

Atualidades

O DESVIRTUAMENTO DA FALÊNCIA FRUSTRADA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO RITO SUMÁRIO

CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO

I — Introdução. II — Inteligência do art. 75 do Decreto-lei 7.661/45. III — Do desvirtuamento da falência frustrada. IV — Da responsabilidade dos sócios. V — Participação efetiva dos credores. VI — Conclusões.

I — Introdução

Dispõe o art. 75 do Decreto-lei 7.661/45 (Lei de Falências) que “se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o síndico levará imediatamente o fato ao conhecimento do juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, marcará por editais o prazo de dez dias para os interessados requererem o que for a bem dos seus direitos”.

Trata-se, portanto, do instituto da falência frustrada, no qual “o síndico deverá, imediatamente, informar ao juiz, e este, diante do que lhe foi noticiado, encerrará a falência mesmo porque nada existe para ser partilhado”.¹

O desafio do presente estudo é analisar as razões que motivaram o legislador a estabelecer esse rito sumário, e por via de consequência, se na prática forense os operadores do direito observam ou não a finalidade almejada pelo legislador. Pretende ainda, apresentar alternativas com a finalidade de impedir o desvirtuamento da falência frustrada. O método de trabalho fun-

da-se na atenta observação da realidade forense, sem prejuízo da investigação doutrinária sobre o tema.

Não se pretende aqui, analisar o rito sumário estabelecido para a falência cujo passivo for inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente² (art. 200), mas tão somente as hipóteses de inexistência ou insuficiência de bens.

II — Inteligência do art. 75 do Decreto-lei 7.661/45

A falência decorre do mau funcionamento do crédito. Ou seja, declarando-se falido o comerciante que utiliza o crédito defeituosamente, estar-se-á obstando um fenômeno em cadeia sucessiva de comerciantes, preservando, pois, o crédito público. Em outras palavras, a “falência é o efeito da função anormal do crédito”.³ A falência, portanto, constitui-se “um conjunto de bens de execução forçada coletiva patrocinada pelo Estado que visando à proteção do cré-

2. Art. 200 da Lei de Falências: “A falência cujo passivo for inferior a cem vezes o maior salário-mínimo vigente no País será processada sumariamente, na forma do disposto nos parágrafos seguintes”.

3. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vs. 7/8, n. 3.

1. Rubens Aguiar Magalhães, *Iniciação ao Direito Falimentar*, 2ª ed., p. 79.

dito, como fator de riqueza, cumpre a promessa de partilhar os bens do devedor para que haja a *par conditio creditorum*".⁴

Todavia, em determinadas situações, nada adianta movimentar a máquina judiciária face à ausência de bens para liquidar, pena de atos sucessivos, morosos e inúteis, sem um resultado concreto, face à existência de bens a partilhar.

Assim, para as hipóteses de ausência ou insuficiência de bens, o legislador criou um rito sumário, com a finalidade de evitar atos inúteis, desafogando, pois, a máquina judiciária.

Registre-se, porém, que o rito sumário não acarreta a imediata suspensão dos efeitos de sentença declaratória de falência, e tampouco dispensa o inquérito judicial. Na realidade, "a falência declarada compõe-se de duas fases, a de sindicância e a de liquidação. E a falência frustrada, embora não tenha a fase posterior da liquidação, porque não há o que liquidar, tem, todavia, e por inteiro, a fase de sindicância. Não se encerra ela, portanto, enquanto não estiver terminada a primeira fase, a qual será desenvolvida talvez até com maior rigor, pois, a ausência injustificada de bens é forte indício da prática de crime falimentar".⁵

Conclui-se, pois, que embora o legislador tenha estabelecido um rito sumário para a falência frustrada, jamais dispensou o relatório do síndico e a instauração do inquérito judicial, para fins de apurar a prática de crime falimentar.

III — Do desvirtuamento da falência frustrada

A realidade forense, data vênia, inúmeras vezes demonstra o uso exagerado do instituto da falência frustrada, inclusive desacompanhado do relatório do síndico e do inquérito judicial. Essa situação ocasio-

na, sentido inverso ao pretendido pelo legislador, beneficiando, muitas vezes, os sócios da sociedade falida e outros envolvidos (como, por exemplo, o síndico, data vênia), em detrimento dos credores, funcionários e do próprio mercado, como adiante será demonstrado.

A falência visa necessariamente afastar o uso anormal do crédito, mantendo a credibilidade e confiança do mercado. Ora, o desvirtuamento do instituto, isto é, o encerramento premeditado do processo falimentar, sem punição dos falidos, gera um sentido de impunidade, e por via reflexa, uma insegurança jurídica dos credores, os quais perdendo a confiança na Justiça, dificultarão o crédito, obstando assim, a circulação de riquezas, ou seja, o desenvolvimento do comércio e da sociedade.

Impõe-se, destarte, obrigatoriamente a abertura de inquérito judicial, para apurar a prática de crime falimentar, tenha ou não a massa falida bens suficientes para honrar suas despesas. Para tanto, imperioso que o síndico apresente um relatório (ainda que sucinto), instruído com um laudo contábil, contendo as causas da falência e analisando o comportamento dos representantes legais da sociedade falida com vistas a eventual caracterização de crime falimentar.

Pode-se dizer, portanto, e uma vez mais, que a abertura do inquérito judicial é obrigatória, mesmo no rito sumário estabelecido pelo art. 75 do Decreto-lei 7.661/45. Mas não é só.

A prática forense revela requerimentos formulados para que o processo de falência prossiga no rito sumário, face à não localização de bens corpóreos. No entanto, é preciso esclarecer que a ausência de bens corpóreos não autoriza, por si só, a aplicação do rito sumário (art. 75), conforme ensina Trajano Miranda Valverde:⁶ "A

4. José Francelino de Araújo, *Manual de Falências e Concordatas*, p. 11.

5. Amador Paes de Almeida, *Curso de Falência e Concordata*, 11ª ed., p. 247.

6. Trajano Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de setembro de 1945)*, 4ª ed., p. 29.

inexistência de bens corpóreos para serem arrecadados ou a insuficiência deles para o pagamento dos encargos da massa, não justifica a aplicação do dispositivo. É possível que a escrituração revele a existência de dívidas ativas de fácil liquidação. O síndico, por isso, antes do exame da escrituração e da verificação dos documentos arrecadados, não deve afirmar ao juiz qualquer das duas situações previstas no artigo. Direitos e ações são também valores que poderão autorizar, pela sua importância, o prosseguimento da falência. Esta compreende todos os bens do devedor, tantos os existentes na época de sua declaração, como os que forem adquiridos no curso do processo”.

IV — Da responsabilidade dos sócios

Ainda que não se encontre bens corpóreos e incorpóreos em nome da massa falida, mesmo assim impõem-se outras diligências ao síndico, antes de invocar o rito estatuído pelo art. 75 do Decreto-lei 7.661/45, a saber: diligências e expedição de ofícios à Receita Federal, Banco Central do Brasil, Detran, dentre outros órgãos, com a finalidade de localizar eventuais bens transfe-ridos durante o termo legal⁷ da falência.

Dentre as diligências necessárias antes da invocação do rito sumário da falência, insere-se também a investigação da responsabilidade dos sócios da empresa falida, e, por conseguinte, a existência de patrimônio pessoal para garantir os débitos da massa.

Em se tratando de sociedades onde os sócios respondem de forma solidária pelos débitos da sociedade, a questão não suscita

7. Sobre o termo legal, Rubens Requião (in *Curso de Direito Falimentar*, v. 1, p. 107) ensina que “o termo legal da falência, fixando na sentença pelo juiz, compreende um espaço de tempo imediatamente anterior à declaração da falência, no qual os atos do devedor são considerados suspeitos de fraude e, por isso, suscetíveis de investigação, podendo ser declarados ineficazes em relação à massa”.

maiores problemas, *ex vi* da regra positivada pelo art. 5º do Decreto-lei 7.661/45.⁸

Discussões existem, isso sim, com relação a eventual responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e sócios-gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Para alguns, a responsabilidade limita-se ao valor da ação ou da cota integralizada, razão pela qual, em casos tais, inexistindo bens corpóreos ou incorpóreos em nome da massa, impõe-se a imediata instauração do rito sumário da falência (art. 75 do Decreto-lei 7.661/45). Todavia, parece-nos que esse não é o único (ou mesmo o melhor) caminho.

Na verdade, existindo simples indícios que os sócios extrapolaram seus direitos e poderes ou que não estão insolventes possuindo inclusive bens pessoais, ao nosso ver, incumbe ao síndico ajuizar ação própria,⁹ para tornar efetiva a responsabilidade

8. Art. 5º do Decreto-lei 7.661/45: “Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido”.

9. Sobre a ação de responsabilidade do sócio ou acionista na falência, Adalberto Simão Filho (“A superação da personalidade jurídica no processo falimentar”, in *Direito Empresarial Contemporâneo*, p. 7), com apoio no escólio de José da Silva Pacheco ensina que “A apuração da responsabilidade civil se faz em processo ordinário, no juízo da falência, independente da liquidação do ativo e sem necessidade de se provar a insuficiência do mesmo para atender o passivo. O processo será o ordinário ou comum, previsto pelo Código de Processo Civil. Há que se fazer petição fundamentada, de acordo com o art. 282 do Código de Processo Civil. Havendo então indícios pertinentes, poderá ser adotada esta via processual com a ampla possibilidade de defesa, onde a final o Juiz sentenciará a respeito da responsabilização extraordinária dos sócios e seus limites, podendo, a partir de então, haver a arrecadação dos bens patrimoniais desta para efeitos de venda”. E nem se imagine que face à necessidade da ação própria observar o rito ordinário, ao cabo dessa o patrimônio do sócio ou acionista já estaria desviado, esvaído ou

de dos diretores e sócios-gerentes. Caso contrário nada justificaria a existência da norma contida no art. 6º do Decreto-lei 7.661/45: "A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º".

Não se trata, aqui, de desconsideração da personalidade jurídica,¹⁰ e sim apuração da responsabilidade dos sócios, em virtude de gestão temerária, violação da lei ou dos estatutos, uso indevido da firma, dentre outros exemplos.

Percebe-se, pois, que o Decreto-lei 7.661/45, adotou normas e procedimentos que exigem a investigação da responsabilidade dos sócios e/ou acionistas. Portanto, "após a decretação da falência, o síndico, ao mesmo tempo em que começa a arrecadação, deve iniciar a elaboração do importante relatório do art. 103, no qual, indicando as causas da falência, analisa a eventual responsabilidade dos administradores ou gerentes da sociedade. A responsabilidade penal é apurada na forma do art. 103, e a civil através do processo de conhecimento previsto no art. 6º".¹¹

liquidado, o que tornaria inócuo tal expediente, posto nesse particular o legislador pátrio foi extremamente cauteloso e sábio, determinando que "O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o seqüestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade" (art. 6º, parágrafo único, do Decreto-lei 7.661/45).

10. Lógico que observado o caso concreto, até pode existir situação de desconsideração da personalidade jurídica. Porém, isso demanda análise de outros pressupostos, o que exige estudo específico, dada a complexidade do tema, sendo que a extensão desse texto impede que a matéria seja enfrentada.

11. J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, *Nota aos Comentários à Lei de Falências...*, Trajano de Miranda Valverde, 4ª ed., v. 1., p. 125.

V — Participação efetiva dos credores

Da análise ora efetuada, resta evidente que o síndico desempenha papel fundamental na falência. Caso o síndico venha a ser omissivo ou negligente, os prejuízos podem ser irreversíveis. Lógico que o síndico "responde pelos prejuízos que causar à massa, por sua má administração ou por infringir qualquer disposição da presente lei";¹² porém, a finalidade principal da falência não é a responsabilização do síndico, e sim, de um lado, pagar os credores em igualdade de condições, observadas as preferências legais,¹³ e de outro lado, apurar as responsabilidades civis e penais pela falência, pois somente assim, estar-se-á preservando o crédito público.

Incumbe, pois, aos credores acompanharem diretamente o desenvolvimento do processo falimentar, fiscalizando a administração da massa e promovendo os requerimentos necessários à defesa dos seus interesses,¹⁴ sob pena de nada poderem alegar pelos prejuízos provenientes da falência frustrada.

Portanto, efetivamente o síndico negligente e omissivo deve responder pelos prejuízos causados por sua má administração da massa. Porém, isso não é suficiente. Na verdade, impõe-se uma participação efetiva dos credores e do Ministério Público, de modo que seja minorada a possibilidade de desvirtuamento do rito sumário, e por via reflexa, apurada as responsabilidades dos reais culpados pela falência.

VI — Conclusões

Para a conclusão desta exposição, enumeraram-se os seguintes tópicos:

I. Para as hipóteses de ausência ou insuficiência de bens da massa falida, o legislador criou um rito sumário, com a finalidade de evitar atos inócuos, posto que na-

12. Art. 68 do Decreto-lei 7.661/45.

13. V. art. 102 do Decreto-lei 7.661/45.

14. Art. 30, I, II e III do Decreto-lei 7.661/45.

da adianta uma série de fases processuais, com o congestionamento ainda maior da máquina judiciária, se inexistem bens a partilhar.

2. Embora o legislador tenha estabelecido um rito sumário para a falência frustrada, jamais dispensou o relatório do síndico e a instauração do inquérito judicial, para fins de apurar a prática de crime falimentar.

3. A realidade forense demonstra o uso exagerado do instituto da falência frustrada, inclusive desacompanhado do relatório do síndico e sem a instauração do inquérito judicial.

4. Mesmo diante da ausência de bens corpóreos e incorpóreos em nome da massa, incumbe ao síndico a realização de outras diligências, como a expedição de ofícios à Receita Federal, Banco Central do Brasil e Detran, com a finalidade de localizar eventuais bens transferidos durante o termo legal da falência.

5. Incumbe, também, ao síndico na falência frustrada, investigar a responsabilidade dos sócios e diretores da sociedade falida, pena de responder por sua má administração da massa falida.

6. O Decreto-lei 7.661/45 adotou normas e procedimentos que exigem a investigação da responsabilidade dos sócios e/ou diretores, com o conseqüente ajuizamento de ação própria para tornar efetiva a responsabilidade dos mesmos, em casos de gestão temerária, violação da lei ou dos estatutos, dentre outras hipóteses.

7. A falência exige uma participação efetiva dos credores, (ex-)funcionários e Ministério Público, de modo que seja minorada a possibilidade de desvirtuamento do rito sumário, apurando-se as responsabilidades dos verdadeiros culpados pela falência.

8. O desvirtuamento da falência frustrada, gera uma insegurança jurídica no

comércio, além de uma sensação de impunidade que redunde no descrédito do Judiciário, devendo, pois, ser coibida pelos operadores do direito.

De todo exposto, pode-se dizer que o exercício hermenêutico aqui desenvolvido tem por finalidade a tentativa de contribuir para afastar interpretações equivocadas do direito falimentar, que se prestam apenas para beneficiar alguns incautos, em detrimento de toda a sociedade. Aliás, não se pode apenas interpretar e aplicar de forma literal somente um artigo da Lei de Falência, ou seja, o art. 75 do Decreto-lei 7.661/45. Na verdade, o instituto da falência frustrada faz parte de um todo que deve ser interpretado de forma sistemática, ou seja, a legislação falimentar deve ser interpretada e aplicada como um todo, e não como um repositório de normas isoladas.

Bibliografia

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.
- ARAÚJO, José Francelino de. *Manual de Falências e Concordatas*. Porto Alegre, Sagra Luzzatto, 1996.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vs. 7/8, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963.
- MAGALHÃES, Rubens Aguiar. *Iniciação ao Direito Falimentar*. 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1982.
- MIRANDA VALVERDE, Trajano. *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de setembro de 1945)*. v. 2, 4ª ed. atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro, Forense.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. v. 1, São Paulo, Saraiva, 1975.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. "A superação da personalidade jurídica no processo falimentar", in *Direito Empresarial Contemporâneo*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2000.