

# **PANORAMA DA FALÊNCIA PASSADOS 10 ANOS DA LEI Nº 11.101/2005: DOS PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS À SENTENÇA<sup>1</sup>**

## **OVERVIEW ON BANKRUPTCY AFTER 10 YEARS OF LAW NO. 11,101/2005: FROM ECONOMIC AND LEGAL ASSUMPTIONS TO RULING**

**Luciano Benetti Timm<sup>2</sup>**

**Rodrigo Dufloth<sup>3</sup>**

**Thiago Tavares da Silva<sup>4</sup>**

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar as principais características do instituto da falência sob a égide da Lei nº 11.101/2005, conforme alterada (a Lei de Recuperação de Empresas ou “LRE”), com foco na ótica dos credores. Para tanto, realizaremos um estudo sistemático do tema, permeado por (i) análise econômica do direito e a falência, (ii) antecedentes históricos do instituto da falência, (iii) pressupostos legais estabelecidos para o estado falimentar, (iv) legitimidade passiva e ativa para o pedido de falência, com especial atenção para o (v) princípio da autonomia dos credores, e por fim passando pelos principais aspectos da (vi) sentença judicial.

**Palavras-chave:** falência; análise econômica do direito, recuperação de empresas; estado de insolvência; autonomia dos credores.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the main characteristics of the legal concept of bankruptcy under Law No. 11,101/2005, as amended (Companies’ Reorganization Law or “LRE”), aiming at creditors’ perspective. For such purpose, we will carry out a systematic approach of the matter, including (i) economic analysis of law and bankruptcy, (ii) historical background of bankruptcy, (iii) legal assumptions required for the state of bankrupt, (iv) active and passive legitimacy for bankruptcy request, with a especial attention to the (v) principle of creditors’ autonomy, ending with the main aspects of (vi) judicial ruling.

**Keywords:** bankruptcy; economic analysis of law; companies’ reorganization; state of insolvency; creditors’ autonomy.

## **1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A FALÊNCIA**

---

<sup>1</sup> Artigo objeto de publicação na edição nº 01 da REVISTA DE DIREITO RECUPERACIONAL E EMPRESA, da Editora Revista dos Tribunais, ampliado e adaptado para esta publicação.

<sup>2</sup> Professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Vide <<http://www.cmtlaw.com.br/profissionais/luciano-benetti-timm/>>

<sup>3</sup> Vide <<http://www.cmtlaw.com.br/profissionais/rodrigo-vinicius-dufloth/>>

<sup>4</sup> Advogado, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Administrador Judicial em Procedimentos de Falências e Recuperações Judiciais de Empresas.

Sabemos que negócios em crise econômico-financeira, porém viáveis, são potenciais alvos para o instituto da recuperação de empresas. Já os procedimentos, de outro lado, falimentares não possuem esta função. Ainda que a falência pareça ser o “calote institucionalizado”, como muitos pregam (e o que não é verdade), seu desígnio possui vital importância para o ambiente econômico.

Efeitos de um cenário mercadológico desfavorável, marcados por medidas econômicas trágicas, como vimos nos últimos anos, aumentaram sobremaneira os pedidos de recuperação judicial e de falências. De acordo com o indicador *Serasa Experian de Falências e Recuperações*, entre janeiro e setembro de 2015, o número de recuperações judiciais foi 44,7% maior em relação ao mesmo período de 2014 (CONJUR, 2015).

Passaram-se poucos meses do início de 2016, e periódicos de prestígio no Brasil noticiavam dia após dia uma nova empresa que se utilizara da recuperação judicial ou da falência. A situação é preocupante. Isto é devido ao aumento expressivo de juros, alta variação cambial, dificuldade de obtenção de capital de giro, perdas de contratos e outras tantas situações.

É muito provável que vários dos procedimentos hoje recuperacionais amanhã convertam-se em falências. Assim, qual a contribuição da falência para o aumento da credibilidade nos *stakeholders*?

Poderíamos dizer que uma das contribuições seria justamente a redução dos *custos de transação*. É fato que extirpar o mal de quem convalesce o faz crer na vida e nas medidas contraceptivas. Isto é, retirar do mercado quem não tem condições de participar dele traz segurança para aqueles que dependem de negociações no mercado, gerando maior confiança nos agentes econômicos. Mas extinguir uma empresa requer estratégia e utilização correta dos ativos, justamente para que se crie um ambiente econômico saudável e de credibilidade, com a devida atenção ao artigo 47 da LRE, abaixo explanado.

O problema é que o instituto da falência é mal visto ao ponto que, como dito anteriormente, as pessoas a vinculam diretamente à fraude. A consequência disto é que a intenção colaborativa dos credores praticamente desaparece. A explicação, de acordo com Jairo Saadi é que: “a insolvência causa externalidades negativas, ou seja, a falência é um processo arcado por

alguém que não a causou. Evidente, se o credor soubesse que o devedor não lhe pagaria, não teria entrado naquela relação” (SAADI, 2012, p. 355).

Este sentimento do credor o faz ter um comportamento, ante a sua ausência de expectativa, de envidar atos que dificultam o bom andamento do procedimento falimentar, tornando-o muitas vezes ineficiente. Neste momento, a coletividade cede espaço ao individualismo, querendo, tão somente, ver a melhor forma de satisfazer o seu crédito. As externalidades negativas referidas por Saadi, portanto, retiram do credor a possibilidade de colaborar para que se tenha uma falência destinada a alcançar o bem de todos os credores, passando a enxergar apenas que se não agir logo, terá reduzida sua chance de requerer a expropriação de bens do devedor, pois os demais credores já o terão feito. A grande questão, por assim dizer, é apresentar que mesmo na falência exista grande possibilidade de mitigação eficiente das perdas.

Imaginamos que uma forma para reduzir a *assimetria de informações* entre o devedor e os seus credores seria prover estes últimos de maior conhecimento sobre o procedimento falimentar e dos ganhos que se pode auferir quando há um comportamento colaborativo. Esta falha existente no mercado causada pela desinformação dos credores recai sobre a falência, tornando a maioria dos procedimentos ineficientes ao que se propõe. Lembramos uma situação em que advogávamos para uma empresa de Santa Catarina: participávamos de uma Assembleia-Geral de Credores, tratava-se de uma recuperação judicial. Naquela ocasião, os credores, descontentes com os rumos que o Plano de Recuperação se apresentava, faziam coro a uma só vez pugnando pela decretação da falência. O que de fato ocorreu!

Será que a decretação da falência seria o melhor caminho, inclusive para aqueles que afluam sua raiva pedindo a falência como se pudessem sentirem-se vingados pelo não pagamento dos seus créditos? Temos absoluta certeza que não!

É justamente aí que nos referimos. Caso soubessem eles o que significa convolar uma recuperação judicial em falência, com os impactos que isto gera, reduzindo, portanto, informações assimétricas, tenderiam os credores a aprovar o Plano de Recuperação, ou, no mínimo, analisar melhor as condições que o devedor propõe para pagar as dívidas vinculadas a uma determinada classe de credores.

Ao encontro do que mencionamos acima, igualmente como uma tentativa de reduzir os custos de transação, está o tratamento igualitário existente entre os credores de um mesmo devedor, ao que chamamos de *par conditio creditorum*. A intenção é justamente evitar que um ou vários credores tenham comportamentos oportunistas, a revelia das regras do procedimento falimentar, ou, ainda, que o próprio devedor por motivos estranhos queira favorecer determinada pessoa. A regra serve para todos os que desejam cobrar as suas dívidas, porém, obedecidas as formas previstas em lei.

E mais. Como órgão representativo da vontade máxima dos credores e em atenção ao princípio da autonomia dos credores abaixo referido, há a própria Assembleia-Geral de Credores, a qual igualmente pode ser invocada na falência. Isto é, o legislador preocupou-se em estabelecer regras que não só evitam comportamentos individualistas e que possam comprometer a eficiência da falência, mas também mecanismos hábeis a fazer valer os direitos, dos quais os credores são detentores. Se a razão da assembleia é promover a deliberação, parece que a função disto não é outra que não a redução das informações assimétricas, possibilitando um equilíbrio entre os interesses dos credores e do falido. Daí podemos falar em eficiência do procedimento falimentar.

A necessidade de respeitar o órgão deliberativo, assim como o tratamento igualitário entre os credores, tem por finalidade evitar a existência de diversas execuções individuais, como se aquele que corresse na frente teria maior êxito no alcance dos seus interesses. Não se trata a falência de um procedimento cujo qual atribui vitória ao mais perspicaz. Não é uma guerra. Isto não pode ser encarado como eficiente. Em razão da falência ser concebida como uma medida que visa a preservação dos direitos da coletividade, inclusive do falido, *eficiência* significa tratar os credores igualitariamente, exercendo seus interesses através do órgão adequado, diminuindo a falha causada pelo mercado ao não possibilitar informações simétricas entre os interesses dos credores e os do falido.

As vantagens alcançadas com o respeito aos procedimentos e regras impostas à falência por toda a coletividade que dela se utiliza tende a torná-la eficiente não só do ponto de vista econômico, ao gerar maior credibilidade, mas também mercadológico, percebendo os agentes econômicos que negociar com

uma empresa falida não está intrínseco ao descumprimento de determinada relação jurídica, mas uma situação que exige maiores cuidados para que possamos extinguir uma empresa da forma menos prejudicial à sociedade e à economia do país.

Ao passo que poderíamos comparar a recuperação judicial de empresas à “*teoria dos jogos*”; a falência, facilmente enquadra-se ao “*dilema dos prisioneiros*”. Ambas são teorias econômicas muito utilizadas pelo direito e que auxiliam na compreensão e solução de problemas jurídicos.

No primeiro caso, dizemos que a recuperação judicial pode ser vista à luz da “*teoria dos jogos*”. Assim temos que: o jogo é o procedimento de recuperação, os jogadores ou agentes racionais são os credores e as estratégias do jogo é o Plano de Recuperação. Portanto, o sucesso do procedimento recuperacional (aprovação do Plano de Recuperação) depende do convencimento dos jogadores ou agentes racionais (credores) pelo devedor de que a melhor decisão que eles podem tomar é aderir às regras do jogo (Plano de Recuperação). Isto é, o alcance do resultado esperado está relacionado à interação entre os jogadores, pois eles, racionalmente, analisarão e escolherão as melhores ações para atingir os seus objetivos particulares.

No segundo caso, a falência, vista sob o prisma do “*dilema dos prisioneiros*”, teoria baseada no conflito existente entre os interesses coletivos e o auto interesse dos jogadores (HILBRECHT 2012, p. 119), há uma dúvida sobre o melhor caminho a ser seguido: cooperar ou não cooperar. Qual trará melhor resultado? Havendo a cooperação, o credor poderá ter o recebimento do seu crédito mais rápido e em valor maior do que se não cooperasse. Porém, na visão do jogador (credor), cooperar pode significar uma diminuição das chances de potencializar as formas de receber o que lhe é devido. Como na maioria das vezes não há colaboração, os credores recebem menos do que poderiam e têm direito, caso sua opção fosse colaborar. Esta é a lógica.

O objetivo é criar maior eficiência no procedimento falimentar (maximização dos ativos com maior agregação de valor), para que os credores tenham a exata impressão de que cooperar é o melhor caminho.

Por isso, é salutar que se tenha agilidade na liquidação de ativos, tangíveis ou intangíveis, valendo-se da maior utilidade e alcance possíveis que os bens possam proporcionar, sempre em detrimento da coletividade.

Feita a introdução acima com relação ao pressuposto econômico que permeia o instituto da falência (dado que a racionalidade econômica precede a racionalidade jurídica, e não o contrário), passaremos à sua análise propriamente dita à luz da LRE, iniciando por uma abordagem histórica deste instituto que é tão mal visto (há séculos) pela sociedade em geral.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

### **2.1. Panorama geral**

O falido era tratado de modo severo no Direito Romano: se condenado a pagar ou confessasse o débito e não pagasse em 30 dias, tinha lugar a *manus injectio*, pela qual o devedor era preso pelo credor por 60 dias. Se em tal prazo, após 3 tentativas em feiras, ninguém o resgatasse pagando suas dívidas, podia-se celebrar o *nexum dare*, tornando o devedor escravo do credor, que teria poderes inclusive para esquartejá-lo e distribuir suas partes, proporcionalmente aos diversos créditos (FRANCO, 2015).

Embora na Idade Média tenha havido a substituição da responsabilidade pessoal pela patrimonial, a falência conservou seu estigma infamante: o fato de falir, por si só, levava a uma presunção de fraude.

Na *Inglaterra*, havia leis nitidamente pró-credor e caracterizadas pelo tratamento severo aos devedores. O Estatuto dos Mercadores de 1285 autorizava a prisão por dívidas, e a *common law* autorizava a apreensão do corpo do devedor, que poderia ser mantido até o pagamento do débito. Pela primeira lei falimentar inglesa, promulgada em 1542 (reinado de Henrique VIII), os devedores eram vistos como “quase-criminais”, reforçada a posição dos credores mediante diversos remédios legais. Em 1706, com o Estatuto da rainha Anne, admitiu-se que o devedor que cooperasse com o procedimento se liberasse de todos os seus débitos mediante entrega de bens, mas ao mesmo tempo transmudou a falência fraudulenta em crime capital, atendendo a clamor público. Somente com o *Insolvency Act 2000* é que o caráter pró-credor foi amenizado, em vista da tendência de preservação da empresa.

Na *Alemanha*, que recepcionou o Direito Romano, a inadimplência era crime, e o devedor poderia ser exilado, tornar-se um fora da lei ou escravizado, se o débito não fosse pago oportunamente. A tortura era também um meio para convencer o devedor a pagar, além de outras penalidades como o uso do barrete infamante e a permissão dada ao credor de cortar partes superiores e inferiores do devedor. No início do século XVI, passou-se a distinguir devedores honestos dos desonestos, exacerbando a severidade do tratamento quanto aos últimos.

Na *França*, igualmente foi herdado o caráter penal medieval do Direito Romano, sendo o falido também submetido ao pelourinho e à camisa de força. Apenas com o Código de Comércio de 1807 é que vai se introduzir uma certa tolerância quanto ao falido.

Na *Itália*, o devedor comerciante suspeito de insolvência era submetido a cerimonias degradantes, perda de direitos e inclusive tortura e morte. O sequestro de seus bens mediante ordem judicial era medida preventiva. Ainda, o devedor perdia sua cidadania e podia ser preso e mantido na prisão até o pagamento do débito.

Em *Portugal*, em novembro de 1756 foi editado um alvará disciplinando as falências, o qual condenava os falidos como ladrões públicos, não lhes poupando a prisão.

Na *Espanha*, desde o século XI até a Primeira Guerra Mundial, o procedimento de insolvência era nitidamente dirigido à satisfação dos credores.

Este desenvolvimento perpassa até consolidar-se no século XX, quando grandes transformações ocorriam nos Estados Unidos da América. Pode-se dizer, em um grosso corte histórico, que a ideia de um novo recomeço livre de débitos anteriores (*fresh start*) teve mesmo como marco os Estados Unidos da América, por meio do *Bankruptcy Act* de 1934, e na sequência com o *Chandler Act* de 1938, em um caráter pró-devedor (FRANCO, 2015, p. 438).

## **2.2. Brasil**

Entre nós, cabe destacar o Código Comercial de 1850, que regulava em sua Parte III as “Quebras”. O artigo 797, alvo de diversas críticas, era paradigmático: “[t]odo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido”. Autores apontam que o procedimento falimentar do

Código Comercial de 1850 era por demais complexo e burocrático, especialmente preocupado com o “interesse” do credor, esquecendo-se do contexto social no qual a empresa se insere (DANTAS, 2013, p. 71).

Após, surgiram várias legislações alterando o Código Comercial de 1850, sendo pertinente apresentá-las com brevidade. Nos anos 1890, foi editado o Decreto 917 (elaborado em 14 dias, por Carlos de Carvalho), o qual revogou as disposições de falência e era calcado na impontualidade do pagamento, instituindo como prevenção a cessão de bens, a concordata preventiva (e não mais apenas a suspensiva), acordo extrajudicial, dentre outros.

No ano de 1902, foi promulgada a Lei nº 859, a qual instituíra a figura do síndico, pessoa previamente inscrita em lista na Junta Comercial. Em 1908, tal lei foi substituída pela Lei nº 2.024, que posteriormente absorveu as alterações promovidas pelo Decreto nº 5.746/1929.

Em 1945, no Governo Vargas, foi editado o Decreto-Lei nº 7.661. Considerando o cenário político intervencionista da época, este diploma atribuiu maiores poderes ao magistrado, reduzindo sobremaneira a autonomia dos credores e, a concordata assumiu natureza jurídica de favor legal. Continuou-se, no Brasil, a justificar a falência pela mera insolvência, mediante um processo ainda mais moroso, sendo esquecida a análise da viabilidade econômica da atividade empresarial em crise.

Passados 60 anos desde a edição do antigo diploma legal, foi então finalmente editada, em 2005, a Lei Federal nº 11.101 (conforme alterada, a “LRE”), objeto do presente estudo, largamente ancorada no princípio da preservação da empresa, conforme enuncia seu artigo 47, que, embora se refira à recuperação judicial, é verdadeira “pedra fundamental” de todo o sistema concursal:<sup>5</sup>

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor,

<sup>5</sup> Rubens Approbato Machado (2005) enuncia a seguinte ordem principiológica da LRE: (a) Preservação da empresa; (b) Separação dos conceitos de empresa e empresário; (c) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (d) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (e) Proteção dos trabalhadores; (f) Redução do custo do crédito do Brasil; (g) Celeridade e eficiência dos processos judiciais; (h) Segurança jurídica; (i) Participação ativa dos credores; (j) Maximização do valor dos ativos do falido; (k) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e (l) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.



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”.

Pela lógica do artigo acima, temos que existindo “viabilidade” na empresa, a crise deverá ser solucionada por meio de recuperação (judicial ou extrajudicial), enquanto a falência seria a *ultima ratio*, uma vez declarada a inviabilidade da empresa. Passemos, então, ao estudo da falência propriamente dita.

### 3. PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE FALÊNCIA

Para que o estado de falência possa ser instaurado pela sistemática da LRE, a doutrina enuncia 3 pressupostos: (i) a qualidade de empresário do devedor, (ii) o estado de insolvência (ou crise econômico-financeira aguda) do empresário e (iii) a decretação judicial da falência. Discutível é a existência de um quarto elemento: a pluralidade de credores. A seguir, examinaremos cada um deles.

No tocante ao primeiro ponto, nos termos do artigo 1º da LRE, o sujeito passivo da falência é o empresário, ou a sociedade empresária, cuja definição advém do Código Civil:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

A fim de explicar a definição de empresa, recorreremos aqui à clássica lição de Sylvio Marcondes (1977, p. 11), especialmente no tocante ao

parágrafo único do artigo 966 acima (elemento de empresa), ao tratar daqueles que exercem profissão intelectual:

“A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o que quando opera ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores da produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes, etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital [...], será considerado empresário porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços”.

Importante fazer uma ressalva quanto ao “elemento de empresa”, apresentado pelo parágrafo único do artigo em questão. A bem da verdade, trata-se de uma regra importada do artigo 2.238 do Código Civil Italiano, haja vista que até a vigência do Código Civil de 2002, tal possibilidade de configuração do “elemento de empresa” para tornar determinado sujeito, que exerce alguma atividade econômica, como empresário, fugia a nossa tradição.

Dizemos isto para referir que, uma vez configurado o “elemento de empresa”, é possível que o sujeito caracterizado como empresário, em razão da organização dos fatores de produção para o exercício da atividade e, dotados de uma contabilidade regular, submetidos, portanto, ao estatuto dos empresários, possa ter sua falência decretada (CAVALLI; AYOUB, 2013, p. 26-7).

Quanto ao segundo ponto, para que seja determinado o estado de insolvência, há diversos sistemas possíveis, dentre os quais podemos enunciar (CAMPINHO, 2012, p. 204-8):

- (i) sistema do patrimônio deficitário, no qual o patrimônio do devedor apresenta-se insuficiente para satisfazer as suas dívidas. O entrave deste sistema é a dificuldade de comprovação, pelo credor, da situação deficitária, dado que teria que “ingressar no âmago dos negócios do devedor, inquisitorialmente, para avaliar sua insolvabilidade, comprovando preliminarmente o fato de ser o

seu patrimônio, isto é, o seu ativo, insuficiente para cobrir suas dívidas, ou seja, o passivo” (REQUIÃO, 1998, p. 65);

- (ii) sistema da incapacidade de pagar, que parte da verificação de fatos que indiquem a incapacidade do devedor de pagar as suas dívidas. Adotado na Alemanha e Áustria, este sistema presume que há incapacidade de pagar quando o devedor promove a suspensão de pagamentos;
- (iii) sistema da cessação de pagamentos, pelo qual o devedor que cessa de pagar suas dívidas evidencia-se como insolvente. Adotado no Código Comercial francês (que inspirou o Código Comercial brasileiro, em seu artigo 797, supra citado), este sistema gerava incertezas, por deixar larga margem para a atuação de magistrados. Entre nós, com o desenvolvimento da jurisprudência, não bastaria a cessação de pagamentos para o estado de falência, mas apenas se e quando motivada pela insolvabilidade;
- (iv) sistema da impontualidade, em que a insolvência decorre do não pagamento de uma dívida líquida e certa no respectivo vencimento. O não pagamento pontual é apenas tolerado se motivado por uma razão juridicamente suficiente que, oposta ao credor, demonstre não existir insolvabilidade;
- (v) sistema da indicação de fatos concretos, prescritos em lei, por meio do qual há uma indicação de determinadas situações legais nas quais se encontra o devedor, que são tradutoras de sua insolvabilidade. A crítica é que a enumeração, por natureza limitativa, pode não ser completa e, portanto, defeituosa; e
- (vi) sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, tido como misto: a presunção da insolvência é derivada da impontualidade do devedor no pagamento de obrigação líquida, devidamente comprovada pelo protesto do título executivo que a corporifica, ao lado do elenco de atos legalmente enumerados que exteriorizam a impossibilidade do devedor de cumprir suas obrigações (sem,

necessariamente, a verificação da falta de pagamento), nos termos do artigo 94 da LRE.<sup>6</sup>

O estado de insolvência se manifesta, assim, pela confissão por parte do devedor impontual (artigo 105 da LRE) ou pela sua presunção (art. 94 da LRE).

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (1985, p. 42) afirma que a insolvência é a “impossibilidade momentânea (ou melhor, não definitiva, eis que pode ser mais ou menos duradoura) de solver os compromissos” e “corresponde a dificuldades de natureza financeira”, enquanto a insolvabilidade “refere-se à impossibilidade de solver as obrigações, em decorrência de um déficit patrimonial”, razão pela qual esta é uma dificuldade “de ordem econômica: o ativo do devedor é insuficiente para cobrir o seu passivo”.

Reconhecida a insolvência (estado de fato), há a possibilidade de decretação de falência (estado de direito). Apenas a partir do momento em que há sentença (terceiro ponto) que reconhece e declara a insolvência do devedor é que há a falência (não ultrapassada pela recuperação, judicial ou extrajudicial), impossibilitando o empresário de prosseguir em suas atividades.

Questiona-se, na doutrina, se a pluralidade de credores é pressuposto para a configuração do estado de falência (seria o quarto ponto). Para Waldemar Ferreira (1965, v. XV, p. 207), não se poderia conceber a falência sem a existência de mais de um credor, ante a feição de concurso creditório. Para Pontes de Miranda (1960), de outro lado, a questão não é um

---

<sup>6</sup> “Art. 94. 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”.

pressuposto que merece ser discutido, dada a sua irrelevância: importa é saber o estado de insolvabilidade. Carvalho de Mendonça (1946, v. VII, p. 163-4), por sua vez, era favorável à instauração da falência com um só credor, dado que o estado de falência resulta da impossibilidade de pagar. Rubens Requião (1998, p. 43) igualmente entende que a pluralidade de credores não constitui pressuposto necessário para a declaração de falência.

Este entendimento foi consolidado pela Súmula nº 44 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A pluralidade de credores não constitui pressuposto da falência”.

A par deste cenário, resta o questionamento sobre quem exatamente devem ser os sujeitos da falência. Já sabemos que o devedor deve ser empresário originariamente ou em decorrência da configuração do “elemento de empresa”, porém cabe esclarecer alguns pontos adicionais, para os fins deste estudo.

#### **4. OS SUJEITOS DA FALÊNCIA**

##### **4.1. Legitimidade passiva**

Conforme antes examinado, a condição de empresário é pressuposto para a falência (art. 1º da LRE). Contudo, há diversos empresários ou sociedades empresárias que estão excluídos do alcance da LRE em razão do seu objeto, nos termos do art. 2º da LRE (que deve ser interpretado em conjunto com os artigos 194 a 197 da LRE):

“Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”.

Vale notar que nem todas as entidades acima estão integralmente subtraídas à falência, cuja disciplina aplica-se subsidiariamente em tudo que não estiver regulado nas leis específicas, com as peculiaridades e particularidades de tais regimes FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 19).

Adicionalmente às hipóteses acima, temos 3 casos adicionais, em razão de inatividade:

- (i) empresário ou sociedade que cessou suas atividades há mais de 2 anos (art. 96, VIII, LRE), desde que providenciado o registro da cessação na Junta Comercial. Questiona-se: e a hipótese de o empresário ter registrado a cessação de sua atividade há mais de 2 anos, porém não ter efetivamente deixado de exercê-la? Para Ricardo Negrão (2014, p. 25), prevalece a situação fática e o devedor será considerado empresário irregular, sujeito à falência, dado que vigora o princípio segundo o qual o que qualifica o empresário é o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, e não o seu registro;
- (ii) sociedade anônima liquidada e que já teve partilhado seu ativo (art. 96, § 1º, LRE). No processo de liquidação de sociedades anônimas, iniciada a liquidação e partilhado seu ativo, a sociedade ainda subsiste como pessoa jurídica, até a extinção. Contudo, não poderá sofrer processo de falência nesse ínterim. A solução é dada, nesse caso, pelo artigo 218 da Lei nº 6.404/76, conforme alterada;<sup>7</sup> e
- (iii) espólio de empresário individual ou de sócio de sociedade empresária com responsabilidade ilimitada após um ano da morte do devedor (art. 96, § 1º, LRE). Esclarece Miranda Valverde (1999) que o prazo decadencial de 1 ano restringe o direito de credores em benefício do cônjuge sobrevivente e herdeiros, vigendo somente contra aqueles a regra. Cônjuge sobrevivente e herdeiros poderiam, a qualquer tempo, ingressar com pedido de falência.

#### **4.2. Legitimidade ativa**

---

<sup>7</sup> “Art. 218. Encerrada a liquidação, o credor não-satisfeito só terá direito de exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento de seu crédito, até o limite da soma, por eles recebida, e de propor contra o liquidante, se for o caso, ação de perdas e danos. O acionista executado terá direito de haver dos demais a parcela que lhes couber no crédito pago”.

Ressalta-se que tanto o devedor (autofalência) quanto os credores podem requerer a falência. Quanto a estes últimos (cerne da disciplina objeto do presente trabalho), vale notar que podem ser empresários ou não, além de que o título que apresentarem em juízo para legitimar seu pedido não necessita ter origem negocial. Isto pois, nas palavras de Ricardo Negrão (2014, p. 27), “o que se objetiva não é a discussão em torno de um crédito em particular, mas a garantia de sobrevivência do instituto do crédito e a proteção da atividade econômica como um todo”. Algumas situações, contudo, merecem mais atenção, conforme seguem abaixo:

- (i) credor empresário. Deve juntar, no pedido inicial, prova de regularidade de suas atividades, com a apresentação de documentos societários próprios, registrados na Junta Comercial competente;
- (ii) credor com garantia real. No regime anterior, este credor não podia pedir a falência do devedor inadimplente, dada a ausência de legítimo interesse por já ter seu crédito assegurado pela garantia real. Pela LRE, não há mais esta restrição;
- (iii) credor estrangeiro. Para requerer falência, deve prestar caução, salvo se tiver bens imóveis em território nacional, nos termos da LRE, em regra similar à já existente no Código de Processo Civil;<sup>8</sup>
- (iv) Fisco. O Fisco não tem legitimidade para requerer a falência do devedor inadimplente, por não existir interesse processual, nos termos do artigo 38 da Lei nº 6.830/1990 e do art. 6º, § 7º, da LRE. Lembramos também do Enunciado nº 56 da I Jornada de Direito Comercial: “56. A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário” (JORNADAS ....., 2016); e
- (v) Credor debenturista. A defesa dos interesses dos credores, nos termos da Lei das S.A., compete ao agente fiduciário, de modo que este credor não possui legitimidade para requerer a falência do devedor.

---

<sup>8</sup> “Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

É importante notar também que há 2 tipos de credores: (i) de um lado, os credores da falência, titulares de créditos existentes no momento da abertura da falência, aos quais chamamos de concorrentes, cujos créditos estão arrolados no artigo 83 da LRE; e (ii) os credores da massa falida. Estes últimos surgem após a declaração de falência, com créditos que resultam da própria administração da massa, de sua existência e do procedimento falimentar. Estes são os credores extraconcurrais, cujo pagamento impõe-se que seja feito antes de todos os demais créditos, dado que sem isso a falência não poderia prosseguir (artigo 84 da LRE).

#### **4.3. O princípio da autonomia dos credores**

Nesse ponto, cabe uma breve digressão a respeito da importância conferida pela LRE ao papel dos credores: pode-se falar, em verdade, no “princípio da autonomia dos credores” (FRANÇA, 2005, p. 186-216). Tal princípio parte da premissa de que os credores conhecem seus interesses e, por isso, suas deliberações não precisam ser fundamentadas, sendo válidas e eficazes desde que obedecida a forma prevista na lei, independentemente de a deliberação de mérito ser fundamentada.

Podemos enumerar três formas de intervenção e atuação estabelecidas na LRE para a consecução deste princípio:

- (i) reconhecimento da assembleia de credores como instância de deliberação sobre as matérias mais importantes dos processos de recuperação judicial e falência (art. 35, I, f, LRE);
- (ii) o comitê de credores, eleito pela assembleia, tendo como principal função a fiscalização da administração da massa na falência. Os credores integrantes do comitê assumem papel institucional que exige uma compreensão teleológica de sua atividade, polarizada pela noção de “interesse”, que pode ser “dos credores”, mas também é o da “empresa”, quando for possível a sua preservação; e
- (iii) atuação individual dos credores, com a ampliação dos poderes do administrador judicial na análise dos créditos. Sabe-se que uma



das dificuldades históricas na falência sempre foi o tormentoso processo de liquidação dos créditos (BRANCO, 2013, p. 43).

Vale notar que o princípio de autonomia dos credores vai em linha, inclusive, com o item 12 dos *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* do Banco Mundial (2016):

**“Princípio 12 – Governança:** credores e comitê de credores. Os interesses dos credores devem ser salvaguardados através da criação de um comitê de credores com poderes para participar ativamente no processo de insolvência e garantir sua correção e integridade. O Comitê deve ser consultado em assuntos não rotineiros e deve ser ouvido em decisões importantes do processo (tais como os relacionados à disposição de ativos fora do curso normal dos negócios). O comitê deve ser o canal de acesso e divulgação de informações importantes para os demais credores e de encaminhamento das decisões mais importantes dos credores. A lei deve prever também disposições relativas à assembleia geral de credores para decisões mais importantes, para criação do Comitê e a nomeação de seus membros, quórum e regras de votação, poderes e forma das reuniões. Num processo de reabilitação, os credores devem ter o poder de indicar um administrador ou supervisor independente de sua preferência, respeitados os requisitos mínimos de qualificação para a função”.

Na mesma linha, o Parecer do Senado Federal, de autoria do Senador Ramez Tebet, que incluiu dentre os 12 princípios utilizados como base para a elaboração da LRE o seguinte (REDIR, 2016):

**“9) Participação ativa dos credores:** é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida”.

## 5. SENTENÇA DE FALÊNCIA

Indaga-se a natureza jurídica da sentença de falência: “anormal para Matirolo; *sui generis* para Bonelli; título executivo falencial para Liebman; provimento de cognição para Brunetti; ato jurisdicional cognitivo-executivo para Carnelutti; provimento cautelar para Calamandrei; declaratória de constituição para Satta; procedimento administrativo, para outros; ou, ainda, procedimento voluntário; a verdade é que não existe unanimidade a respeito” (FAZZIO JÚNIOR, 2006, p. 266). A doutrina majoritária (COELHO, 2009, p. 271-2) entende, de qualquer modo, que apesar do nome de que fez uso o legislador, a “sentença declaratória da falência” tem caráter predominantemente constitutivo.

É competente o juízo do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil (art. 3º LRE). O juízo falimentar será indivisível para conhecer todas as ações sobre os bens, interesses e negócios do falido (art. 76 da LRE), ressalvadas (a) causas oriundas da relação de trabalho, exclusivas da Justiça do Trabalho (artigo 114 da Constituição Federal), (b) causas fiscais (artigo 187 do Código Tributário Nacional) e (c) causas não reguladas pela LRE em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Outro ponto importante é a universalidade do juízo falimentar: todos concorrem no mesmo juízo, aplicando-se a eles uma só regra, em atenção à dicção do artigo 126 da LRE. A sentença que decreta a falência deverá obrigatoriamente conter, além dos requisitos fundamentais do artigo 458 do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, os requisitos dispostos no artigo 99 da LRE<sup>10</sup>. Como

---

<sup>9</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

<sup>10</sup> “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

- I – conterà a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;
- II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;
- III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;
- IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei;
- V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei;

se percebe da leitura de tal artigo, o conteúdo da sentença implica uma série de consequências no curso do processo falimentar, no próprio negócio e bens do devedor e na relação com seus credores.

Para Sergio Campinho (2012, p. 306-7), “seus efeitos materiais são de imediato produzidos, a partir, portanto, da assinatura pelo juiz, dadas as consequências que de logo acarreta. A sua publicação no órgão oficial, além de servir à sua publicidade, tem por fim a produção de efeitos de ordem processual, como a contagem do prazo recursal e do prazo de habilitação dos credores”. Concordamos com o posicionamento do eminente doutrinador, considerando a importância e as consequências da sentença de falência, para todos aqueles envolvidos com o instituto.

## CONCLUSÃO

Felizmente, o estigma do falido que permeou o Direito Romano e a Idade Média não mais subsiste. Em nosso País, a LRE configurou um louvável avanço ao dar especial atenção a princípios como a preservação da empresa e a autonomia dos credores, acima delineados. Já que o Brasil adotou expressamente em sua Constituição Federal a economia de mercado,

---

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do **caput** deste artigo;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;

IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do **caput** do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do **caput** do art. 35 desta Lei;

X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;

XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores”.

processos de recuperação (judicial e extrajudicial) devem servir a um estímulo concreto à atividade econômica exercida pela empresa, à luz da “viabilidade” de cada uma.

O empresário brasileiro é verdadeiro herói, ao sobreviver em um mar de tributos, burocracias, ônus, custos de transação, assimetrias informacionais, falhas de mercado etc., e ainda assim ver sua empresa perdurar, sem incentivos suficientes para tanto (TIMM, 2014, p. 343). Não há nada mais justo que procurarmos, sempre que possível, “recuperar as recuperáveis”, nas palavras do Senador Ramez Tebet, sendo a falência o último recurso possível.

Uma vez a falência venha a ser decretada e a insolvência (estado de fato) venha a ser um estado de direito, entendemos que deve ser conferida voz ativa aos credores, em vista da sistemática da LRE e dos mais modernos princípios mundiais, delineados neste trabalho. Pois, uma vez irrecuperável, resta a tutela aos credores e à comunidade como um todo, nos termos da lei, a fim de que a “quebra” venha a causar o menor dano possível à sociedade, gerando a maior eficiência possível para toda uma economia.

## REFERÊNCIAS

- BANCO MUNDIAL. Disponível em: Disponível em: <[http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_eng.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_eng.pdf)> Acesso em 23 jun. 2017.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 936. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CAVALLI, Cassio; AYOUB, Luiz Roberto. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONJUR. Disponível em: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-16/pedidos-recuperacao-judicial-pais-crescem-44-aponta-estudo>> Acesso em 23 jun. 2017.
- DANTAS, Renata Marques Lima. Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: *Revista dos Tribunais Nordeste*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, v. XV.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Da assembleia-geral de credores. In: SOUZA JR., Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio (orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. Recuperação e falência – breve retrospecto histórico – evolução e novos rumos: *stigma* ou *fresh start*? Os trabalhos da Comissão Europeia. In: *Direito empresarial – estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: Editora IASP, 2015, p. 428-436.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

JORNADAS DE DIREITO COMERCIAL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%201%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>> Acesso em 23 jun. 2017.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. VII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. XXIX.

REDIR. Disponível em: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 23 jun. 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol. I.

SAADI, Jairo. Análise Econômica da Falência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Da caracterização da insolvabilidade civil. Pressupostos objetivos e subjetivos do processo de execução concursal. In: *Revista de Direito Mercantil*, nº 57, jan.-mar. 1985.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.