

Inovações na Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005

Clovis Antonio Maluf

Especialista em Direito Comercial pela Universidade Mackenzie, com cursos no exterior, Professor de Direito Comercial no Centro Universitário Fieo – Advogado militante.

Segundo o Deputado Oswaldo Biolchi (relator do Projeto), a sociedade brasileira de há muito chamava por uma reforma na antiga Lei de Falências de 1945 – Decreto-Lei nº 7661.

E depois de transitar por mais de dez anos, finalmente a nova lei entrou em vigência, trazendo algumas modificações importantes:

1. Sujeito Passivo - Empresário

- Sociedade empresária

Pela lei antiga o sujeito passivo era o comerciante individual e a sociedade comercial.

Pela nova lei, a sociedade empresária e o empresário de modo geral, comerciante propriamente dito, ou não, porque adotou a teoria da empresa, acolhida pelo Código Civil atual, nos artigos 966 e 982 que diz:

Empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. E sociedade empresária é aquela que tem por objeto a realização dessa atividade economicamente organizada.

Como podem ver a nova lei deixou de lado a figura do velho comerciante, mas se pega no termo *profissionalmente* como forma de dizer que a atividade tem de ser freqüente, habitual.

Nesse rumo, a nova lei acabou por atingir o produtor rural, até então protegido contra a Lei de Falências, porque o artigo 971 do Código Civil diz que o produtor rural que estiver inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis,

estão equiparados aos empresários e, portanto, sujeitos à Lei de Falências e de Recuperação Judicial.

O Artigo 2º da Lei diz textualmente que esta lei não se aplica:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

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

2. Juízo Competente – Artigo 3º

A exemplo da antiga Lei, o juízo competente para decretar a falência, homologar pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, é o juízo em cuja jurisdição esteja localizada a sede social da empresa ou seu principal estabelecimento ou de filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

3. Princípio da Universalidade do Juízo Falimentar

A nova Lei consagrou o velho princípio da universalidade do juízo falimentar, ao ratificar no artigo 76 que o juiz da falência é o competente para resolver todas as questões em que a massa falida tenha interesse, com exceção as causas trabalhistas e tributárias, que serão processadas em seus respectivos juízos e depois de transitadas em julgado serão encaminhadas para os autos das habilitações de Crédito, onde serão incluídas nas suas respectivas classificação.

Por outro lado, as ações em que a massa figure como Autora, serão processadas em outro juízo, normalmente o juízo do domicílio do devedor e o produto dessas ações serão adicionados à massa falida.

4. Obrigatoriedade da Participação do Administrador Judicial nesses Processos

Diz o Parágrafo único do artigo 76 que a presença do Administrador Judicial como representante da massa falida é imprescindível, sob pena de nulidade do processo.

5. Administrador Judicial

O antigo Síndico do Decreto-Lei 7661/45 era escolhido entre os maiores credores do falido, e somente após a terceira recusa é que o juiz nomeava um dativo, que tinha por função assumir a administração da massa falida até o final do processo.

Essas nomeações eram baseadas apenas na confiança e na vida pregressa dos candidatos, de forma que seu desempenho nem sempre era o esperado.

A nova lei no seu artigo 21 diz que o administrador judicial será preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador, ou ainda pessoa jurídica especializada.

No caso de pessoa jurídica especializada, deverá ela nomear alguém com capacidade para representá-la junto ao processo e, sobretudo, junto aos credores e não poderá ser substituído sem expressa autorização judicial.

Notem que na nova Lei, o administrador judicial tem participação obrigatória tanto na falência quanto na recuperação.

No artigo 22 estão relacionadas todas as obrigações do administrador, tanto na recuperação judicial como na falência.

Quanto a essas obrigações chamo sua atenção para o direito que a lei lhe dá de requerer ao juiz a Convocação de Assembléia Geral de Credores, nos casos previstos em lei (art. 35), ou quando entender necessária a sua realização para tomada de posições.

6. Assembléia Geral de Credores

A Assembléia Geral de Credores já existia nos artigos 122 e 123 da velha Lei da Quebra, e ela só era acionada no momento em que o processo de falência entrasse na fase de liquidação, pois esse era o momento em que os credores reunidos em Assembléia poderiam discordar da forma de liquidação escolhida pelo Síndico, como também poderiam seguir outra forma de liquidação e até mesmo convolar a falência em concordata suspensiva, assumindo, portanto, o controle da empresa falida.

Esse instituto foi recriado e ampliado na nova lei vindo a se tornar o órgão mais importante das deliberações sobre a massa falida e sobre o pedido de recuperação.

Compete a Assembléia Geral escolher eventualmente (porque não obrigatório), o Comitê de Credores (art. 26), que é formado por três membros efetivos e três suplentes, escolhidos de cada classe de credores (trabalhistas, credores com garantia real e quirografários) e mais um suplente para cada um, e tem por função fiscalizar a atividade do administrador.

Na lei anterior, a Assembléia Geral de Credores ficou quase esquecida, tanto que existem vários profissionais do direito que desconheciam aquele instituto. Oxalá não ocorra o mesmo com a nova lei.

Nas Assembléias, terão direito a voto, evidentemente, os credores, cujos créditos estão arrolados no Quadro Geral de Credores (art. 39).

7. Recuperação Judicial

Esse instituto é novo, e como tal, muito se discute a seu respeito, sendo que o caso real, que tem ocupado o tempo na mídia e o mais conhecido, por suas peculiaridades, é o caso da Varig, cujo processo tramita pela 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, cujo juiz, cabe aqui ressaltar sua coragem, simplesmente deixou de lado os preceitos legais, para funcionar como negociador entre os credores e a empresa devedora.

Vejam que neste caso, abriu-se uma exceção quando ele permitiu que a empresa subsidiária adquirisse a parte boa, e apenas esta, da empresa principal. Mas não é só. Mesmo diante da não aceitação do plano de recuperação, aquele juízo não decretou a falência da Varig, no que fez muito bem, submetendo à apreciação da Assembléia um novo plano de recuperação judicial, aceito pelos credores.

Com essa corajosa atitude, cuja legalidade ainda se questiona, salvou ele 6.000 empregos, mantendo assim o sustento de 6.000 famílias.

Por outro lado, as inovações trazidas pela nova lei de recuperação de empresas, vale destacar as seguintes:

- 1- Facultou-se ao devedor procurar seus credores e discutir com eles a novação de seus créditos;
- 2- Cisão, fusão, incorporação ou transformação de sociedade;
- 3- Alteração do controle societário;
- 4- Substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação dos órgãos administrativos;
- 5- Constituição de sociedade de credores;
- 6- Venda parcial da empresa;

Esses são os aspectos de maior importância, escolhidos para serem discutidos aqui, porém, os demais estão elencados do artigo 50 da Lei, à espera de amadurecimento da jurisprudência, ainda insipiente neste aspecto.

Desse referido artigo 50 me chama a atenção o inciso X que cuida da constituição de sociedade de credores.

Esse artigo prevê a constituição de sociedade empresária ou sociedade simples de credores, integralizando seu capital social com os créditos contra a empresa, passando a sociedade recém constituída ser sócia quotista ou acionista da empresa recuperanda, podendo até absorvê-la integralmente, obrigando a sua liquidação e a criação de uma nova.

A grande novidade desta lei, é que não há sucessão tributária e nem trabalhista para quem adquirir a empresa recuperanda, viabilizando assim o interesse por essas empresas em recuperação.

Pela lei anterior o novo proprietário teria de arcar com todo passivo tributário e trabalhista da empresa comprada.

Aqui em Osasco vocês têm o exemplo da Cobrasma, cujas instalações foram arrendadas por uma outra empresa, porém a Justiça do Trabalho vislumbrou a sucessão, de forma que o arrendante está se vendo obrigado a negociar um passivo que não é seu para poder continuar trabalhando.

8. Deferimento do Pedido de Recuperação mesmo Quando a Assembléia Geral não Aprovar o Plano nos Termos do Artigo 45 da Lei

Nessa situação o legislador criou uma exceção, na qual o juiz da ação de recuperação da Varig se pegou para evitar a quebra que é a seguinte:

O parágrafo 1º do artigo 58 da Lei diz que:

O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Como é claro, o plano de Recuperação Judicial uma vez aprovado, implica na **Novação** das dívidas da empresa e a sentença que homologa o plano passa a ser um título executivo, pois o seu descumprimento implica na decretação da falência, requerida por qualquer credor (art. 73, inciso IV).

Na recuperação judicial, assim como era na velha concordata preventiva, os administradores continuam a frente do negócio, sob a fiscalização do Comitê de Credores e do Administrador Judicial, salvo se impedidos por lei, por condenação penal, ter fraudado credores, ou se praticar gestão ruinosa (incisos I, II, III, IV, V e VI do artigo 64).

Em caso de destituição dos administradores, o juiz convocará Assembléia Geral para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a empresa (art. 65).

9. Falência

A velha Lei da Quebra rezava no seu artigo 1º que considerava falido o comerciante que sem relevante razão de direito, deixar de pagar no vencimento, obrigação líquida que legitime ação executiva (art. 94).

Deste artigo se extraía dois aspectos capazes de caracterizar o estado de pré-falência de uma empresa, quais sejam: a impontualidade e a insolvência.

Impontualidade comprovada pelo instrumento de protesto, tirado na praça de pagamento do título, e a insolvência caracterizada pela ausência de patrimônio para garantia das obrigações assumidas.

No artigo 75 da nova lei, essas duas premissas foram mantidas e são elas determinantes do estado de falência.

10. Limitação do Pedido de Falência

A atual lei tomou uma atitude muito séria ao exigir valor mínimo para a propositura do pedido de falência, pois fixou o mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos.

Em razão desse diminuto valor, criou ela a possibilidade do litisconsórcio ativo de credores para atingir aquele limite.

11. Resposta do Devedor

Diz o artigo 96 que a falência não será decretada se contra quem requereu ficar provado:

- 1- Falsidade do título;
- 2- Prescrição;
- 3- Nulidade da obrigação ou do título;
- 4- Pagamento – depósito elisivo;
- 5- Qualquer outro fato que extinga ou modifique ou suspensa a obrigação;
- 6- Vício na certidão do protesto;
- 7- Apresentação do plano de recuperação judicial no prazo da contestação;

8- Cessação das atividades empresariais nos últimos dois anos antes do pedido comprovada por documento hábil.

Na prática ainda permanece o mesmo ensinamento da lei anterior em seu artigo 11 que dizia: Poderá o devedor depositar o valor reclamado, acrescido das custas e verba honorária, pode apresentar defesa ou ainda poderá apresentar defesa e depositar, ocasião em que a falência não será declarada, mesmo que a defesa não seja aceita, porque esse depósito é elisivo da falência.

12. Sentença Declaratória

A sentença declaratória da falência traz como primeira consequência o vencimento antecipado das dívidas dos credores, justamente para que eles possam participar do processo falimentar, habilitando seus créditos e assim desempenhar suas funções como credor, impugnando créditos, participando dos processos em que a massa seja autora ou ré, participando e auxiliando na administração da massa.

13. Falência Dolosa

O artigo 101 da nova lei contemplou o requerimento de falência dolosa punindo aquele que por dolo requer a falência de outrem, de forma que a sentença denegatória da falência já condena o Requerente ao pagamento das perdas e danos.

14. Da Inabilitação Empresarial dos Direitos e Deveres do Falido

Este tema está descrito nos artigos 102 a 104, porém, nos chama atenção a severidade com que a lei trata do falido, tornando-o inabilitado para exercer **qualquer** atividade empresarial a partir da sentença declaratória, até a sentença que julgue extinta suas obrigações.

Vejam que a lei, realmente, foi além de seus limites, porque extrapolou na pena, ao impedir o devedor de exercer qualquer atividade empresária. Me parece exagerada essa punição, porque ela seria compreensível em caso de fraude a credores, ou se o falido fosse condenado pela prática de crime falimentar.

15. Da Realização do Ativo

Diz o artigo 139 que a realização do ativo se inicia com a juntada do auto de arrecadação no processo de falência.

A nova lei inovou a forma de liquidação do ativo, dando mais liberdade ao administrador, que não está mais obrigado a seguir os ditames da velha lei, dividindo a massa em lotes para serem leiloados.

Hoje o administrador pode vender a empresa com um todo. Pode vender as unidades produtivas isoladamente da empresa. Pode vender a parte produtiva apenas. Pode vender os bens individualmente considerados. Pode variar a forma de alienação dos bens.

Vejam que o legislador realmente preocupou-se em tirar o maior proveito possível em benefício dos credores, dos bens que compõem a massa.

Considerações Finais

A presente lei foi criada apenas para proteger os interesses dos bancos e das instituições financeiras de um modo geral, porque para o mercado nada trouxe de bom.

Com a limitação do privilégio do crédito trabalhista em 150 salários mínimos, e com a reserva dos bens dados em garantia real, os bancos protegeram seus créditos, em prejuízo do credor quirografário que em última análise irá receber apenas o que sobrar e se sobrar.

Com relação ao Fisco, a Lei também o protegeu não sujeitando-o aos efeitos da recuperação judicial obrigando praticamente o devedor a parcelar sua dívida tributária como condição *sine qua non* para propor o pedido de recuperação.

Finalmente, a lei está muito mal distribuída com os assuntos espalhados sem uma ordenação que permita rapidez na localização dos assuntos.

Me lembro como se fosse o deputado relator, justificar a nova lei com o fato dos bancos reduzirem significativamente as taxas de juros, em virtude da diminuição do risco. Ledo engano mais uma vez, pois os juros estratosféricos continuam assolando a economia do país.

Referências Bibliográficas

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de falências comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa - **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
Comentários á nova lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTADOS UNIDOS. **Uniform commercial code**. James J. White e Robert S. Summers. St. Paul: Minn, West Group, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANÇA. **Code de commerce**. Yves Chaput. Paris, Dalloz, 1994.

ITÁLIA. **Codici e leggi d'italia. Códice civile: 1994**. Luigi Franchi, Virgilio Feroci e Santo Ferrari. Milano:Ulrico Hoepli, 1996.

LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MALUF, Clovis Antonio e FARIA, William Marinho. **A lei de recuperações**. São Paulo: Edifio, 2007.

MAMEDE, Gladson. **Falência e Recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2008.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas – anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Nova lei de falências (comparativos e comentários)**. São Paulo: Rideel, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. v.3.São Paulo: Saraiva, 2004.

Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TZIRULNIK, Luiz – **Direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.