

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - FDCI

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNITA VITORINO CAMPOS

INSTITUTO FALIMENTAR BRASILEIRO: Uma análise comparativa
entre o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 e a Lei nº 11.101/05

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017**

ANNITA VITORINO CAMPOS

INSTITUTO FALIMENTAR BRASILEIRO: Uma análise comparativa
entre o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 e a Lei nº 11.101/05

Monografia apresentado à Faculdade de
Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI
como requisito parcial para obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017

SUMÁRIO	
RESUMO	4
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	5
1 DIREITO FALIMENTAR	8
1.1 Aspectos Históricos do Direito Falimentar	8
1.2 O Direito Falimentar no Brasil	12
2 O DECRETO-LEI Nº 7.661 DE 1945	15
2.1 Contextualização Histórica, Jurídica e Social do Período	15
2.2 Ordem de Preferência dos Créditos na Falência	19
2.3 Créditos Trabalhistas	20
2.4 Realização de Ativos na Falência	21
2.5 Concordata	22
2.6 Administração da Falência	24
2.7 Persecução Penal	25
3 A LEI Nº 11.101/05: LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS	26
3.1 Contextualização Histórica, Jurídica e Social do Período	26
3.2 Decretação de Falência	27
3.3 Nova Ordem de Preferência dos Créditos	29
3.4 Limitação dos Créditos Trabalhistas	30
3.5 Realização do Ativo	31
3.6 Fim da Sucessão Tributária	32
3.7 Recuperação Judicial e Extrajudicial	33
3.8 Órgãos de administração e a Responsabilidade Penal	36
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	40

RESUMO

O entendimento da atividade empresária dentro da sociedade contemporânea transcende a sua noção primária de agente produtor ou transformador de bens e serviços, onde, na concepção atual, configura-se como importante agente motor socioeconômico, atuando de modo direto na distribuição de riquezas, no desenvolvimento econômico e, por consequência, no bem-estar social. Assumindo esta sentença como verdade, a Falência de uma empresa e, conseqüentemente, a finalização de suas atividades, pode originar uma disfunção socioeconômica que atinge todo um ciclo socioeconômico, proporcionando, por uma razão de causa e efeito, impactos às entidades concernentes a ele. É, portanto, neste contexto que se repousa a importância jurídica e social do entendimento do Instituto Falimentar e, por consequência, a relevância do presente estudo.

Palavras-chave: Falência, concordata, Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial

ABSTRACT

The understanding of the business activity on the contemporary society transcends its primary notion as agent producer or transformer of goods and services, which, in the current conception, it's configured as an important socioeconomic agent, acting directly in the distribution of wealth, in the development economic and, consequently, social well-being. Assuming this sentence as a true, the bankruptcy of a company and, consequently, the end of its activities, can lead to a socioeconomic dysfunction that reaches a whole socioeconomic cycle, providing for a cause and effect reason, impacts to the entities related to it. It is, therefore, in this context that the legal and social importance of the understanding of the Bankruptcy Institute and, consequently, the relevance of this study.

Key-words: Bankruptcy, concordat, Process to Bankrupt and Judicial Recovery of the Companies.

INTRODUÇÃO

No que tange o conceito de Falência¹, faz-se necessária a diferenciação entre o aspecto econômico e o aspecto jurídico. Em um viés econômico o termo falência é definido como um estado patrimonial, sendo assim, trata-se de “[...] um estado de desequilíbrio entre os valores realizáveis e as prestações exigidas” (LACERDA, 1999, p. 28)², relacionando-se diretamente ao cumprimento de obrigações firmadas à terceiros. Juridicamente, entretanto, trata-se de um processo de execução coletiva decretado judicialmente, que, de acordo com as contribuições de Fazzio Júnior, é entendido como um “[...] estado jurídico instaurado por um provimento jurisdicional, para solucionar as relações oriundas da insolvência do agente econômico inviável, tendo em vista o tratamento equitativo de seus créditos” (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p.23-24).

Entretanto, para o entendimento do instituto falimentar, além da compreensão etimológica do termo Falência, é necessário mergulhar nas fontes primárias do conhecimento do Direito Romano, bem como, decorrer historicamente por suas diferentes fases e evoluções que contribuíram diretamente para a constituição dos pilares dos princípios que regem as legislações atuais.

O Direito Romano, entendido como precursor do conceito falimentar, apresentou, ao decorrer dos anos, grandiosas evoluções no que concerne o entendimento e aplicação do direito falimentar. Dentre elas destacam-se o advento da execução patrimonial e a diferenciação entre o devedor de boa-fé e aquele considerado de má-fé.

Observa-se que em fase mais primitiva, previa-se que a garantia do cumprimento das obrigações firmadas, decorria do próprio devedor, sendo, portanto, a responsabilidade sobre o cumprimento das obrigações pessoal, fato que, por consequência de seu entendimento, gerava penas gravíssimas sobre os executados. Desta forma, a primeira evolução provém do advento da execução patrimonial, onde é constatada a transferência

¹ De acordo com as contribuições de Lacerda, “A palavra falência deriva do verbo falir, que, por sua vez, se originou do verbo latino *fallere*, significando faltar, enganar (*fallo, is, felli, falsum, fallere*). Outrora, usava-se também da expressão quebra para significar a mesma coisa. Essa, era, por exemplo a denominação dada à terceira parte do nosso Código Comercial, segundo a tradição das Ordenações. A falência ou quebra criminosa era conhecida em outros tempos por bancarrota, termo originário do italiano *banco rotto*, banco quebrado, de acordo com o antigo costume que tinham os credores de quebrarem o banco no qual o devedor negociava em praça pública, expondo sobre ele o que tinha para vender” (LACERDA, 1999, p. 18).

² Ainda de acordo com Lacerda, economicamente, a concepção de falência é vinculada a parte que “[...] havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha a disposição para executar a contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação” (LACERDA, 1999, P. 28).

da responsabilidade pessoal para a responsabilidade sobre o patrimônio do executado, e ainda, a introdução de maior conotação pública aos processos por meio do intermédio magistrado. O segundo ponto de destaque, advém da diferenciação entre o devedor de boa-fé e aquele de má-fé, havendo a incidência de mecanismos que protegesse o primeiro das penas dispostas para o segundo, conforme análise apresentada no capítulo 1 do presente estudo.

Assim, ao decorrer dos anos e com o advento da idade média, a compreensão do conceito repousa na atuação expressiva do instituto falimentar nos países Europeus como Itália, Portugal e França, apontando preceitos que, tendo como base o Direito Romano, nortearam os princípios básicos da constituição do Instituto Falimentar Brasileiro ainda no período colonial.

O Código Comercial de 1850 é interpretado como a primeira legislação brasileira a destinar-se à atividade comercial e ao comerciante por meio de seu Livro III denominado Das Quebras e do Decreto nº 738 de 25 de novembro de 1850, sendo, portanto, o marco inicial do surgimento do instituto falimentar no Brasil. Entretanto, após longos anos de adequações e reelaborações, foi apenas durante a instituição da República que o instituto falimentar iniciou o seu processo de formulação atual por meio da instituição do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 que, sessenta anos após foi revogado pela lei Lei nº 11.101/2005, vigente até os dias atuais.

Deste modo, observa-se que, o Instituto Falimentar brasileiro percorreu longo trajeto de intensa recomposição legislativa, fato este, motivado, principalmente, pelas alterações socioeconômicas pertinentes à cada período histórico.

É possível afirmar que a atividade empresária na sociedade contemporânea transcende sua noção primária de agente produtor ou transformador de bens e serviços, visto que, no que concerne a concepção atual, a organização empresaria configura-se como importante agente motor socioeconômico, atuando de modo direto na distribuição de riquezas, no desenvolvimento econômico e, por consequência, no bem-estar social em diferentes níveis.

Assumindo esta sentença como verdade, a Falência de uma empresa e, conseqüentemente, a finalização de suas atividades, pode originar uma disfunção socioeconômica que atinge todo um ciclo socioeconômico, proporcionando, por uma razão de causa e efeito,

impactos às entidades concernentes a ele. É, portanto, neste contexto que se repousa a importância jurídica, social, histórica e atual do entendimento do Instituto Falimentar e, por consequência, a relevância do presente estudo.

Isto posto, tendo como o principal objetivo a apresentação de uma análise entorno da evolução do Instituto Falimentar brasileiro, especificamente em relação a evolução existente entre a Decreto-lei nº 7.661/1945 e a Lei nº 11.101/2005, o presente estudo apresentará, inicialmente os aspectos históricos do Direito Falimentar, destacando seus preceitos e princípios primários dentro do Direito Romano que forneceram base para o início da estruturação do Direito Falimentar nos períodos medievais e, posteriormente, para evolução histórica do Direito Falimentar brasileiro. O segundo e o terceiro capítulo retratarão, respectivamente, de forma evidenciada, os aspectos, determinações e composições do Decreto-lei nº 7.661 de 1945 e da Lei nº 11.101 de 2005, denominada de Lei de Recuperação de Empresas e Falências³.

Desta forma, o objetivo final consiste na elaboração de uma análise comparativa entre as alterações ocorridas entre o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 e a Lei nº 11.101 de 2005, que foram, em suma, motivadas pela necessidade de harmonização entre as diretrizes do direito e a realidade socioeconômica do século XXI. A análise final tem como embasamento principal a Instituição do Plano de Recuperação Judicial e Extrajudicial, concebido como destaque entre as inovações da Lei nº 11.101 de 2005.

³ O Decreto-lei nº 7.661 foi instituído no dia 21 e junho de 1945 e revogado 60 anos depois pela Lei nº 11.101/05 no dia 09 de fevereiro de 2005 (PLANATO, 2017).

2 DIREITO FALIMENTAR

1.1 Aspectos Históricos do Direito Falimentar

Para o entendimento da origem do Instituto de Falência é necessário se adentrar na fase mais primitiva do Direito Romano, o Direito Quiritário, que surge a partir da fundação de Roma e perdura até a codificação e vigência da Lei das XII Tábuas⁴, descrito por Almeida como um direito lendário, consuetudinário e exclusivo dos cidadãos (ALMEIDA, 2001).

Durante a fase mais primitiva do Direito Romano, a garantia do cumprimento das obrigações assumidas era o próprio devedor que, em uma hipótese de não cumprimento das obrigações firmadas, serviria ao credor por um período de sessenta dias, sendo que, passado o prazo e permanecendo o débito o mesmo poderia ser vendido como escravo para estrangeiros – *Trans Tiberim*, ou ser morto e esquartejado em partes proporcionais ao número de credores (ALMEIDA, 2001). Deste modo:

“[...] Estabelecida judicialmente, a insolvência do devedor, podia o credor amarrá-lo ou metê-lo a ferro, não tendo que fornecer-lhe, para sustento, mais de uma libra de farinha por dia. Se, passado o tríduo do mercado, o infeliz não arranjava meios com que saldar suas contas, podia ser morto ou vendido além Tibre, não havendo fraude, se na hipótese de muitos credores, não fossem as postas do cadáver proporcionais ao débito, como previne, com dia a sarcástica dureza, o velho código decenviral: *partis secanto; si plus minusve secuerint ne fraude esto*” (BEVILAQUA, 1954, p. 37).

No que tange este período é possível observar que a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações era pessoal, ou seja, o devedor deveria, por sua vez, cumprir suas responsabilidades com o próprio corpo, não havendo a exigência da intervenção do Estado. Entretanto, com o passar do tempo foi entendido que esta prática acabava por ocasionar atrocidades contra os devedores, assim houve um consenso de que a responsabilidade pelas dívidas não deveria mais ser pessoal e sim patrimonial, havendo a transferência da responsabilidade para os bens e não mais para o indivíduo (REQUIÃO, 1998).

⁴ De acordo com Adriana Lopes entende-se a Lei das XII como primeiro direito romano escrito, “[...] elaborado em razão das secessões da plebe e surgido do imperativo de limitar o poder dos cônsules” (LOPES, 1994, p. 351).

Este marco ocorreu com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*⁵, no ano de 428 a.c, mais precisamente com o advento da execução patrimonial. De acordo com Nelson Abrão a *Lex Poetelia Papiria* “[...] suprimiu do processo de execução a *vendita* corpórea consubstanciada na *manus injectio* e deu maior conotação pública a procedimento, acrescentando a ingerência do magistrado” (ABRAO, apud OLIVEIRA, p. 38, 2004).

Neste contexto instituiu-se a *Bonorum Venditio*⁶, onde os bens do indivíduo executado eram alienados à um curador – *Curator Bonorum*, que após o recebimento dos bens, eram obrigados a ressarcir os credores de acordo com a proporção de cada dívida. Não obstante, esta prática foi passiva de diversas fraudes, e por consequência de tal, foi readequada pela prática denominada *Missio in Bona*⁷, na qual, os credores poderiam tomar posse dos direitos do patrimônio do devedor, porém com a fiscalização do Pretor, sendo apenas deferido após a confissão do devedor ou por consequência de ausência ou fuga. Subsequentemente, após a venda dos bens do devedor, a prática seguia conforme as descrições da *Bonorum Venditio* (REQUIÃO, 1998).

Em 737 a.c, por meio da *Lex Julia*, foi estabelecido um procedimento diferenciado para aquele devedor considerado de boa-fé, procedimento este, conhecido como *Cessio Bonorum*⁸. Neste âmbito, o devedor de boa-fé transferia seus bens aos credores que, por meio de um curador, poderiam vendê-los para saldar suas dívidas. Deste modo, através da *Cessio Bonorum* o devedor de boa-fé, poderia “[...] mediante declaração judicial ou extrajudicial, abandonar seus bens aos credores, poupando-se, assim, à prisão e à infâmia. (GUIMARÃES, 2007, p. 20).

Entretanto, diferentemente da prática anterior, um ponto de grande importância da *Cessio Bonorum* decorre do fato de que, parte do produto da venda dos bens do devedor de boa-fé, poderia ser reservado para sua sobrevivência, possibilitando que o mesmo encontrasse meios para prosseguir com sua vida (BATALHA, 1996).

⁵ *Lex Poetelia Papiria*: Lei que extinguiu o instituto do *nexum*, ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão o patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo (OLIVEIRA, 2004).

⁶ O termo *Venditio* possui sua raiz no vocábulo “venda” e referia-se, no âmbito da execução patrimonial do Direito Romano, à alienação forçada da totalidade do patrimônio daquele executado tal como devedor (GROFF, 2010).

⁷ De acordo com os estudos de Groff por meio da *Missio in bona* era determinado o *curator* cujo a função era “[...] Guardião dos bens e defensor de um interesse geral, ou seja, o de evitar a dilapidação desnecessária do patrimônio, ao mesmo tempo em que garante que os interesses dos credores e do devedor, sejam, na medida do possível, preservados” (GROFF, 2010, p. 129).

⁸ O termo *Cessio Bonorum* é entendido como a venda dos bens (CALDAS, 1994).

Assim, de acordo com Rubens Requião, o instituto romano da *Cessio Bonorum* delineou os preceitos da concordata preventiva da falência que surgira, anos depois, nos tempos medievais, destacando que tais práticas podem ser entendidas como “[...] técnicas de direito substancial e de direito formal, que perduram nos modernos processos de falência” (REQUIÃO, 1998, p. 10).

O Direito Falimentar no período da idade média, teve o Direito Romano como base fundamental para sua instituição. De acordo com Fazzio Júnior, o instituto da falência surgiu na eminência do século XIII por meio dos estatutos corporativos das cidades italianas, em sua ótica, foi em Verona que emergiram as primeiras normas, que, mais tarde, estabeleceriam a falência como típica execução patrimonial (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

Neste momento, apesar da expressiva evolução no instituto falimentar, principalmente após a substituição da execução pessoal para a execução patrimonial, e da mais intensa interferência do Poder Público, mantiveram-se rigorosos castigos e punições aos devedores executados, que eram considerados criminosos submetidos prisão, penas vexatórias e até mesmo mutilações (REQUIÃO, 1998). Em sua contribuição Waldemar Ferreira observa que na Itália, por volta do ano de 1286, a falência era concebida e equiparada aos maiores crimes, aonde além do próprio executado, a pena se estendia a família, visto que, a sua esposa e seus filhos eram presos até a liquidação da dívida (FERREIRA, 1965).

Entretanto, com o passar dos anos, houve, como no Direito Romano, a distinção entre o devedor de má-fé e aquele de boa-fé. Em Portugal no ano de 1756, dentro da vigência das Ordenações Filipinas, foi promulgado o Alvará de 13 de novembro de 1756⁹, aonde foram delimitadas as distinções entre a falência dolosa, culposa e inocente.

Neste contexto, entendia-se como falência dolosa a falência fraudulenta, ainda punida como crime; A falência culposa era aquela em que os comerciantes perdiam, por algum

⁹ Sobre o Alvará de 13 de novembro de 1756, Sierra descreve: “Este alvará foi promulgado face à emergência trazida à Portugal em decorrência do terremoto de 1º de novembro de 1755, em Lisboa, após o qual instalou-se uma profunda crise, inclusive mercantil, naquela cidade, gerando a necessidade de que se modificasse as excessivamente rigorosas disposições filipinas aos mercadores quebrados, como infere-se do próprio texto inicial do alvará: “considerando as grandes ruínas de cabedaes, e créditos, que a calamidade do memorável dia primeiro de Novembro do anno proximo passado trouxe ao comércio dos Meus Vassalos [sic]”. Nele foi utilizado o termo falência em substituição à quebra, modificando ainda, o conceito filipino de mercador quebrado para a definição de negociante falido, termo este bem mais abrangente que o anterior” (SIERRA, p. 131, 2007).

motivo, seus bens, tornando-se incapazes de cumprir com suas obrigações frente aos credores. Neste caso, os executados estavam submetidos as mesmas penas designadas a falência fraudulenta, contudo, não seriam tidos como ladrões publicamente, tampouco, seriam condenados à pena de morte; por fim, a falência inocente foi entendida como aquela em que o executado sofreu perdas advindas de fatores externos em que não há a possibilidade de controle, como efeitos naturais terrestres ou marítimos. Assim, nesta hipótese, não havendo a contestação de malícia, o executado não seria punido criminalmente (REQUIÃO, 1998).

Para a falência fraudulenta e culposa, além do procedimento criminal, o Alvará de 13 de novembro, estabelecia o processo para liquidação do patrimônio do executado. E para a falência inocente, ao Alvará determinava que o comerciante deveria procurar a Junta do Comércio e, além de confessar a falência, deveria entregar seus bens, para que estes pudessem ser vendidos, gerando resultados que pudessem ser partilhados entre seus credores. Diferentemente dos executados por falência fraudulenta e/ou dolosa, o comerciante inocente poderia, após a quitação de sua dívida, iniciar uma nova trajetória (FERREIRA, 1965).

Na França, por sua vez, tais distinções foram observadas, principalmente, com o advento do Código Comercial de Napoleão (1807-1808)¹⁰. Assim como no Alvará de 13 de novembro, os falidos eram divididos em três diferentes categorias: aqueles que faliam por desgraça, que mereciam proteção legal; aqueles que faliam por incontinência, e, por tanto, deveriam ser corrigidos; E aqueles que faliam por fraude, e por consequência, deveriam ser julgados criminalmente (FERREIRA, 1965).

A evolução contida na responsabilidade personalista do Direito Romano para a responsabilidade patrimonial contribuiu de forma inegável para o progresso do conceito do Instituto Falimentar entendido ao longo dos anos, fornecendo bases para a evolução do conceito em diferentes partes do mundo, incluindo o Direito Falimentar brasileiro, que será exposto de forma particular no próximo subcapítulo.

¹⁰ De acordo com o desembargador Sylvio Capanema de Souza "Nascido com o nome, mais democrático, de Código Civil dos franceses, passou a se denominar, a partir de 1807, Código Napoleão, voltando, após o Congresso de Viena, em 1815, a ser conhecido, mais simplificada, como Código Civil. Mas em todo o mundo, especialmente no Novo Mundo, os juristas se mantinham fiéis ao título personalista, até que, por um Decreto de 1852, se restabeleceu, por questão de elementar justiça, o nome oficial do Código Napoleão, em unânime homenagem ao seu idealizador e artífice" (SOUZA, p. 37, 2004).

1.2 O Direito Falimentar no Brasil

Em linhas gerais o Direito Falimentar no Brasil iniciou-se ainda no período colonial, aonde, por consequência do processo de colonização, o país se encontrava submetido ao escopo da legislação portuguesa, na qual predominavam dos princípios do Direito Romano. Porém, foi após o ano de 1603 e com o início do vigor das Ordenações Filipinas, mais precisamente, após a promulgação do Alvará de 13 de novembro de 1756, é que podemos demarcar o início do Direito Falimentar no Brasil (ALMEIDA, 2001).

Neste contexto, o comerciante que não fosse capaz de cumprir suas obrigações com os credores, deveria se apresentar a Junta Comercial jurando a causa de sua falência, bem como, declarando todos os seus bens, entregando as chaves da fazenda e o seu Livro Diário. E assim, após este momento, haver a realização do inventário do falido e a convocação dos credores (ALMEIDA, 2001).

Destarte, no que tange o Alvará de 1756, é importante ressaltar a vigência das regras VII e VIII, as quais despunham:

VII. E as pessoas, que por sua culpa perderem sua fazenda, jogando, ou gastando demasiadamente, incorrerão nas sobredidas penas, excepto que não serão havidos por público ladrões, nem serão condenados em pena de morte natural: mas em penas de degredo, segundo a qualidade da culpa, em que forem compreendidos, e quantidade das dívidas, com que quebrarem, e se levantarem.

VIII. Os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra¹¹, em seus tratos e comércios lícitos, não constante de algum dolo ou malícia, não incorrerão em pena de algum crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Consules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme o seu Regimento.

Assim, em casos de falência não fraudulenta, ou seja, daqueles que se enquadravam na regra VIII, eram garantidos 10% de toda a arrecadação em prol do executado, para garantia de sua sobrevivência. Porém, em caso de constatação de falência fraudulenta o mesmo não teria parte da arrecadação separada em seu benefício e era punido com prisão (ALMEIDA, 2001).

¹¹ Como descrito anteriormente, o Alvará de 1756 foi promulgado após o acontecimento de um grande terremoto na cidade de Lisboa, ao qual, ocasionou inúmeras perdas e, conseqüentemente, desencadeou desordem no comércio local. Por este fato, é importante salientar a inclusão desta particularidade, que, não obtiveram destaque nas Ordenações anteriores (REQUIÃO, 2000).

No período imperial, após a independência do país, poucas foram as alterações ocorridas no concerne das normatizações da Falência, visto que, estas continuaram a serem regidas pelas legislações portuguesas. Porém, com a promulgação da Lei de 3 de outubro de 1823, conhecida como a *Lei da Boa Razão*, houve uma maior adesão e preferência aos preceitos do Código Comercial Francês de 1807 (LACERDA, 1999).

Foi, portanto, no ano de 1850, após a promulgação do Código Comercial – concebido como primeira legislação brasileira a dedicar-se à atividade comercial e ao comerciante através de seu Livro III intitulado *Das Quebras*¹², e do Decreto nº 738 de 25 de novembro de 1850 que tinha como objetivo a regulação do processo de falência, principalmente por meio de seus art. 102 a 187, no qual se pôde observar o surgimento do instituto falimentar no Brasil (LACERDA, 1999).

Não obstante, apesar de suas contribuições, o Código comercial demonstrava-se obsoleto. De acordo com Waldemar Ferreira o código comercial “[...] acolhido pelo comércio com esperanças, demonstrou-se, com o tempo, lento, complicado, dispendioso” (FERREIRA 1965, p. 34).

O código demonstrou-se ineficiente, também, ao dispor sobre a concessão de concordata,¹³ que, de acordo com seus preceitos, teria sua aceitação vinculada a aprovação da maioria dos credores, representando, no mínimo, dois terços dos créditos sujeitos a efeito da concordata.¹⁴ Tais exigências acarretaram na primeira necessidade de reforma da regulamentação falimentar brasileira (LACERDA, 1999).

¹² “O advento do Código Comercial, nesse ano (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), trazendo a terceira parte, que tratava especialmente “Das Quebras”, determinou a substituição, com vantagem evidente, de semelhante caos por um sistema regular, definido, em oito capítulos, a natureza e declaração das quebras e seus efeitos, a reunião dos credores e concordata, o contrato de união, os administradores, a liquidação e dividendos, as diversas espécies de crédito e suas graduações, as preferências e distribuição, a reabilitação dos falidos, as moratórias e, finalmente, disposições gerais (GUIMARÃES, p. 24, 2007).

¹³ De acordo com as contribuições de Requião após a constatação da falência eram realizadas duas assembleias, aonde na primeira, o magistrado designado demonstrava um relatório sobre o processo, divulgando os credores e determinando a comissão responsável pela verificação dos créditos disponíveis; por sua vez, na segunda havia a consolidação da lista de credores e, caso houvesse solicitação por parte do devedor, havia a deliberação sobre a concordata (REQUIÃO, 1998).

¹⁴ A ineficiência do processo de concessão de concordata pôde ser observada no que refere-se ao ocorrido com Visconde de Mauá, importante banqueiro e empresário vinculado as ferrovias nacionais, que, envolvido em momento de crise e enfrentando dificuldades de cumprir seus compromissos financeiros, foi impossibilitado de usufruir de seus direitos de solicitação de concordata, visto que, na época seria praticamente impossível reunir seus inúmeros credores que encontravam-se distribuídos em diferentes regiões do país de do mundo (OCHOA; WEINMANN, 2006).

Após as alterações ocorridas no período imperial, foi, apenas durante a instituição da República, que o instituto falimentar brasileiro iniciou o seu processo de formulação e reelaboração legislativa, no qual podemos destacar como marco inicial a instituição do Decreto nº 917 de 24 de outubro de 1890 responsável pela revogação da Parte III do Código Comercial de 1850.

Em suas disposições observa-se a instituição da cessão de bens, o acordo extrajudicial, a moratória, a concordata preventiva e, como uma de suas principais contribuições, a impontualidade no cumprimento de obrigações como caracterização do estado de falência (LACERDA, 1999).

De acordo com Rubens Requião o decreto nº 917, se tratou de um passo em direção à modernização do instituto falimentar da época, apresentando-se enquanto um importante instrumento para evolução da normatização da falência. Entretanto, faz-se necessário relatar que, inúmeras foram as críticas recebidas pelo decreto nº 917 de 1890¹⁵, culminando em sua reformulação por meio da Lei n 859, de 16 de agosto de 1902¹⁶, que também não obteve a aceitação esperada para a solução dos conflitos existente no processo falimentar do momento, havendo novamente a necessidade de substituição. Assim, entra em vigor, então, a Lei nº 2.024 de 17 de dezembro de 1908 (REQUIÃO, 1999).

A Lei nº 2.024 de 17 de dezembro de 1908, apresentou-se como uma reformulação dos princípios que norteavam o Decreto 917, de 1890, bem como a condensação de normas observadas no direito estrangeiro novo (LACERDA 1999). Dentre suas principais contribuições, podemos observar, de acordo com os estudos de Waldemar Ferreira: I) a caracterização da insolvência passa a observar atos, fatos e contratos e não apenas a impontualidade; II) a exclusão do contrato de união entre credores; III) regulação da falência das concessionárias de obras públicas; IV) a escolha do síndico por meio dos credores do falido; e V) o Ministério público passa a não ter credibilidade para requerer

¹⁵ Sobre o Decreto 917 de 1890, Miranda Valverde conclui que a “[...] 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 desse decreto” (VALVERDE, 1999, p. 9).

¹⁶ Em relação a Lei 859 de 1902, Carvalho de Mendonça observa que “Entre outras inovações estava a exclusão quase completa do Ministério Público do processo, fato que gerou severas críticas. Tal foi o clamor gerado por esta reforma que alguns Estados baixaram Legislações próprias em algumas matérias (MENDONÇA, 1963, p. 42).

falência porém, passa a se tornar curador das massas falidas, prestando assistência enquanto esta fosse necessária para a ordem pública (FERREIRA, 1965).

Em consequência de suas contribuições a Lei 2.024 de 1908 perdurou por vinte e um anos, até a aprovação do Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929¹⁷, que, por sua vez, esteve vigente até o advento do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945.

É necessário destacar que, a instituição do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 denota um período em que as empresas já não eram mais entendidas como partes dispensáveis ao desenvolvimento econômico e social, visto que, diferentemente do conceito disseminado anteriormente, o crédito não interessa apenas ao credor e ao devedor, refletindo sobre diferentes agentes participantes do processo e influenciando todo um ciclo socioeconômico.

No primeiro capítulo foram delineados os preceitos da evolução do Direito Falimentar, destacando a conceituação e aplicação, desde o entendimento do Direito Romano aos preceitos falimentares italianos, portuguesas e francesas, que contribuíram diretamente para a evolução do Direito Falimentar Brasileiro. Nos próximos capítulos do presente estudo, serão apresentados, forma particular, o tracejo histórico do advento do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, bem como, a instituição da Lei nº 11.101 de 2005, com o objetivo de delinear suas particularidades, fornecendo conhecimento para análise comparativa final entre a atuação e aplicação de ambas legislações.

2 O DECRETO-LEI Nº 7.661 DE 1945

2.1 Contextualização Histórica, Jurídica e Social do Período

Se faz necessário ressaltar que o período que antecede o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 foi marcado sucessivas crises decorrentes do sistema econômico internacional, aonde destacam-se, de forma notável, a primeira guerra mundial, a crise de 1929 e a segunda guerra mundial. Destarte, em face do contexto econômico e social externo do período, bem como, em paralelo, internamente ao advento do Estado Novo¹⁸, foram projetadas

¹⁷ O Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929, norteou, entre suas principais alterações, a diminuição do número de síndicos e determinou a percentual para a proposta de concordata (FERREIRA, 1965).

¹⁸ O golpe do ano de 1937 marcou o advento do regime do Estado novo no qual objetivava-se a ampliação do controle do governo federal em detrimento das oligarquias regionais. Assim, as reformas legislativas

reformas legislativas com o propósito de alinhar a legislação brasileira à filosofia política de fortalecimento dos poderes do Estado. Dentre estas reformas, evidenciamos a reestruturação do processo falimentar (REQUIÃO, 1999).

Após uma tentativa sem êxito da apresentação de um anteprojeto de lei de falência pelo então Ministro da Justiça Trajano Miranda Valverde em 31 de outubro de 1939, foi, em 21 de outubro de 1943, que, Alexandre Marcondes Filho, Ministro da Justiça no período, apresentou um segundo anteprojeto elaborado por meio de uma comissão composta por Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Sílvio Marcondes e Luís Lopes Coelho. O referido anteprojeto, dois anos depois, transformou-se no Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945 (LACERDA, 1999).

De acordo com a ótica de Sant'Anna a possibilidade de requerimento de falência pelo devedor ou pelo credor; a possibilidade de defesa do devedor quando requerida a falência pelo credor; a decretação de falência mediante sentença; a verificação dos créditos, a arrecadação, avaliação; e o direito de o falido impetrar concordata suspensiva, foram as principais reformulações adotadas pelo Decreto-Lei nº 7.661 em relação as legislações anteriores (SANT'ANNA, 1985).

Entretanto, é inegável que, apesar de todas as inovações listadas acima, o Decreto-Lei nº 7.661, no momento de sua instituição, já se mostrava ultrapassado e incompatível com a realidade na qual o país caminhava socioeconomicamente¹⁹. Acerca da instituição do Decreto-Lei nº 7.661 Waldo Fazzio Junior relata 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 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 Falência e Concordata) já não dava conta dos intrincados problemas

foram utilizadas como instrumento para a consolidação do regime (OLIVEIRA; VELLOSO; GOMES, 1982).

¹⁹ Segundo Tepedino no momento da instituição do Decreto-Lei nº 7.661, ainda que houvesse a predominância das empresas individuais e familiares, a economia caminhava para um período de desenvolvimento econômico, fato que não foi vislumbrado pelo legislador de 1945, tornando a legislação incompatível com a realidade pela qual o país se direcionava (TEPEDINO, 2002).

diuturnamente gerados pelos processos de concordata e de falência, cada vez mais complexos, burocratizados e inócuos (FAZZIO JUNIOR 2005, p. 1).

Dentre os fatores de incompatibilidade, observa-se que a estruturação formalista do Decreto-Lei nº 7.661/45 ao tratar de falência e concordata, atuava de forma contrária à agilidade necessária para a execução dos processos, além de conferir grande importância ao elemento punitivo do instituto, fator que já não mais correspondia a realidade socioeconômica empresarial do período. Assim, de acordo com as premissas de Fazzio Junior, tais elementos impediam, em maior instância, o suporte da complexidade que havia se tornado os processos de falência e concordata dentro da legislação brasileira (FAZZIO JUNIOR 2005).

Como exemplificação da incompreensão socioeconômica exercida pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, destaca-se a narrativa de Sant'Anna que, durante a década de 1980, relata que nos anos de 1945 o país praticamente não conhecia a inflação, pouca era a ação de correção monetária, a base do crédito do comércio era, em suma, mantida pelos fornecedores, não havendo grande atuação das redes bancária e a carga tributária era inferior ao presenciado no ano de 1980. Além dos aspectos supracitados, é importante ressaltar, ainda, que a própria noção de empresa se faz diferente entre um período e outro, o que denota, ao decorrer dos anos, uma maior diferenciação entre a legislação e a realidade (SANT'ANNA, 1986).

Deste modo, por consequência da necessidade de adequação ao contexto socioeconômico, o Decreto-Lei nº 7.661/45 foi, ao longo dos anos, se reformulando.²⁰ Entretanto, nota-se que suas reformulações ocorreram por meio de normas que modificavam tópicos e assuntos específicos, tendo sua essência foi mantida. Desta forma, esta prática fez com que tais mudanças não fossem suficientes para modernizar a legislação, visto que, estas não contemplavam um entendimento amplo no qual se pudessem compreender os aspectos gerais que levavam as empresas à falência, oferecendo, por tanto, soluções superficiais à abrangência geral da legislação falimentar (CRUZ, 1998).

²⁰ De acordo com as contribuições de Carlos Alberto de O. Cruz, dentre as reformulações, destacam-se as seguintes legislações: Lei nº 3.726 de 1960; lei nº 4.839 de 1965; decreto-lei nº 192 de 1967; decreto-lei nº 669 de 1969; lei nº 6.014 de 1973; lei nº 6.024 de 1973; lei nº 6.458 de 1977; lei nº 7.274 de 1984; lei nº 8.131 de 1990 e lei nº 8.639 de 1993. Ambas legislações citadas buscavam readequar o instituto falimentar a realidade socioeconômica do período (CRUZ, 1998).

Assim, após sessenta anos de vigência, o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 tornava o instituto falimentar brasileiro preso à preceitos retrógrafos da década de 1940, fato que intensificava dentre estudiosos e doutrinadores o surgimento de movimentos de reivindicação pela reforma e modernização do instituto.

Ao decorrer destes sessenta anos, o setor empresário passou a exercer, cada vez mais, uma maior função social, visto que, ao iniciar suas atividades, é de responsabilidade da empresa o cumprimento de diversos interesses, sendo eles públicos ou privados. Como por exemplo, manutenção dos salários de seus colaboradores, manutenção do relacionamento com fornecedores e o pagamento de tributos ao Estado. Assim, dentro desta ótica, Rubens Requião afirma:

“[...] os institutos da falência e concordata se revelaram estreitos para atender aos vultosos interesses, privados e públicos, envolvidos nas grandes empresas modernas, que manipulam poderosos valores econômicos e sociais. O conceito moderno de empresa, como atividade do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, fatalmente acarretaria a tomada de outras posições do Direito Falimentar. Vivemos, assim, em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a ser preocupar com a permanência da empresa e não apenas com sua liquidação judicial” (REQUIÃO, 1999, p. 12).

Deste modo, a evolução da atividade empresária, bem como, a evolução do puro entendimento da importância econômica e social destas atividades para a sociedade, levam a compreensão da necessidade da preservação da empresa em detrimento do caráter punitivo da mesma em um contexto de falência. Havendo, portanto, uma quebra na concepção inicial, onde passamos a atuar em um cenário em que, se a empresa insolvente demonstra condições de recuperação, os esforços do Estado, por meio do Instituto Falimentar, devem atuar em prol da criação de mecanismos que possibilitem a recuperação econômica e financeira da empresa e não em prol dos interesses do fisco ou dos credores atingidos (REQUIÃO, 1999).

Constata-se, assim, que a falência não deve se configurar mais como ponto principal da legislação, estando neste posto agora a recuperação e reorganização da empresa. Desta forma, este é, por conseguinte, o momento em que adentramos no entendimento da Lei nº 11.101/05: Lei de recuperação de Empresas e Falências, que carrega tais princípios em seu nome.

Os próximos subcapítulos do capítulo 2 buscarão explicar alguns preceitos pertinentes ao Decreto-Lei nº 7.661/45, buscando evidenciar a forma de atuação dentro da legislação

e, de forma concisa, destacar os pontos críticos como introdução para o surgimento da necessidade de reforma que culminou na reforma do instituto falimentar brasileiro por meio da Lei nº 11.101/05, que será retratada de forma ampla e particular no capítulo 3.

2.2 Ordem de Preferência dos Créditos na Falência

O Decreto-Lei nº 7.661/45 relata que, após a decretação de Falência de uma empresa, o patrimônio da mesma transforma-se em garantia comum aos credores envolvidos no processo. Porém, é importante ressaltar que, por se tratar de matéria de Direito Concursal, mesmo ao considerar igualdade entre os credores, fez-se necessário o estabelecimento de preferências no recebimento dos créditos (COELHO, 2005). Assim, de acordo com a interpretação e contribuição de Rubens Requião, os primeiros créditos a serem liquidados eram aqueles de maior preferência, seguidos dos créditos mais fracos e, por fim, ocorria a liquidação dos créditos quirografários, que são aqueles que não possuem nenhuma preferência (REQUIÃO, 1999). Conforme o observado a seguir:

- a) Créditos por acidente de trabalho (art. 102, § 1º);
- b) créditos trabalhistas, compreendendo todos os pagamentos devidos pela sociedade empresária a seus empregados (CLT, art. 499, § 1º); nessa mesma classificação estão os créditos dos representantes comerciais (Lei n. 4.886/65, art. 44, incluído pela Lei n. 8.844/94) e os da Caixa Econômica Federal, pelo FGTS (Lei n. 8.884/94, art. 2º, § 3º, com redação dada pela Lei n. 9.467/97);
- c) dívida ativa de natureza tributária ou não tributária (art. 186 do CTN e 4º, § 4º, da Lei n. 6.830/80);
- d) crédito da Fazenda Nacional decorrente de multas e penas pecuniárias devidas pela falida (Dec. – Lei n. 1.893/81, art. 9º; LF, art. 124);
- e) créditos por encargos da massa (art. 124, § 1º);
- f) créditos por dívida da massa (art. 124, § 2º);
- g) credores com garantia real (art. 102, I);
- h) com privilégio especial (art. 102, II);
- i) com privilégio geral (art. 102, III);
- j) quirografários (art. 102, IV);
- k) Subquirografários (LSA, art. 58, § 4º) (REQUIÃO, 1999, p. 326).

Como descrito anteriormente, a utilização de uma ordem classificatória se fez necessária dentro da aplicação do Decreto-Lei, porém esta prática não esteve isenta de lacunas e críticas.

De acordo com a ordem classificatória é possível observar que os créditos públicos ocupavam uma posição que contemplava vantagens e privilégios em relação as posições

subsequentes. Esta posição era justificada, em suma, pela função promotora do bem-estar social assumida pela Fazenda Pública. Entretanto, é possível encontrar um ponto de insustentabilidade no que se refere esta justificativa, visto que, a demora, ou ausência do recebimento de créditos por parte dos credores poderia, por consequência, acarretar momentos de dificuldade aos mesmos, o que também atinge diretamente na diminuição do bem-estar social (TEBET, 2003).

Além do fato descrito acima, é importante ressaltar outras duas questões: A primeira demonstra que em grande parte das vezes, aqueles credores que ocupavam as ordens preferenciais menos privilegiadas, raramente conseguem receber seus créditos, visto que, maior parte dos recursos provenientes da liquidação dos bens da empresa executada eram utilizados na liquidação das dívidas trabalhistas,²¹ não sendo suficientes até mesmo para as dívidas fiscais (CASTRO, 2002). E a segunda observa que as vantagens legais dos créditos trabalhistas em relação aos créditos fiscais acabavam por dificultar o desenvolvimento de uma conjuntura econômica e institucional favorável ao desenvolvimento, atingindo diretamente a sociedade de forma negativa (TEBET, 2003).

Deste modo, observava-se a necessidade de alterações no Decreto-Lei nº 7.661/45 que buscassem, dentre outras normatizações, a definição da função do crédito tributário dentro do processo falimentar, bem como, promover a alteração da ordem preferencial dos pagamentos no processo de falência (ARAÚJO; LUNDBERG, 2005).

2.3 Créditos Trabalhistas

Originalmente o Decreto-Lei nº 7.661/1945 tratava a ordem classificatória de forma diferente da forma descrita no subcapítulo 2.2, onde os créditos trabalhistas eram apontados em último lugar na ordem classificatória dos privilégios. Entretanto, após ter sido considerada uma prática injusta principalmente por não conceder a proteção devida a classe proletária, a ordem classificatória dos privilégios foi alterada no ano de 1960 por

²¹ Ao que se refere as legislações internacionais, nota-se que em boa parte dos países não há uma supremacia dos créditos trabalhistas em relação aos créditos fiscais e, quando este fenômeno é observado, trata-se de crédito limitado. Assim, de acordo com as contribuições de Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg esta prática tem como objetivo favorecer a manutenção de um “[...] ambiente institucional favorável ao crédito, procurando privilegiar a empresa produtiva com a possibilidade de acesso a empréstimos e financiamentos fartos e baratos” (ARAÚJO; LUNDBERG, 2005, p.1).

meio da Lei nº 3.726/1960. Assim, a nova classificação, buscava, por sua vez, solucionar a questão tornando a classificação mais justa para os trabalhadores (REQUIÃO, 1999).

Deste modo, partir desta alteração, os créditos trabalhistas passaram a ocupar a primeira posição na ordem preferencial dos créditos, concedendo assim, maior proteção aos salários e as indenizações dos empregados das empresas executadas por falência (REQUIÃO, 1999).

Sobretudo, a respeito dos créditos trabalhistas é importante ressaltar ainda que, a partir da promulgação da Lei nº 6.449/1977, estes passaram a ser constituídos pelo total dos salários e das indenizações devidas aos empregados, substituindo a redação original do Decreto-lei nº 5.452/1945 que minorava a proteção concedida aos trabalhadores (LACERDA, 1999).

Assim, de acordo com a Lei nº 3.726/1960, todos os valores devidos aos empregados, como saldo salarial, férias, décimo terceiro proporcional, aviso prévio, hora extra e demais valores pertinentes, no momento de decretação de falência deveriam ser liquidados de acordo com ordem preferencial de pagamentos (COELHO, 2005).

2.4 Realização de Ativos na Falência

Dentro dos princípios do Decreto-Lei nº 7.661/1945 a realização dos ativos iniciava-se após a finalização da apuração da situação patrimonial da falência, o levantamento do total dos créditos correntes, a averiguação das dívidas e encargos da massa falida e, subsequentemente, após a publicação do relatório do síndico e do quadro geral de credores²² (REQUIÃO, 1999).

A liquidação era, portanto, iniciada após o cumprimento dos prazos e das formalidades constituintes do processo, e ainda, após a dupla publicação da liquidação no Diário Oficial efetuada pelo síndico. Deste modo, é importante ressaltar que também ficava a cargo de competência do síndico²³ avaliar a utilização mais proveitosa de venda dos ativos,

²² De acordo com o art. 63 do Decreto-Lei nº 7.661, as vendas dos bens do executado só poderiam ser iniciadas após a formação completa do quadro geral de credores (REQUIÃO, 1999).

²³ Dentro de seus princípios o Decreto-Lei nº 7.661/1945 previa ainda que o plano de venda dos bens era de incumbência do síndico. Visto que, objetivando a escolha mais benéfica para a liquidação das dívidas dos credores, o síndico deveria escolher entre duas opções de alienação a serem realizadas por meio de leilão ou propostas de venda. Entretanto, é importante ressaltar que, caso não houvesse concordância sobre

buscando sempre analisar a conjuntura do mercado, bem como as condições e valores dos bens, com o objetivo de arrecadas a maior quantidade de recursos para a liquidação dos pagamentos dos credores (SANT'ANNA 1985).

Assim é importante ressaltar, ainda, que, de acordo com os princípios do Decreto-Lei nº 7.661/1945, mesmo que houvesse interesse ou maior vantagem para os credores com a venda total de um estabelecimento, os preceitos da legislação atuavam de forma negativa a esta prática, visto que, após a compra, o comprador deveria arcar com todo o passivo da sociedade falida, assim, eram criados obstáculos frente ao interesse de possíveis compradores (HUMBERTO, 2003).

2.5 Concordata

A legislação brasileira contempla o instituto da concordata desde a instituição do Código Comercial Brasileiro de 1850. O mecanismo era, em sua fase primitiva, apenas concedido em sua forma suspensiva, exigindo a necessidade de anuência da totalidade de credores que representassem, no mínimo, dois terços do valor total dos créditos (TEPEDINO, 2002).

Mantendo o seu objetivo principal de solucionar um estado de insolvência e recuperar a empresa em crise econômica ou financeira, a concordata foi concebida pelo Decreto-lei nº 7.661 de 1945, nas palavras de Carlos Alberto de O. Cruz, como um remédio jurídico cujo o principal objetivo era evitar a concretização da falência da empresa. Dentro de suas premissas eram previstas operações como a suspensão parcial ou o adiamento dos títulos dos credores, o que impedia o início de uma execução coletiva, ou suspendia seus efeitos (CRUZ, 1998).

Entretanto, o processo não dispunha de qualquer análise de viabilidade de manutenção das atividades da empresa em crise, não havendo, ainda, a preocupação em analisar as causas da insolvência do devedor, o se o plano apresentado de recuperação era ou não viável. Era apenas necessário que a empresa cumprisse as formalidades pertencentes ao

a forma de venda escolhida, os credores poderiam recorrer sobre esta decisão junto ao juiz (REQUIÃO, 1999).

processo²⁴, para que a concordata fosse concedida pelos juízes. Desta forma, a concordata se tornou um mecanismo passível de fraude, utilizado, muitas vezes, apenas para tardar o processo de falência (REQUIÃO, 2000).

Além da precedência para a incidência de fraudes, a ausência de uma análise minuciosa acarretava outros problemas, como por exemplo, a decretação imediata de falência por parte do legislador em situações em que, após a abertura do processo de solicitação de concordata, a empresa não reunisse os requisitos necessários para gozar do benefício. Assim, o entendimento era de que, ao pleitear a concordata, a empresa declarava, por si só, estar insolvente e, conseqüentemente, impossibilitada de cumprir com suas obrigações. O mesmo ocorria em casos de mera solicitação de convocação extrajudicial de credores (COELHO, 2005).

Outro problema existente na execução da legislação decorre da ordem dada as preferências dos créditos, pois créditos como, por exemplo, trabalhistas ou tributários poderiam ter seus títulos executados livremente em detrimento dos demais credores. Deste modo, observa-se que não eram todos os credores da empresa que estavam submetidos ao efeito da concordata. Esta prática tornava os efeitos da concordata menos eficazes, pois, em linhas gerais, constata-se que, em um momento de crise econômica, as empresas suspendem primeiramente os créditos tributários, possibilitando o levantamento de capital para o pagamento das demais dívidas (COELHO, 2005).

Dentre os benefícios concedidos pela concordata ao devedor pode-se destacar a manutenção da gestão dos negócios da empresa sob a fiscalização do síndico. Havendo apenas restrição quanto a venda e ou alienação dos bens, que só poderiam ser efetuadas mediante a autorização judicial e, ainda, em relação a venda ou transferência do estabelecimento comercial, aonde a autorização só poderia ocorrer frente a anuência dos credores (REQUIÃO, 2000).

A concordata tratava-se, portanto, de um mecanismo que visava solucionar o estado de insolvência da empresa, ou apenas retardar a concretização do processo de falência para aqueles casos considerados mais críticos. Dada a ausência de análises minuciosas, não

²⁴ Requisitos legais dispostos no Decreto-lei nº 7.661 de 1945 para a obtenção de concordata: Exercício de comércio regular; não existência de títulos vencidos a mais de 30 dias; não existência de solicitação de Falência a mais de 30 dias; não beneficiamento de concordata nos 5 anos anteriores e a não existência de dívidas com o fisco e com o INSS (COELHO, 2005).

havia, portanto, mecanismos que buscassem e atuassem assiduamente em prol da recomposição econômica e financeira da empresa.

2.6 Administração da Falência

Após a declaração da Falência de uma organização empresária, o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 prescrevia que o executado deveria ser destituído de seu patrimônio, perdendo, assim, o direito de administração sobre seu negócio. Deste modo, a legislação dispunha da designação da figura do Juiz, do Síndico e do Promotor de Justiça para solucionar a necessidade de gestão da massa falida, além da atuação dos credores²⁵ (REQUIÃO, 1999).

Era de responsabilidade do juiz a nomeação do síndico que, por sua vez, seria responsável por auxiliar o juiz perante a administração da falência. Para esta escolha a legislação dispunha de três diferentes requisitos: O síndico deveria ser escolhido entre os maiores credores; deveria residir ou ser domiciliado no foro referente a falência e deveria apresentar idoneidade financeira e moral. Entretanto, o primeiro ponto apresentou-se inconsistente na prática, visto que, em grande parte das vezes, os maiores credores eram as instituições financeiras, que, por sua vez, não depositam seu interesse na liquidação da massa falida, pois se preservavam da insolvência através da cobrança de juros. Assim, a escolha do síndico dentre os menores credores se mostrava mais eficiente (COELHO, 2005).

Entretanto, a legislação garantia que, caso houvessem três recusas consecutivas por parte dos credores para nomeação do síndico, era autorizada escolha fora do quadro geral de credores. O que acarretava na prática a escolha de um advogado de confiança do juiz, oferecendo maior agilidade ao processo (COELHO, 2005). De acordo com a descrição da ordem legal de preferência de pagamentos, o síndico só poderia ser remunerado após a satisfação de três classes preferenciais superiores aos gastos da massa. Assim, com a ausência da garantia do recebimento, o síndico poderia não atuar em prol de uma administração satisfatória, o que decorria um ponto crítico da legislação. A fim de

²⁵ Entendendo os credores como interessados na liquidação da massa falida, a legislação dispunha que eles poderiam ser adicionados à lista de administradores. Os credores possuíam, em suma, o direito de atuarem como fiscalizadores da administração do síndico, podendo, quando necessário, solicitarem até mesmo sua destituição, de acordo com o art. 66 (REQUIÃO, 1999).

solucionar esta prática, os juízes acabavam por autorizar a indenização do síndico antes dos demais desembolsos (COELHO, 200).

2.7 Persecução Penal

A legislação falimentar brasileira assumiu, ao longo dos anos, os crimes falimentares sob as disposições do direito comercial. Entretanto, ao consultarmos a doutrina internacional é possível observar uma divergência quanto a área que deveria disciplinar os crimes falimentares, dividindo-se entre o direito criminal e o direito comercial. Dentro dos ensinamentos de Rubens Sant'anna observa-se, também, que havia um desentendimento doutrinário quando a natureza jurídica dos crimes falimentares, divergindo-se entre crime contra a fé pública, crime contra o patrimônio, crime contra o comércio ou ainda crime pluriobjetivo (SANT'ANNA, 1985).

O Decreto-Lei 7.661/1945 descrevia, dentre seus preceitos, as condutas consideradas criminosas, tanto as de natureza culposa, quando aquelas de natureza dolosa. O art. 186 do Decreto-Lei enumerava os crimes classificados como de natureza culposa, enquanto aqueles de natureza dolosa eram descritos por meio dos artigos 187, 188 e 189 (SANT'ANNA, 1985).

Outra particularidade repousa na discordância acerca da natureza jurídica da falência, havendo uma dicotomia entre ser considerado um instrumento inquisitório ou peça indispensável à ação penal. Como os dois entendimentos encontravam suporte no STF, ocorriam certa desorientação entre as partes envolvidas nos processos, o que firmava ainda mais a ideia da necessidade de reforma da legislação falimentar brasileira (REQUIÃO, 1999).

O prazo prescricional dos crimes falimentares de acordo com a legislação em questão ocorreria dois anos após a sentença de encerramento da falência, ou ainda, de cumprimento da concordata. Porém, na prática observou-se que o processo de falência poderia levar anos para ser finalizado, fato que ocasionaria insegurança para as partes envolvidas no processo. Assim, entendeu-se que o prazo para a prescrição deveria ser iniciado na data prevista para o encerramento do processo, que seria o equivalente a dois anos após a abertura do processo (REQUIÃO, 1999).

As contribuições apresentadas pelo Decreto-lei nº 7.661 de 1945 já não representavam mais a realidade socioeconômica do país, não refletindo as exigências da estruturação econômica em que a sociedade empresária encontrava-se, apresentando diversos pontos de questionamento. Assim, neste momento iniciam-se os movimentos para reformulação do instituto falimentar brasileiro, que será estudado de forma específica no próximo capítulo.

3 A LEI Nº 11.101/05: LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

3.1 Contextualização Histórica, Jurídica e Social do Período

Conforme descrito anteriormente, ainda no século passado, a noção do conceito de empresa, bem como, o papel das organizações empresárias dentro da sociedade, passaram por alterações ao longo dos anos. Aonde, no entendimento contemporâneo, a atuação da empresa dentro da sociedade transcende a noção primária e única de agente produtor ou transformador de bens e serviços que visam apenas o lucro, atingindo um posto de agente social, agindo diretamente sobre aspectos como distribuição de riquezas, bem-estar social e, de forma ampla, no desenvolvimento econômico²⁶ (SANT'ANNA, 1986).

Há, portanto, dentro desta concepção, um rompimento com o comportamento inicial, visto que agora, em momentos de crises, os interesses instantâneos do fisco e dos credores não devem ser mantidos em detrimento a possibilidade de recuperação da empresa. Devendo haver um estudo do contexto da situação para que se atue da melhor forma possível, buscando, em um cenário desfavorável, dissolver a empresa, ou, em hipóteses positivas, recupera-la e mantê-la (REQUIÃO, 2000). Assim, de acordo com Requião vivemos “[...] em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa e não apenas como a sua liquidação judicial” (REQUIÃO, p. 12, 1999).

²⁶ Após sua constituição é de responsabilidade da empresa o cumprimento de diversos interesses públicos e privados, como por exemplo: o pagamento dos salários de trabalhadores, o pagamento de seus fornecedores de bens e serviços, recolhimento de tributos ao Estado, distribuição de lucros aos investidores, dentre outras. Estas funções impactam diretamente a sociedade, o que, em um ambiente de falência ocasiona um efeito cascata.

Tomando como base a relevância social adquirida pelo instituto falimentar ao longo dos anos, seu principal objetivo é, portanto, depositado na criação de mecanismos que possibilitem a recuperação econômico-financeira das empresas que atravessam momentos de dificuldade. Não havendo a possibilidade de recuperação, as ações do instituto falimentar devem, necessariamente, garantir que a expedição da falência ocorra de forma rápida, para que os recursos sejam otimizados ao máximo, garantindo o ressarcimento dos credores e demais envolvidos (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

Foi, portanto, neste contexto que, em 09 de fevereiro de 2005, foi sancionada a Lei nº 11.101. Se alinhando com a tendência internacional de preservação e manutenção da empresa viável, por meio da nova lei houve, entre outras alterações, o fim da concordata prevista nas legislações anteriores e a criação do mecanismo de Recuperação Judicial e Extrajudicial, favorecendo o processo de recomposição e reestruturação das empresas em dificuldade. Assim, a recuperação e recomposição da empresa passaram a ocupar a posição principal dentro do escopo legislação falimentar.

Entretanto, é importante ressaltar que, ainda que a principal alteração decorresse da instituição do mecanismo de Recuperação Judicial e Extrajudicial, como descrito anteriormente, dado a necessidade de reformulação de diversos pontos que tornavam a legislação ultrapassada para o contexto atual, o processo falimentar sofreu intensa revitalização.

As principais reformulações buscavam aspectos como: facilitação da venda dos bens da empresa falida, buscando maior fluidez ao processo; fim da sucessão, trazendo melhor otimização dos recursos; nova ordem preferencial e limitação dos créditos trabalhistas, garantindo a segurança do mercado; criação de novos órgãos de administração da falência e recuperação judicial, proporcionando maior participação dos credores no processo; e punições mais rigorosas buscando inibir e coibir fraudes nos processos.

Os próximos subcapítulos buscarão explicar as alterações suscitadas acima, buscando evidenciar suas especificações e particularidades, fornecendo conteúdo teórico para a análise apresentada no capítulo quatro.

3.2 Decretação de Falência

A decretação de falência dentro dos preceitos da nova Lei de Falência e Recuperação Judicial é caracterizada por meio da ocorrência de parâmetros pré-definidos pela legislação, sendo deles: A impontualidade injustificada, em observância ao art. 94 I; a execução frustrada, conforme o art. 94, II; e, ainda, a existência de prática de atos de falência, segundo o art. 94, III (COELHO, 2005). Deste modo, é disposto que:

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 (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Outra inovação em relação a momento de decretação refere-se ao valor do piso pré-fixado para os pedidos de falência, havendo a necessidade de que o valor corresponda à, no mínimo, quarenta salários mínimos. Entretanto, este procedimento encontra uma lacuna na legislação, permitindo que, em observância ao art. 94, § 1º²⁷, os credores se reúnam afim de deliberarem o valor total mínimo exigido, abrindo precedentes para a decretação de falência baseada em baixos valores (FAZZIO JUNIOR, 2005).

²⁷ Lei nº 11.101 de 2005, art. 94 § 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.

É importante ressaltar que houve grande preocupação em simplificar, bem como, fornecer maior agilidade ao processo de solicitação de falência. Fatos possíveis por meio de extinção de diversos procedimentos ativos dentro do escopo da legislação anterior.

3.3 Nova Ordem de Preferência dos Créditos

Um alvo das maiores críticas sofridas pela legislação anterior era, de fato, a ordem de preferência dos créditos. Como observado anteriormente, havia uma proteção legitimada dos créditos públicos em relação aos créditos privados, o que gerava na prática, em grande maioria dos casos, uma insuficiência de recursos para o pagamento dos demais créditos além dos créditos trabalhistas, como aqueles devidos as instituições financeiras.

Tais críticas se validam, ao passo que, perante a um cenário de insegurança econômico-financeira, as intuições bancárias, por não gozarem de proteção suficiente por parte da legislação, acabavam por retraírem suas ofertas de empréstimos, bem como, aumentarem suas taxas de juro, como meio cabível de proteção, prejudicando diretamente aquelas instituições que necessitavam de capital de terceiros para seu desenvolvimento. Assim, em uma instancia maior, eram afetados o desenvolvimento socioeconômico cadenciado, oferecendo prejuízo real ao bem-estar social.

Deste modo, visando criar condições mais favorável do que aquelas propostas durante o período de vigência do Decreto-lei nº 7.661 de 1945, a nova legislação falimentar brasileira dispõe da seguinte classificação de preferência dos créditos na falência:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006 (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

V – créditos com privilégio geral, a saber:

- a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
- c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

- a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
- b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
- c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

- a) os assim previstos em lei ou em contrato;
- b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Deste modo, é possível observar a diminuição dos privilégios do fisco, na disposição da sobreposição dos créditos com garantia real sobre os créditos fiscais, atendendo assim, a demanda descrita anteriormente. Outro ponto de relevante alteração consiste na ordem de satisfação dos créditos extraconcursais, que na definição de Fabio Coelho tratam-se daqueles que “o administrador judicial deve atender antes do pagamento dos credores da sociedade falida. São duas espécies de créditos extraconcursais: os relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro” (COELHO, 2005, p. 357), que agora ocupam o primeiro lugar na ordem de preferência dos créditos, colaborando, ainda de acordo com Coelho, com a coibição da má-fé presumida (COELHO, 2005).

3.4 Limitação dos Créditos Trabalhistas

Além da nova ordem de preferência dos créditos, a Lei nº 11.101 de 2005, decorre também sobre a limitação dos créditos trabalhistas. Como explanado anteriormente, os

créditos trabalhistas, em grande maioria das vezes, eram responsáveis pela absorção de praticamente todos os recursos advindos do processo de falência, gerando transtornos as demais partes envolvidas. Assim, buscando maior equidade para o processo, houve a limitação de um teto de 15 salários mínimos, por trabalhador, neste caso considerado um credor, para a utilização do privilégio da classe dos créditos trabalhistas²⁸ (COELHO, 2005). Além de trazer maior similitude, a estipulação do teto, visa proteger os trabalhadores detentores dos menores salários em detrimento dos grandes executivos, que acabavam por consumir maior parte dos recursos.

Ainda sobre os créditos trabalhistas, a nova legislação delinea sobre a possibilidade de pagamento dos salários vencidos nos três meses anteriores a decretação da falência quando houver a disponibilidade de recursos em caixa (COELHO, 2017).

3.5 Realização do Ativo

Tomando como principal objetivo tornar o processo falimentar mais ágil e rentável, a nova legislação buscou abrandar os impedimentos que prejudicavam a alienação dos bens pertencentes a massa falida, visto que o desenvolvimento da venda dos bens encontra-se diretamente relacionado ao resultado final do processo falimentar. Fato este que pode ser observado tanto em relação ao momento de recuperação judicial, atuando de forma direta no fornecimento de recursos para a retomada das atividades, quando no momento da liquidação final da empresa falida. Deste modo, de acordo com as contribuições de Coelho, o valor financeiro dos bens no momento da venda encontra-se diretamente relacionado ao tempo de demora do processo (COELHO, 2005).

Dentro das disposições da realização do ativo a nova legislação dispõe, em seu Art. 140 § 2º, que a realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores, ocasionando, por tanto, maior eficiência na realização do ativo, favorecendo as partes envolvidas. É importante ressaltar que, além de propiciar maior agilidade para o processo, esta alteração atua de modo a preservar o valor dos bens, não permitindo que sobre eles incidam depreciação e desvalorização ocasionada pelo tempo.

²⁸ Os créditos acima de 15 salários mínimos transformam-se em créditos quirógrafos que são, por sua vez, privados dos privilégios dispostos para os créditos trabalhistas (COELHO, 2005).

Ainda sobre as disposições do Art. 140, houve inovação em relação a modalidade da alienação, podendo variar em quatro diferentes maneiras:

- 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 (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Esta prática permite, em suma, que o juiz decida por estas quatro diferentes formas de alienação, apontando para aquela responsável por maior vantagem para o processo falimentar. Contudo, é importante salientar que, em grande maioria das vezes, o resultado da venda dos bens em conjunto é superior aquele obtido por meio da venda dos bens separadamente, visto que, nesta modalidade é possível absorver valores intangíveis como a força da marca, a rede de relacionamento e know-how, por exemplo. Além de diminuir os danos causados a sociedade com a dissociação plena da empresa (FAZZIO JUNIOR, 2005).

3.6 Fim da Sucessão Tributária

Não havendo a possibilidade de recuperação da empresa, a Lei 101.11/2005 atua de forma a objetivar a fase de liquidação do processo. Considerando as hipóteses de venda conjunta ou separada, no momento em que a empresa é adquirida são também absorvidas as dívidas dos proprietários anteriores, fato este que, por razões lógicas, prejudicam as chances de reconstrução e recuperação da empresa. Assim, buscando abrandar este fenômeno, a nova legislação dispõe em seu Art. 141 sobre a exclusão da sucessão de obrigações trabalhistas, fiscais e acidentárias. Determinando que “Art. 141 II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Acerca de suas contribuições, Coelho demonstra que, ainda que a legislação tenha apenas citado os modos de aquisição ordinária, ocorridos por meio de leilão ou pregões, as demais modalidades encontram-se livres da sucessão das dívidas pertencentes a sociedade falida (COELHO, 2005).

Neste cenário é importante observar que a suspensão da sucessão tributária não representa, em uma análise conjuntural, perdas para os cofres públicos. Pois os custos das obrigações tributárias acabam por diminuir o valor de mercado das empresas falidas, não representando, de fato, o valor real da sociedade em questão. Em linhas gerais, entende-se que a fazenda pública possui vantagens maiores em relação à possibilidade de reconstrução da empresa após o momento da venda²⁹ (FONSECA, 2003).

3.7 Recuperação Judicial e Extrajudicial

Como citado anteriormente, com o advento da Lei nº 11.101/2005 o principal objeto da legislação foi transferido da Falência para a Recuperação da empresa. Assim, o alicerce da nova legislação encontra-se presente na manutenção da empresa em crise, buscando, por meio de seus preceitos, fornecer uma estrutura institucional que propicie a reestruturação da empresa, coibindo os efeitos negativos ocasionados à população pela dissociação de uma sociedade empresária. Deste modo, o Art. 47 relata:

Art. 47. A recuperação judicial 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 (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Buscando readequar a legislação à realidade socioeconômica contemporânea, houve, portanto, a extinção do instituto da concordata presente nas legislações anteriores, havendo, assim, a instituição da Recuperação Judicial e da Recuperação extrajudicial, caracterizados como instrumentos mais flexíveis, ágeis e abrangentes.

Diferentemente do instituto da concordata, que era considerada apenas um favor legal concedido à empresa em crise, para aprovação e concessão da recuperação judicial há a necessidade de alguns pré-requisitos, como por exemplo, um estudo de viabilidade da recuperação da empresa³⁰, bem como, de um detalhamento dos meios utilizados para o

²⁹ É necessário ressaltar que, ainda do que se refere o processo de falência, a legislação se resguardou da possibilidade da existência de fraude de vínculos entre as instituições ao dispor acerca da anulação da sucessão tributária para adquirentes com grau de parentesco em linha reta ou colateral até o quarto grau consanguíneo dos controladores ou sócios da sociedade falida (FAZZIO, 2005).

³⁰ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica;

plano de recuperação, visto que, não são todas as empresas em dificuldade que possuem condições ou, até mesmo, merecimento de gozarem do princípio da recuperação judicial³¹ (COELHO, 2005).

É, por tanto, de competência do judiciário deliberar sobre a verificação da viabilidade econômica da empresa, decidindo se a empresa encontra-se atrelada aos padrões necessários para a recuperação judicial. De acordo com a doutrina é possível enumerar alguns fatores responsáveis pela caracterização da viabilidade de uma empresa, como: I – A relevância socioeconômica da atividade da empresa em âmbito local, regional e nacional; II – volume do ativo e do passivo; III – tempo de constituição da organização empresária; IV – mão de obra e tecnologias utilizadas e V – faturamento anual, bem como, endividamento da empresa (FAZZIO JUNIOR, 2005).

Ainda que a competência sobre a deliberação da viabilidade do plano de recuperação judicial seja do judiciário, visando a instituição de um ambiente saudável para as negociações entre as partes envolvidas, a legislação garantiu que o plano de recuperação apresentado pela empresa devedora pudesse ser discutido e votado pela Assembleia de Credores, visto que, os membros da Assembleia são entendidos como maiores interessados no processo (FAZZIO JUNIOR, 2005).

Assim, diferentemente da legislação anterior, a Lei nº 11.101/2005 permite que devedor e credores negociem sobre as condições de reajustes da dívida, assim como, sobre o prazo necessário para a recuperação da instituição, de acordo com as características e especificidades de cada atividade econômica. Entretanto, é importante ressaltar que a legislação estipulou prazos para a satisfação dos créditos trabalhistas. Desta forma, os créditos de natureza salarial de até cinco salários mínimos por trabalhador, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, deverão necessariamente serem liquidados em trinta dias e os créditos trabalhistas deverão ser liquidados durante um período de um ano (FAZZIO JUNIOR, 2005).

e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

³¹ A necessidade prévia de análise de viabilidade da recuperação judicial encontra razão, também, nos altos custos derivados dos agentes econômicos envolvidos no processo. Tais custos acabam sendo repassados para sociedade por meio de juros, por exemplo. Deste modo, a alocação de esforços para a recuperação de uma empresa que não apresenta condições para tal, significa, por consequência, a utilização de recursos públicos de forma inábil (COELHO, 2005).

Entendido como uma das maiores dificuldades para a reestruturação de uma empresa em crise, os créditos fiscais encontram-se no rol das inovações trazidas pela nova lei. Foi deliberado por seu art. 68 e pelo CTN³², a permissão do parcelamento dos débitos devidos ao INSS e a Fazenda Pública em um contexto de recuperação judicial. Favorecendo, assim, a recuperação da empresa em crise (FAZZIO JUNIOR, 2005).

Outra ruptura com o instituto da concordata consiste na permissão da substituição dos administradores da empresa. A referida alteração ocorreu sob o entendimento de que, quando a causa, ou parte das causas, da crise da empresa encontram-se vinculadas a má administração e gestão, ou ainda, quando a administração não demonstra condições para a realização dos procedimentos necessários no momento da recuperação judicial, as chances de reestruturação e reconstrução da empresa diminuem consideravelmente (COELHO, 2005).

Buscando propiciar um ambiente favorável à manutenção da empresa em dificuldade, a Lei nº 11.101/2005 instituiu a figura da Recuperação Extrajudicial. O novo mecanismo fornece amparo legal para os acordos informais, que sempre existiram, oferecendo mais agilidade e flexibilidade aos acordos entre o devedor e os credores (FAZZIO JUNIOR, 2005).

Diferentemente da Recuperação Judicial, e conforme as disposições do art. 161 § 1º³³, a Recuperação Extrajudicial não abrange todos os créditos, podendo haver negociação apenas sobre os créditos de garantia real, privilégio especial e geral, créditos quirografários e créditos subordinados. Por esta razão o devedor não precisa necessariamente convocar todas as partes envolvidas para a integração do plano. A legislação dispõe ainda que, obtendo a assinatura do volume de credores que represente mais de três quintos da totalidade de todos os créditos de cada espécie por ele abrangido, o devedor poderá homologar o processo de Recuperação Extrajudicial (FAZZIO JUNIOR, 2005).

³² Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

³³ Art. 161. § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei (BRASIL, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Tratando-se de um ambiente de negociação, a efetivação do plano é de competência das partes envolvidas, o juiz é responsável apenas por analisar o acordo verificando se existe a necessidade de adequação aos termos, ou caso existam descumprimentos dos termos acordados. É importante ressaltar ainda, que, a homologação do acordo extrajudicial não possibilita a suspensão de ações e execuções contra o devedor, tanto por parte dos credores constituintes do processo, quanto daqueles não signatários.

3.8 Órgãos de administração e a Responsabilidade Penal

A Lei nº 11.101/2005 inovou ao inserir maior participação dos credores na administração da Recuperação Judicial por meio da instituição dos órgãos da Assembleia de Credores e o Comitê. A Assembleia de Credores é o órgão responsável pela manifestação dos interesses dos credores da massa falida, atuando diretamente no processo de Falência e no processo de Recuperação Judicial. E o Comitê dos Credores é considerado um órgão consultivo fiscalizatório, composto por três membros e seis suplentes escolhidos pela Assembleia. Cada membro representa uma classe de credores: trabalhadores, credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e os credores quirografários e com privilégios gerais (COELHO, 2005).

Houve também a substituição da figura do síndico pela figura do administrador judicial. Diferentemente do síndico o administrador judicial deve possuir competências técnicas que possibilitem uma eficiente gerência dos bens da empresa falida, e, caso necessário, competência para administração direta de intuições que tiverem seus administradores afastados (COELHO, 2005).

De acordo com o art. 183, os processos falimentares deverão ser endereçados diretamente para o juízo criminal. Desta forma relata Fazzio Júnior:

Na realidade, ação de falência, execução concursal e ação penal falimentar são processos que, embora amarrados uns aos outros pelo fenômeno da falência, tem escopos diversos. No processo concursal, as metas judiciais são a realização dos direitos dos credores e a restauração dos negócios do devedor tendo em vista a conservação da empresa. Já na ação penal falimentar, o serviço judiciário consiste em examinar a procedência da imputação, sopesar elementos probatórios, sem prejuízo de assegurar prioridades aos direitos constitucionais, condenar ou absorver o agente. Na justiça criminal, os atos do dever são contemplados sob a perspectiva de sua relevância típica como ilícitos de maior gravidade (FAZZIO JUNIOR, 2005, p. 371).

Houve ainda a extinção do inquérito judicial, havendo agora apenas, em casos de necessidade de apuração de fatos ilícitos, a existência do inquérito policial.

CONCLUSÃO

Tomando como principal objetivo a produção de uma análise comparativa entre o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 e a Lei nº 11.101 de 2005, o presente estudo analisou historicamente a evolução do Instituto Falimentar desde as instituições do Direito Romano, até os primeiros indícios do instituto no Brasil, ainda no período colonial.

Após diversas reformulações ao decorrer dos anos e, por consequência da necessidade de adequação da legislação ao contexto socioeconômico nacional, o Instituto Falimentar Brasileiro esteve frente a uma de suas maiores inovações, a instituição do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945.

Entretanto, ainda no século passado, o conceito de empresa, bem como, o papel das organizações empresárias dentro da sociedade, sofreram diversas alterações, onde no entendimento contemporâneo, a atuação da empresa dentro da sociedade passou a transcender a noção primária e única de agente produtor ou transformador de bens e serviços que visam apenas o lucro, atingindo um posto de agente social, agindo diretamente sobre aspectos como distribuição de riquezas, bem-estar social.

Há, portanto, neste entendimento, um rompimento com a concepção do papel do Instituto Falimentar dentro do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, visto que, a partir de então, em momentos de crises, dado a relevância social adquirida pelas organizações empresárias, o principal objetivo do Instituto passa a ser a criação de mecanismos que possibilitem a recuperação econômico-financeira das empresas. Deste modo, foi neste contexto que, em 09 de fevereiro de 2005, presenciamos o advento da Lei nº 11.101.

Tomando como principal objetivo tornar o processo falimentar mais ágil e rentável, a nova legislação buscou abrandar os impedimentos que prejudicavam a alienação dos bens pertencentes a massa falida, pois a rentabilidade do processo falimentar encontra-se diretamente relacionado ao momento das vendas dos bens, visto que o valor financeiro dos bens pode ser alterado por fatores como depreciação e desvalorização ocasionada pelo tempo.

Outra inovação da Lei de Recuperação judicial refere-se ao fim da sucessão tributária. Não havendo a possibilidade de recuperação da empresa, a Lei 101.11/2005 atua de forma a objetivar a fase de liquidação do processo por meio da suspensão tributária das empresas em processo de falência, favorecendo o processo final de liquidação e sucessão.

O Decreto-Lei nº 7.661/1945 apresentava uma proteção legitimada dos créditos públicos em relação aos créditos privados, o que gerava na prática uma insuficiência de recursos para o pagamento dos demais créditos além dos créditos trabalhistas, como aqueles devidos as instituições financeiras, por exemplo. Por consequência deste fato, perante a um cenário de insegurança econômico-financeira, as instituições bancárias, por não gozarem de proteção suficiente por parte da legislação, acabavam por retraírem suas ofertas de empréstimos, bem como, aumentarem suas taxas de juro, como meio cabível de proteção, prejudicando diretamente aquelas instituições que necessitavam de capital de terceiros para seu desenvolvimento.

Deste modo, visando a criação de condições mais favoráveis, especificamente em relação aos créditos trabalhistas, houve a limitação de um teto de 15 salários mínimos, por trabalhador para a utilização do privilégio da classe dos créditos trabalhistas. Deste modo, além de trazer maior similitude, a estipulação do teto, visa proteger os trabalhadores detentores dos menores salários em detrimento dos grandes executivos, que acabavam por consumir maior parte dos recursos.

Buscando readequar a legislação a realidade socioeconômica contemporânea, uma das principais inovações propostas pela nova lei foi a extinção do instituto da concordata e a instituição da Recuperação Judicial e Extrajudicial. Diferentemente do instituto da concordata, que era considerada apenas um favor legal concedido para a empresa em crise, os institutos de Recuperação Judicial e Extrajudicial são caracterizados como instrumentos mais flexíveis, ágeis e abrangentes, que atuam de forma a favorecerem a reestruturação das empresas em crise por meio de seus preceitos menos burocratizados.

Outra inovação da nova legislação refere-se a maior participação dos credores na administração da Recuperação Judicial por meio da instituição dos órgãos da Assembleia de Credores e do Comitê dos Credores, visto que, tratam-se dos principais interessados no bom desenvolvimento do processo. Além disso, a legislação inovou ao substituir a figura do síndico pela figura do administrador judicial, oferecendo maior nível de

conhecimento técnico para a administração do processo de recuperação e para a administração dos bens da sociedade falida.

Analisando as alterações ocorridas entre o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 e a Lei nº 11.101 de 2005, é possível observar a importância do contexto socioeconômico para a instituição e aplicação da legislação. Os conceitos e práticas estão em constante alteração, e, a eficiência da legislação está diretamente relacionada a sua capacidade de se readaptar a estes novos cenários.

O Instituto da Recuperação Judicial representa de forma clara o novo entendimento, de que, em momento de crise, os esforços do Estado devem atuar em prol da possibilidade de recuperação da empresa, visto que, a dissolução de uma instituição pode acarretar disfunções socioeconômicas que atingem todo um ciclo socioeconômico e às entidades concernentes a ele.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência concordata**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARAÚJO, Aloisio; LUNDBERG, Eduardo. **A Nova Lei de Falência: Uma Avaliação**. Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/V%20-%20Lei%20de%20Fal%C3%Aancias%20-%204JSB.pdf>> Acesso em 27 de junho de 2017.
- BEVILAQUA, Achilles. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1954.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falência comentada**. 3. Ed., 2º tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em 25 de janeiro 2017.
- BRASIL. **Lei nº 11.101/05**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 25 de janeiro 2017.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marian Labate. **Falência e concordatas: comentários à lei de falência, doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.
- CALDAS, Gilberto. **Novo dicionário de latim forense**. 5 ed. São Paulo: Leud, 1994.
- CASTRO, Alberto Farracha de. **Colonialismo Jurídico e a Reforma do Direito Falimentar**. Revista de Direito Mercantil, nº 12, p. 92-105, São Paulo, 2002.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2005.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. V.3. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. **Falência e Concordata: A interpretação sistemática no Direito Concursal Brasileiro**. Revista Jurídica, 1998.
- D. PHELIPPE O PRIMEIRO. **Ordenações e Lei do Reino de Portugal**: Recopiladas per mandado D'el-Rei. 10ª Ed., Coimbra: Universidade de Coimbra. 1865.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1965.
- FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. **Alienação da Empresa na Falência e Sucessão Tributária**. Revista de Direito Mercantil, nº 132, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência: À Luz da nova Lei n. 11.101/2005.** 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GROFF, Fábio de Carvalho. **Contribuição ao Estudo da Curadoria de Bens na Execução: O Curator Bonorum da Bonorum Venditio.** Dissertação. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2010.
- LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar.** 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- LOPES, Adriana. **Histórica das civilizações.** 1º volume, São Paulo: Atíca, 1994.
- MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas.** 4º volume, 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** 7 ed. Atualizada por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Recuperação Empresarial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Principais mudanças na legislação falimentar.** Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Ano III – número 13. Brasília: ESMPU, 2004.
- OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Angela Maria Castro. **Estado Novo: Ideologia e poder.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: Ideais e Ferramentas úteis para o pesquisador do direito.** 7 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** V.1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** V.2. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REQUIÃO, Rubens. **A crise do Direito Falimentar Brasileiro: a reforma da lei de falência.** São Paulo: Revista de Direito Mercantil, 2000.
- SANT'ANNA, Rubens. **Falências e concordatas.** São Paulo: Aide, 1985.
- SANT'ANNA, Rubens. **A Falência da Empresa.** Realidade Contemporânea e Perspectivas Futuras. Revista de Direito Mercantil, nº 64, São Paulo, 1986.
- SIERRA, Amanda Queiroz. **As Ordenações do Reino e o Surgimento do Direito Falimentar no Brasil: Uma análise sistemática da legislação reinol aplicada no Brasil e sua influência na formação do Direito Falimentar Brasileiro.** Ceará: THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 2007.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. **O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004.
- TEBET, Ramez. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 70.** Senado, 2003.

TEPEDINO, Ricardo. **A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-Lei 7.661/1945**. Revista de Direito mercantil, nº 128, São Paulo, 2002.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 4. ed. Revista e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.