empresa em dificuldade.

1.1 Viabilidade da Empresa.

É importante ressaltar, que o exame da viabilidade deve ser feito pelo Poder Judiciário em função de vetores como; a) importância social; b) mão-de-obra e tecnologia empregadas; c) volume do ativo e passivo; d) Idade da empresa; e) Porte econômico.

1.2 Meios de Recuperação da Empresa.

A lei de falências em seu artigo 50 lança lista exemplificativa dos meios de recuperação da atividade econômica e esta compreende: a) dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos; b) operação societária; c) alteração do controle societário; d) reestruturação da administração; e) concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores; f) reestruturação do capital; g) transferência ou arrendamento do estabelecimento; h) renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista; i) dação em pagamento ou novação; j) constituição de sociedade de credores; l) realização parcial do ativo; m) equalização de encargos financeiros; n) usufruto de empresa; o) administração compartilhada; p) emissão de valores mobiliários; q) adjudicação de bens.

2. Órgãos da Recuperação Judicial.

2.1 Assembleia dos credores

Trata-se aqui de órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou de vontade entre os que titularizaram crédito junto a sociedade empresária requerente da recuperação judicial sujeita os efeitos desta. Dessa maneira, cabe ela aprovar o plano de recuperação apresentado pela devedora.

2.1.1 Participantes das Assembleias dos credores.

Desta só podem participar aqueles credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e tenham sido verificados os respectivos créditos. Contudo, enquanto alguns credores têm direito apenas de voz, outros têm direito a voz e voto.

2.1.2 Instâncias da Assembleia dos credores.

São quatro as instâncias de deliberação. De maneira que, a instância maior é o plenário da Assembleia dos credores. O comitê é tido como instância residual em relação àquela. Dessa forma, temos 4 instâncias, sendo o plenário e três classistas e a depender da matéria em questão, a votação cabe a uma ou mais dessas instâncias.

2.2 Comitê

Assim como já abordado anteriormente, vou ater-me a conceituar, sendo então, órgão facultativo da recuperação judicial, que tem a competência de fiscalizar a administração da sociedade que pleteia a recuperação judicial.

2.3 Administrador Judicial.

Este tem sempre a função de fiscalizar a sociedade, além de presidir a Assembleia de Credores e verificar os créditos. No entanto, na falta de Comitê o administrador judicial exerce essa função, podendo ainda, substituir o administrador da empresa, quando requerido pelo juiz.

3. Recuperação Extrajudicial.

A partir de 2005, a lei que reformou a Lei de Falências, no Brasil passou-se a estimular soluções de mercado para a recuperação das empresas em estado crítico. Dessa forma, se a sociedade devedora que se encontra em crise, procura seus credores e os convence de que é necessário a renegociação para a superação do estado crítico e que sem a dilação do prazo para pagamento ou novação, e que não terá como escapar da falência. Dessarte, a homologação judicial do acordo, ou seja, do plano de recuperação, só é obrigatória quando a maioria dos credores atingidos concorda em apoiá-lo, mas há uma minoria que nega a sua adesão.

4.1 Homologação Facultativa

No que tange a homologação de recuperação extrajudicial, temos que é facultativa, isto é, ocorre quando todos os credores aderiram ao plano de recuperação e por isso, a homologação judicial não é obrigatória a sua implementação. No entanto, ela visa revestir o ato com maior formalidade, chamando a atenção das partes para a importância, ou ainda, para possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas.

4.2 Homologação Obrigatória

Trata-se, no momento, da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, porém uma minoria resiste a suportar as consequências.

4.3 Os credores na Recuperação Extrajudicial.

É importante ressaltar a existência de um rol de credores que estão preservados da recuperação extrajudicial, mesmo a homologada judicialmente, quais sejam, os credores trabalhistas, tributárias, proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor de imóvel e vendedor titular de reserva de domínio; instituição financeira credora por adiantamento ao exportador. Dessa maneira, todos os demais credores estão expostos aos efeitos da recuperação extrajudicial homologada.

Conclusão

A reforma de Lei de Falências foi algo essencial para atuar no atual problema que está ocorrendo, qual seja, a crise das empresas. Sendo que a falência de uma empresa gera desemprego e empobrecimento do país, desencadeando assim uma desestrutura socioeconômica.