

## DIREITO FALIMENTAR: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E PRESSUPOSTOS À INSTAURAÇÃO DA FALÊNCIA

### BANKRUPTCY LAW: INTRODUCTORY NOTIONS AND PREREQUISITES FOR BANKRUPTCY FILING

Caio Soares Maciel Dantas<sup>1</sup>

Daniilo Almeida Silva<sup>2</sup>

Delner do Carmo Azevedo<sup>3</sup>

**RESUMO:** A execução de dívida líquida e certa processa-se, geralmente de forma individual. Quando, porém, o patrimônio do devedor não for suficiente para saldar suas dívidas, e este for empresário e insolvente, na forma da lei, instaura-se processo de falência, o qual visa propiciar, ao mesmo tempo, a quitação da dívida para com os credores concorrentes, de forma justa, e garantias ao devedor, como, por exemplo, a possibilidade de recuperação judicial e extrajudicial da empresa.

**Palavras-chave:** Direito Falimentar. Devedor. Empresário. Insolvente. Processo.

**ABSTRACT:** The execution of a liquidated and certain debt is generally processed individually. However, when the debtor's assets are not sufficient to pay off his debts, and he is an entrepreneur and insolvent, in accordance with the law, bankruptcy proceedings are instituted, which aim to provide, at the same time, the settlement of the debt to competing creditors, in a fair manner, and guarantees to the debtor, such as, for example, the possibility of judicial and extrajudicial recovery of the company.

**Keywords:** Bankruptcy Law. Debtor. Businessman. Insolvent. Process.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para uma melhor compreensão do que se pretende abordar, cabe trazer um pequeno retrospecto histórico sobre a forma com que se executava uma dívida na Roma Antiga, local de onde remonta boa parte da história do direito brasileiro. Após, abordar-se-á acerca dos pressupostos do instituto jurídico da falência.

Sabe-se que, nos tempos atuais, a garantia dos credores é o patrimônio do devedor, mas nem sempre foi assim. Registra a doutrina que, nos primórdios da civilização romana, sob a égide das XII Tábuas, o devedor que não cumpria a obrigação dentro do prazo podia ser vendido

<sup>1</sup>Graduando do Centro Universitário São Lucas.

<sup>2</sup>Graduando do Centro Universitário São Lucas.

<sup>3</sup>Orientador no Centro Universitário São Lucas. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Professor efetivo do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas.

como escravo no estrangeiro; Segundo o professor Fábio Ulhoa Coelho, em seu Curso de Direito Comercial (2012), no século V a.C., o direito romano evoluiu no sentido de obstar a satisfação de dívidas na pessoa do devedor e criar mecanismos de execução meramente patrimonial.

No estado capitalista contemporâneo, se alguém não cumpre obrigação, legal ou contratual, de pagar o que deve, o sujeito ativo pode promover, perante o Poder Judiciário, a execução de tantos bens do patrimônio do devedor quantos bastem à integral satisfação de seu crédito. O juiz identifica, a partir do título que lhe é apresentado pelo credor, a existência e o descumprimento de crédito líquido, certo e exigível; determina então, a expropriação de um bem do patrimônio do devedor (mediante prévia penhora), para satisfazer o crédito do exequente. A execução processa-se, em regra, individualmente, ou seja, um só credor move processo contra o devedor, para dele haver a satisfação da obrigação descumprida; o aparato judiciário, acionado pelo processo, busca um bem do sujeito passivo da obrigação, expropria-o e paga o titular do crédito.

Quando, porém, continua o eminente jurista, o patrimônio do devedor é representado por bens cujos valores somados são inferiores à totalidade das suas dívidas, ou seja, quando alguém deve mais do que tem para pagar, a regra da individualidade da execução torna-se *injusta*, porque execuções individuais não possibilitam discriminar os credores, de acordo com os graus de necessidades ou garantia contratadas, com o objetivo de atender a uns antes dos outros; não dá, por outro lado, aos credores numa mesma situação jurídica, titulares de crédito de igual natureza, as mesmas chances. Se é prestigiada a regra da execução individual, quando o devedor não tem meios de pagar tudo o que deve, os credores que se antecipassem na propositura das respectivas execuções individuais teriam grandes chances de receber a totalidade dos seus créditos, enquanto os que se demorassem muito provavelmente não receberiam nada, visto que, ao moverem suas execuções individuais, encontrariam o patrimônio do devedor já totalmente exaurido.

Assim, para se evitar essa injustiça, conferindo as mesmas chances de realização do crédito a todos os credores de uma mesma categoria, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a obrigatoriedade da execução concursal, isto é, do concurso de credores (antigamente denominada execução “coletiva”). Se o devedor possui em seu patrimônio menos bens que os necessários ao integral cumprimento de suas obrigações, a execução destes não poderá ser feita de forma individual, mas coletivamente. Ou seja,

abrangendo a totalidade de seus credores e a totalidade de seus bens, todo o passivo e todo o ativo do devedor.

Isto é o que se entende por *condictio creditorum*. Sobre este princípio, mister observar que escrevem os professores Alessandro Sanchez e Alexandre Gialluca:

A igualdade de condição aos credores é representada pelo princípio denominado *par conditio creditorum*. Por este princípio, excetuadas as preferências impostas por lei, todos os credores, de forma igualitária, concorrem à distribuição proporcional do ativo do devedor, decorrente da venda judicial dos bens verificados e arrecadados, configurando um processo de execução coletiva ou concursal. (SANCHES; GIALLUCA, 2012, P.83).

Desta forma o direito tutela o crédito e especialmente o crédito comercial, possibilitando que melhor desempenhe sua função na economia e, conseqüentemente, na sociedade.

## 2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR NO BRASIL

Segundo o Doutrinador André Luiz Santa Cruz Ramos (2014), o Código Comercial brasileiro, na parte relativa ao direito falimentar, sofreu duras críticas da doutrina comercialista. Diante de tantos defeitos apontados, a única solução encontrada foi a alteração legislativa, que só ocorreu, todavia, 40 anos depois, com a edição do Decreto 917/1890, que aboliu o sistema da cessação de pagamentos e adotou os sistemas da impontualidade e da enumeração legal como critérios de caracterização da insolvência do devedor, além de ter trazido profundas mudanças na parte terceira do Código Comercial.

Posteriormente, uma série de leis e decretos se sucedeu, todos incorporando novas modificações ao direito falimentar brasileiro. Esse processo intenso de reformulação da legislação falimentar brasileira só teve fim em 1945, quando foi editado o Decreto-lei 7.661, cujo projeto foi elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Fazenda, Alexandre Marcondes Filho. O referido Decreto-lei foi, durante 60 anos, o diploma legislativo que regulou o direito falimentar brasileiro.

A partir da década de 1980, todavia, algumas transformações sociais e econômicas decorrentes do processo de globalização da economia, começaram a ser sentidas no Brasil de forma mais intensa, o que exigiu, mais uma vez, a reformulação da legislação falimentar nacional.

Diante desse contexto, continua Ramos (2014), o Poder Executivo federal apresentou, em 1993, na gestão de Itamar Franco como Presidente da República e de Maurício Corrêa como Ministro da Justiça, projeto de lei que alterava, sensivelmente, o regime jurídico falimentar brasileiro. Após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional – mais de 400 emendas

foram propostas e 5 substitutivos foram apresentados –, o referido projeto foi aprovado, dando origem à Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, com vigência desde 9 de junho do mesmo ano, após o período de *vacatio legis* estabelecido pelo seu art. 201.

Salienta-se ainda, que a Lei 11.101/2005 foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Partido Democrático Trabalhista. Trata-se da ADI 3.424 e da ADI 3.934, que atacam vários dispositivos da lei. A ADI 3.934, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, já foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. Eis o acórdão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101/2005. Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, da Constituição Federal de 1988. ADI julgada improcedente. I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III – Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V – Ação direta julgada improcedente. (ADI 3.934/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 25.09.2009, DJE 06.11.2009).

O principal destaque a ser feito, segundo o autor supramencionado, acerca da Lei 11.101/2005 está relacionado à clara influência que ela sofreu do princípio da preservação da empresa, o qual, segundo alguns autores, têm origem remota na própria Constituição Federal, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como princípios jurídicos fundamentais.

Pode-se, por fim, elencar algumas das principais alterações trazidas pela Lei 11.101/2005, quais sejam: a) a substituição da ultrapassada figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial; b) o aumento do prazo de contestação, de 24 horas para 10 dias; c) a exigência de que a impontualidade injustificada que embasa o pedido de falência seja relativa à dívida superior a 40 salários mínimos; d) a redução da participação do Ministério Público no processo falimentar; e) a alteração de regras relativas ao síndico, que passa a ser chamado agora de administrador judicial; f) a mudança na ordem de classificação dos créditos e a previsão de créditos extraconcursais; g) a alteração nas regras relativas à ação revocatória; h) o fim da medida cautelar de verificação de contas; i) o fim do inquérito judicial para apuração de crime falimentar; e j) a criação da figura da recuperação extrajudicial.

### 3. CONCEITO E NOÇÕES PRELIMINARES

Alessandro Sanchez e Alexandre Gialluca (2012) apontam a origem etimológica da expressão falência. Segundo eles, o termo “falência” deriva do verbo falir, que se origina do verbo latino *fallere*, que significa faltar com a palavra, com o prometido, enganar (*fallo, is, fefelli, falsum, fallere*).

Comumente falando, falência é a cessação da atividade de uma empresa decorrente de uma ordem judicial, em razão da impossibilidade de continuidade do seu funcionamento resultante de dificuldades financeiras ou o processo de execução coletiva movido contra o empresário insolvente.

Dotado de melhor técnica jurídica, preleciona Fábio Ulhoa Coelho:

A falência é, assim, o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade limitada ou anônima para os não empresários sem meios de honrar a totalidade de suas obrigações, o direito destina um processo diferente de execução concursal, que é a insolvência civil, disciplinada no Código de Processo Civil. (COELHO, 2012, P. 307).

Ilustrativamente, o referido autor aponta algumas diferenças entre os institutos da insolvência civil e da falência a fim de melhor explicar o objeto deste estudo. A primeira diferença indicada por ele é a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa, isto é, faculdade aberta pela lei exclusivamente aos devedores que se enquadram no conceito de empresário ou sociedade empresária, em razão da qual podem reorganizar suas empresas, com maior ou menor sacrifício dos credores, de acordo com plano aprovado ou homologado judicialmente. Por meio do plano de recuperação da empresa, o devedor pode postergar o vencimento de obrigações, reduzir seu valor ou beneficiar-se de outros meios aptos a impedir a instauração da execução concursal. O devedor civil não tem uma faculdade, desta extensão. Na melhor das hipóteses, a lei prevê a possibilidade de suspensão da execução concursal se o devedor obtiver a anuência de todos os credores.

A segunda diferença consubstancia-se na extinção das obrigações, isto é, o devedor empresário, em regime de execução concursal, tem as suas obrigações julgadas extintas, com o rateio de mais de 25% (vinte e cinco por cento) após a realização de todo o ativo, conforme artigo 158, inciso II da Lei de Falência, (LF, art. 158, II), ao passo que as obrigações do devedor civil, em regime de execução concursal, somente se extinguem com o pagamento integral de seu valor (NCPC, art. 1052). Um empresário que entra em falência com um patrimônio de valor superior a 25% de seu passivo poderá obter a declaração de extinção das obrigações logo após a realização de seu ativo e rateio do produto apurado. Se, em seguida, reconstituir o seu patrimônio, os

credores existentes ao tempo da falência não poderão comprometê-lo; já o devedor civil na mesmíssima situação poderia ter o seu patrimônio reconstituído executado até o integral pagamento do passivo, salvo o decurso do prazo de 3 anos do encerramento do processo de insolvência (CPC, art. 778).

Portanto, valendo-nos do conceito elaborado pelo Prof. Ricardo Negrão (2011), podemos concluir que Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica é arrecadado, visando pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores. Compreende também a punição de atos criminosos praticados pelo devedor falido.

#### 4. A INSTAURAÇÃO DA FALÊNCIA E SEUS PRESSUPOSTOS

Conforme Ramos (2014), estando o devedor empresário em estado de insolvência, assim caracterizada pela configuração de uma das situações previstas na Lei de Falência (art. 94, I, II e III), está traçado o caminho para que se inicie o processo especial de execução concursal do seu patrimônio, chamado de falência. Essa execução só se inicia, todavia, com a prolação da sentença declaratória da falência, respeitado o devido processo legal. Assim, antes do início do processo falimentar propriamente dito, se estabelece toda uma fase pré-falimentar, que vai do pedido de falência até a sua eventual decretação.

1814

Chama-se de procedimento pré-falimentar a fase processual que vai do pedido de falência até a sentença do juiz, que pode ser denegatória, caso em que o processo se extingue sem a instauração da execução concursal do devedor, ou declaratória, hipótese em que se iniciará o processo falimentar propriamente dito, com a reunião dos credores e a liquidação do patrimônio do devedor.

Para que se instaure o processo de execução concursal denominado falência, portanto, é necessária a concorrência de três pressupostos: *a)* Devedor Empresário; *b)* insolvência (impontualidade injustificada, execução frustrada ou prática de ato de falência); *c)* sentença declaratória da falência. Veja-se a seguir cada um destes pressupostos:

## a) Devedor Sujeito a Falência

Por ser o regime de execução concursal do devedor empresário, em princípio, estará sujeito à falência todo e qualquer exercente de atividade empresarial.

Empresário é, segundo o artigo 966 do Código Civil, “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Sabe-se também que o empresário pode ser tanto uma pessoa física como uma pessoa jurídica.

A Lei 11.101/2005 dispõe, em seu art. 1º que ela “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Só os empresários, portanto, se submetem aos ditames da legislação falimentar.

Anota-se, por oportuno, que o presente artigo se ocupa, em termos gerais, da situação da sociedade empresária (limitada ou anônima) em situação de crise.

Da leitura do art. 1º percebe-se que as regras da Lei de falência (LF) não se aplicam a devedores civis, os quais se submetem, quando caracterizada a sua insolvência, às regras do concurso de credores, previstas no Código de Processo Civil. Ratificando e complementando esse entendimento, Sanches e Gialluca (2012) argumentam que A Lei de Falências e Recuperações é aplicável basicamente aos empresários e às sociedades empresárias, excluídas em absoluto as sociedades simples, pois não são empresárias; as empresas públicas e sociedades de economia mista; as cooperativas de crédito; consórcios; entidades de previdência privada e outras entidades legalmente equiparadas. Assim sendo, uma associação, uma fundação, um partido político, uma organização religiosa ou uma sociedade simples não podem requerer recuperação ou ter sua falência requerida.

O mesmo ocorre com as cooperativas, as quais, por serem sociedades simples, independentemente do seu objeto social (art. 982, parágrafo único, do Código Civil), não podem requerer recuperação nem ter sua falência requerida. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] As sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não empresária, devendo prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei 5.764/71, que não prevê a exclusão da multa moratória, nem a limitação dos juros moratórios posteriores à data da liquidação judicial condicionada à existência de saldo positivo no ativo da sociedade. 2. A Lei de Falências vigente à época – Decreto-lei n.º 7.661/45 – em seu artigo 1.º, considerava como sujeito passivo da falência o comerciante, assim como a atual Lei 11.101/05, que a revogou, atribui essa condição ao empresário e à sociedade empresária, no que foi secundada pelo Código Civil de 2002 no seu artigo 982, § único c/c artigo 1.093, corroborando a natureza civil das referidas sociedades, e, a fortiori, configurando a inaplicabilidade dos preceitos da Lei de Quebras



às cooperativas. [...] (AgRg no REsp 999.134/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 18.08.2009, DJe 21.09.2009).

Registre-se ainda que os profissionais liberais (profissionais intelectuais – art. 966, parágrafo único, do Código Civil), em regra não são considerados empresários, não podendo também, pois, requerer recuperação nem ter sua falência requerida.

Diante destas observações, resta ainda uma pergunta: será que todos os empresários estão abrangidos no âmbito de incidência da lei em análise?

A melhor doutrina responde de forma negativa à pergunta. Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2012), a lei prevê hipóteses de exclusão total ou parcial do regime falencial. Quando totalmente excluída da falência, a sociedade empresária devedora com ativo inferior ao passivo (menos bens em seu patrimônio do que o necessário ao pagamento dos débitos) submete-se sempre a regime de execução concursal diverso do falimentar. Chama-se, também, a hipótese de exclusão absoluta. Quando, de outro lado, é parcialmente excluída da falência, submete-se a sociedade empresária a procedimento extrajudicial de liquidação concursal alternativo ao processo falimentar.

Essa hipótese é também chamada de exclusão relativa. Coelho (2005) advoga que “uma sociedade empresária excluída totalmente da falência não pode, em nenhuma hipótese, submeter-se ao processo falimentar como forma de execução concursal de suas obrigações, isto é, ela nunca pode falir. Já a excluída parcialmente, em determinados casos discriminados por lei, pode ter o seu patrimônio concursalmente executado por via da falência”, ou seja, nesse último caso, ela não pode falir em determinadas situações.

Para Coelho (2012) três são as hipóteses de exclusão:

A dissolução, entendida como procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, abrange três fases: a dissolução (ato ou fato desencadeante), a liquidação (solução das pendências obrigacionais da sociedade) e a partilha (repartição do acervo entre os sócios)”. (COELHO, 2012, P. 487).

Para esse autor, “a primeira diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão totalmente excluídas do processo falimentar (LF, art. 2<sup>o</sup>, I). Como são sociedades exercentes de atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios)”, Coelho assevera também que “os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes. Não é do interesse público a falência de entes integrantes da Administração Indireta, ou seja, de desmembramento do Estado”. Esse estudioso menciona



ainda que “caindo elas em insolvência, os credores podem demandar seus créditos diretamente contra a pessoa jurídica de direito público controladora”.

Para a segunda hipótese relata Coelho (2012):

A segunda hipótese de exclusão absoluta do direito falimentar alcança as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira. Esses sujeitos de direito terão suas obrigações ultimadas e liquidadas de acordo com os seus regulamentos, aprovados pelo Banco Central. As garantias conferidas pelas câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira destinam-se, por lei, prioritariamente à satisfação das obrigações assumidas no serviço típico dessas entidades (LF, art. 194). Em outros termos, em nenhuma hipótese pode ser decretada a falência delas, cabendo proceder de acordo com o disposto no regulamento adotado pelo respectivo serviço de compensação e liquidação financeira”. (COELHO, 2012, p.170-172).

Sobre a terceira hipótese, à luz dos estudos exarados por Fábio Ulhoa Coelho “a exclusão absoluta alcança as entidades fechadas de previdência complementar, isto é, que organizam planos acessíveis apenas aos empregados de certa empresa, servidores públicos de um determinado ente governamental ou associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (instituidores)”. (COELHO, 2012). Esse autor pondera que:

As entidades fechadas de previdência complementar estão sujeitas unicamente à liquidação extrajudicial (Lei Complementar n. 109/01, art. 47). Nenhum credor dessa entidade pode requerer em juízo a decretação de sua falência. Pode apenas executar o crédito que titula, mediante a penhora de bens da devedora. (COELHO, 2012, p.170-172).

1817

Note-se que as entidades abertas de previdência complementar, cujos planos são acessíveis a qualquer pessoa física, estão excluídas relativamente da falência, como se informa adiante.

Seguindo ainda a classificação de Coelho (2012), afirma-se que as sociedades empresárias relativamente excluídas do direito falimentar são três: companhias de seguro, operadoras de planos privados de assistência à saúde e instituições financeiras.

As companhias de seguro (sociedades anônimas), nos termos do art. 26 do Decreto-Lei n. 73/66, estão sujeitas a procedimento específico de execução concursal, denominado liquidação compulsória, promovida pela Susep — Superintendência de Seguros Privados, autarquia federal responsável pela fiscalização da atividade securitária. Até 1999, era essa uma hipótese de exclusão total. Desde aquele ano (inicialmente, por medida provisória; a partir de 2002, pela Lei n. 10.190), cabe a decretação da falência das seguradoras, quando a liquidação compulsória, que passou a chamar-se extrajudicial, se frustra porque o ativo da companhia em liquidação não é suficiente para o pagamento de mais da metade do passivo quirografário. De qualquer modo, as sociedades seguradoras não podem falir em nenhuma circunstância a pedido de credor: a

falência, na única situação cabível, será sempre requerida pelo liquidante nomeado pela Susep. Em idêntica situação à das seguradoras se encontram as entidades abertas de previdência complementar (Lei Complementar n. 109/01, art. 73).

As operadoras de planos privados de assistência à saúde sujeitam-se à falência quando, no curso da liquidação extrajudicial decretada pela ANS — Agência Nacional de Saúde Suplementar, verifica-se que o ativo da massa liquidanda não é suficiente para pagar mais da metade dos créditos quirografários, as despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial ou se houver fundados indícios de crime falimentar (Lei n. 9.656/98, art. 23 e Med. Prov. 2.177-44/01).

Também entre as sociedades empresárias parcialmente excluídas do regime falimentar estão, por fim, as instituições financeiras, às quais destinou o legislador o processo de liquidação extrajudicial previsto na Lei n. 6.024/74.

A exclusão dessas sociedades empresárias é parcial, na medida em que elas, quando se encontram no exercício regular da atividade financeira, sujeitam-se à decretação da falência como qualquer outro empresário. Mas, se o Banco Central decreta intervenção ou liquidação extrajudicial de certa instituição, esta não pode mais falir *a pedido de credor*. Nesses casos, a quebra somente pode verificar-se a pedido do interventor (na intervenção) ou do liquidante (na liquidação extrajudicial), devidamente autorizados pelo Banco Central.

1818

COELHO (2005) em outra obra especializada em comentar a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresa, menciona que:

Sob o mesmo regime de liquidação extrajudicial reservado às instituições financeiras encontram-se as sociedades empresárias arrendadoras dedicadas à exploração de *leasing* (Res. BC n. 2.309/96), as administradoras de consórcios de bens duráveis, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas (Lei n. 5.768/71, art. 10), e as sociedades de capitalização (Dec.-Lei n. 261/67, art. 4º), sendo as duas primeiras fiscalizadas pelo Banco Central e as duas últimas pela Susep. Também é parcial a exclusão dessas sociedades empresárias e entidades, porque podem falir nas mesmas hipóteses que a lei estabelece para os bancos, ou seja, como qualquer outro empresário enquanto exercem regularmente suas atividades ou, a pedido do agente nomeado pelo Banco Central ou pela Susep, quando verificada a intervenção ou liquidação extrajudicial (COELHO, 2005).

## b) Insolvência

Já mencionou-se em tópico retro que a falência é um processo de execução especial – execução concursal – aplicável aos empresários que estejam insolventes. Para que se admita, portanto, a instauração desse processo de execução concursal é preciso que esteja caracterizada a insolvência do empresário devedor.

No seu sentido técnico/econômico, conforme Ramos (2014), a insolvência – também chamada de insolvabilidade – é o estado patrimonial do devedor caracterizado pela insuficiência do ativo para saldar o passivo. Assim, o devedor que possui patrimônio negativo – ativo menor que passivo – se diz insolvente. Se ele é empresário, poderá ter a sua falência decretada, a fim de estabelecer a sua execução concursal em obediência ao princípio da par *condicio creditorum*.

A doutrina costuma apontar, todavia, que a insolvência do empresário, como pressuposto para a decretação da falência, não deve ser compreendida no seu sentido técnico/econômico acima referido, mas em um sentido jurídico, definido pela própria legislação falimentar. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] A insolvência econômica do devedor não é pressuposto para o requerimento ou decretação da falência. Verificadas as situações fáticas previstas em lei, abre-se aos legitimados a oportunidade para pedir a falência. [...] (REsp 733.060/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.<sup>a</sup> Turma, j. 24.11.2009, DJe 02.12.2009).

Seguindo o mesmo entendimento, assevera Fábio Ulchôa Coelho (2012) que, para fins de decretação da falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra. Especificamente, se a sociedade empresária for, sem justificativa, impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I) se incorporar em tríplice omissão (art. 94, II) ou se praticar ato de falência (LF, art. 94, III), cumpre-se o pressuposto da insolvência *jurídica*. Quer dizer, demonstrada a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que a sociedade empresária tenha patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência. Ao revés, se não ficar demonstrado nenhum desses fatos, nem a impontualidade, nem a execução frustrada, nem o ato de falência, não será instaurado o concurso de credores ainda que o passivo da sociedade empresária devedora seja superior ao seu ativo.

A insolvência que a lei considera como pressuposto da execução por falência é, segundo o autor, por assim dizer, presumida. Os comportamentos discriminados pelo art. 94 da LF são, em geral, praticados por quem se encontra em insolvência econômica, e esta é a presunção legal absoluta que orienta a disciplina da matéria. Se a sociedade empresária é solvente — no sentido de que os bens do ativo, se vendidos, alcançariam preço suficiente para pagamento das obrigações passivas —, mas está passando por problemas de liquidez, não tem caixa para pagar os títulos que se vencem, então ela não se encontra em insolvência econômica, mas jurídica. Se

ela não conseguir resolver o problema (por meio de financiamento bancário, securitização ou capitalização), sua quebra poderá ser decretada.

Para uma melhor compreensão do que se está estudando, falar-se-á, de forma mais detalhada e sucessiva dos pressupostos da insolvência, quais sejam: Impontualidade Injustificada, execução frustrada e atos de falência.

Conforme estabelece o art. 94, I, da Lei de Falências e Recuperações, será decretada a falência do devedor que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos da data do pedido de falência.

Segundo Sanches e Gialluca (2012), o não pagamento deve estar correlacionado a uma ou mais obrigações líquidas, ou seja, certas quanto à existência e determinação de seus objetos, quis entendidas aquelas representadas pelos títulos executivos e determinação de seus objetos, aqui entendidas aquelas representadas pelos títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, como aqueles expressamente previstos no artigo 784 do novo Código de Processo Civil.

Sobre a necessidade de que a dívida seja superior a 40 salários mínimos, preciosas são as palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos:

[...] De novidade em relação à legislação falimentar anterior tem-se a atual exigência de que a dívida seja superior a 40 salários mínimos. Nesse ponto, fica patente a tentativa do legislador de desestimular o uso da ação de falência como meio de cobrança de dívidas de pequeno valor, visto que elas se prestam a presumir, na verdade, uma situação de iliquidez do devedor (crise temporária, passageira), mas não de insolvência (crise mais séria). Segundo o legislador, as dívidas menores, de até quarenta salários mínimos, não são, por si sós, suficientes para caracterizar uma situação de inviabilidade da empresa, devendo o credor, nesse caso, tentar o recebimento de seu crédito pela via executiva ordinária [...]. (RAMOS, 2014, P. 584).

1820

O Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos especiais (REsp 870.509 e REsp 959.695) que visavam a reformar acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgaram indevidos pedidos de falência feitos com base em dívidas inferiores a 40 salários mínimos, formulados na vigência da lei anterior (DL 7.661/1945). O STJ manteve as decisões do TJSP, mesmo tendo as ações sido ajuizadas antes da entrada em vigor da LRE. O mesmo aconteceu no REsp 598.881:

Comercial. Recurso especial. Falência. Decreto-lei 7.661/45. Títulos de valor insignificante frente ao princípio da preservação da empresa. Decreto de quebra. Descabimento. Precedentes. I. Nos termos da jurisprudência do STJ, “Apesar de o art. 1º do Decreto-lei n.º 7.661/45 ser omissivo quanto ao valor do pedido, não é razoável, nem se coaduna com a sistemática do próprio Decreto, que valores insignificantes provoquem a quebra de uma empresa. Nessas circunstâncias, há de prevalecer o princípio, também implícito naquele diploma, de preservação da empresa” (REsp 959695/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 10/03/2009). Precedentes. II.

Recurso especial não conhecido (REsp 598.881/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.<sup>a</sup> Turma, j. 15.12.2009, DJe 08.02.2010).

Segundo Ramos (2014), o legislador foi infeliz na redação desse dispositivo. Por que estabelecer um valor mínimo a priori, ignorando o fato de que no mercado há empresários individuais e sociedades empresárias com situações econômicas completamente distintas? Com efeito, completa o autor, que uma dívida de 40 salários mínimos pode não representar nada para uma grande sociedade anônima, mas pode ser uma dívida muito grande para um empresário individual que explora um determinado microempreendimento.

É preciso destacar, porém, que, embora a Lei de Falência exija que a dívida seja superior a 40 salários mínimos, ela permite que os credores se reúnam para somar seus créditos, a fim de que a soma ultrapasse tal valor e lhes permita pedir, em litisconsórcio, a falência do devedor. É o que prevê o art. 94, III, § 1º, da LF: “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”.

No que tange a execução forçada, verifica-se que no inciso II do art. 94 da Lei de Falência, permite-se o pedido de falência do devedor quando este, “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”. Trata-se da chamada execução frustrada, que se caracteriza pela tríple omissão do devedor quando citado em processo executivo.

1821

Se o pedido de falência estiver lastreado na chamada execução frustrada, a LF determina, no inciso III, § 4º do mesmo art. 94, que “o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”. Nesse caso, Segundo Ramos (2014) basta ao credor requerer certidão junto à vara em que a execução tramita na qual conste que o devedor não pagou, não depositou o montante da dívida nem nomeou bens à penhora. De posse dessa certidão, pode-se ingressar em juízo com a ação falimentar fundada no permissivo da norma em análise. Ressalte-se que nesse caso a ação de falência constituirá processo autônomo, e não mero incidente do processo de execução. A falência será requerida em ação própria e no foro competente, segundo as regras de organização judiciária. Atente-se, ademais, que nessa situação a legislação sequer exige valor mínimo para a dívida, como fez na hipótese analisada no tópico antecedente. Assim, qualquer que seja o valor da dívida exequenda, se o devedor incorrer na tríple omissão apontada, poderá ter sua falência requerida e eventualmente decretada.

No que se refere aos atos de Falência, o inciso III do artigo 94 da Lei de Falências estabelece, em diversas alíneas, uma série de condutas que, uma vez praticadas pelo devedor, podem também ensejar o requerimento de sua falência e a sua eventual decretação pelo juiz.

Neste mister, cite-se por oportuno o dispositivo legal retromencionado:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

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.

### c) Sentença Declaratória da Falência

A decretação da falência do devedor ocorrerá caso o pedido de falência seja julgado procedente e não tenha sido realizado o depósito elisivo. Com a sentença que decreta a falência, será instaurado o processo de execução concursal do empresário (empresário individual ou sociedade empresária) falido.

Em primeiro lugar, cabe-nos investigar se a sentença que decreta a falência do devedor se trata de ato judicial que pode realmente ser encaixado na categoria de sentença. De acordo com a doutrina e a sistemática processualista tradicionais, sentença era o ato judicial que encerrava o processo, com ou sem julgamento do mérito (antiga redação do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil). Nesse sentido, era difícil entender a decisão que decreta a falência como uma sentença, visto que ela não encerra o processo falimentar, mas, ao contrário, dá início a ele. De fato, o processo falimentar se inicia com a sentença que decreta a quebra: ela é, pois, o seu ato inicial.

Salienta-se, entretanto, que a melhor doutrina considera-a sentença por encerrar a denominada fase pré-falimentar.

Quanto à natureza jurídica da sentença, a legislação falimentar e boa parte da doutrina comercialista se referem à sentença que decreta a falência como sentença declaratória da falência, o que também não corresponde, tecnicamente, à realidade. De fato, as sentenças declaratórias são aquelas que apenas declaram a existência de determinada relação jurídica ou apenas atestam a falsidade ou autenticidade de determinado documento. Seus efeitos, portanto, são retroativos. Já as sentenças constitutivas são aquelas que criam, modificam ou extinguem certa relação jurídica.

Diante disso, conclui Ramos (2014) que não há como negar que a sentença que decreta a falência possui natureza constitutiva, conforme entendimento majoritário na doutrina, dado que é ela que constitui o devedor em estado falimentar e instaura o regime de execução concursal do seu patrimônio.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o retrospecto histórico, a evolução legislativa realizada no Direito Falimentar Brasileiro, e todas as informações até aqui descritas, pode-se afirmar que o direito falimentar é extremamente complexo, em razão de sua natureza tanto processual como material.

Enfatizou-se seu caráter processual, até mesmo pelo conceito que lhe é atribuído pela maior parcela da doutrina. Assim sendo, pode-se afirmar que o processo falimentar desdobra-se em três grandes etapas, sendo a primeira delas, a *fase pré-falimentar*, dedicada à verificação dos dois pressupostos materiais da decretação da falência, que são a empresarialidade da sociedade devedora e a insolvência jurídica. Essa fase é também conhecida por pedido de falência. Nela, ainda não se estabelece relação processual concursal. Trata-se da mesma relação que se nota na generalidade dos processos cíveis, envolvendo duas partes, a demandante (o requerente, que é quase sempre o credor) e a demandada (o requerido, isto é, a sociedade empresária devedora).

Se não se verificarem os pressupostos da decretação da falência, o juiz proferirá sentença denegatória (o que nem sempre significa a sucumbência do demandante, conforme será visto a seu tempo), e encerrar-se-á o processo em sua primeira fase. Ao contrário, se presentes os pressupostos da empresarialidade e insolvência jurídica da sociedade limitada ou anônima, o



juiz editará a sentença declaratória da falência, instaurando, aí sim, a relação processual concursal (que liga o falido, de um lado, à comunidade dos credores, de outro).

Deste modo, percebe-se a importância desta fase para a instauração de um processo executivo justo, transparente, livre de qualquer vício, respeitadas as garantias processuais, permitindo-se, ao mesmo tempo, a quitação equânime da dívida para cada credor concorrente e a oferta de certos benefícios ao devedor (empresário e insolvente), como, por exemplo, a possibilidade de recuperação judicial e Extrajudicial da empresa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. p.170- 172, Saraiva (2012).

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v.3, São Paulo: Saraiva, 2005.  
COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. (Lei 11.101, de 9-2-2005)**. 2ª. Edição, 2005, São Paulo, Editora Saraiva.

SANCHES, Alessandro; GIALLUCA, Alexandre. **Direito Empresarial IV: Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial: Esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do Empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF- Distrito Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência. Acordãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3934RL.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2023

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 999.134-PR/2007- Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Acordãos, 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6049860/agravo-regimental-no-recurso>>

[especial-agrg-no-resp-999134-pr-2007-0250951-o-stj/relatorio-e-voto-12179812](#). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.881/DF- Distrito Federal. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Pesquisa de Jurisprudência. Acorddãos, 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18218533/peticao-de-recurso-especial-resp-820979>>. Acesso em: 5 set. 2024.