

## **Doutrina**

### **A Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005) e a Atuação Ministerial nas Esferas Cível e Criminal**

Luís Fernando Copetti Leite, Promotor de Justiça da Comarca de Novo Hamburgo.

Breve apanhado de idéias sobre as questões postas em discussão no grupo de Promotores de Justiça que atuam na área:

1) A intervenção do Ministério Público no Processo de Falência e de Recuperação Judicial. Necessidade e Forma.

A primeira análise da nova Lei, diante do veto presidencial ao art. 4º, propiciou uma conclusão precipitada e equivocada que a intervenção ministerial nos processos de falência e de recuperação judicial (sucessora da concordata) havia, se não acabado, reduzido sensivelmente, se tornando quase imperceptível.

No entanto, essa primeira percepção da novel legislação logo é desfeita se nos depararmos com a Mensagem de Veto firmado pelo Poder Executivo Federal.

Aduz-se na Mensagem de Veto, preliminarmente, que o artigo 4º da Lei n.º 11.101/2005 (que previa a intervenção do Ministério Público em todos os processos de falência, recuperação judicial e em que a massa falida fosse autora ou ré) foi revogado porque a nova Lei estabelece hipóteses absolutamente razoáveis de intervenção obrigatória do Ministério Público, citando como exemplos o art. 52, inciso V, o art. 99, inciso XIII, o art. 142, § 7º e o art. 154, § 3º.

Como segunda razão de veto e fundamental para se afirmar a intervenção do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação, tem-se a indiscutível possibilidade de o Promotor de Justiça requerer, quando de sua intimação da decretação da falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, a intimação dos demais atos do processo. Ressaltou-se a possibilidade de a mesma providência ser adotada pelo Ministério

Público nos processos em que a massa falida for parte. Asseverou-se, por fim, que a Lei não afasta as disposições dos artigos 82 e 83, ambos do Código de Processo Civil, que prevêm a possibilidade de intervenção ministerial, quando visualizado o interesse público e, assim, requerer o que entender de direito.

Dessa forma, concluímos que se, quando da intimação inicial, pode o Promotor de Justiça requerer seja intimado dos demais atos processuais por entender ser revestido o feito de interesse público, em verdade, deve o Agente Ministerial requerer, naquele momento processual, a intimação (na realidade concessão de vista, pois terá que se manifestar sobre as questões postas à análise) para todos os atos processuais, uma vez que, inegavelmente, todos os feitos falimentares e de recuperação judicial se revelam detentores de interesse público.

A fundamentação legal, então, para o requerimento de intervenção ministerial é a regra geral estampada no art. 82, inciso III (interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte), do CPC. Isso sem cogitar de disposições de ordem constitucional, o que poderia possibilitar uma discussão mais acadêmica e rumorosa.

A forma de intervenção deve dar-se como corriqueiramente ocorre, isso é, nos moldes do art. 83 do CPC, ou seja, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes (no caso, administrador judicial, perito, leiloeiro, credores diversos e demais interessados), sendo intimado de todos os atos do processo (inciso I), podendo juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (inciso II).

A simples intimação de decisões judiciais não supre a necessidade de concessão de vista ao Ministério Público para manifestação sobre o tema posto ao exame. Sucede que se faz primordial que o Agente Ministerial se manifeste sobre o mérito da questão, a fim de ditar ao Juiz o rumo de melhor direito, prevenindo uma decisão mais acertada, evitando recursos que seriam desnecessários na hipótese de o Magistrado seguir o entendimento exposto pelo Promotor de Justiça. Registre-se, portanto, que uma mera promoção bem lançada pode evitar uma interposição de recurso,

por exemplo, de agravo de instrumento, extremamente trabalhosa como se sabe.

Em suma, somente a manifestação precedida da concessão de vista possibilita uma efetiva fiscalização da aplicação da lei, coadunando-se com o exercício das funções precípua da Instituição; por outro lado, a simples intimação de decisões tornaria a atividade ministerial meramente protocolar e burocrática, o que não se admite sob hipótese alguma.

O interesse público dos processos de falência e de recuperação judicial é manifesto, flagrante até mesmo aos olhos mais desavisados. Ora, tais feitos são indispensáveis para a coleta de prova para a apuração de delitos falimentares, estabelecem a necessidade de rigorosa fiscalização da lisura do concurso de credores, importam em discussão a respeito da função social da empresa, põe, muitas vezes, em risco os créditos dos trabalhadores e, por que não se incluir, da Fazenda Pública nas três esferas, expõem a dano o pleno emprego, o crédito público, o desenvolvimento da iniciativa privada, a distribuição de riquezas, etc.

Não é tarefa árdua constatar que o interesse público inerente aos processos de falência e de recuperação judicial reflete-se em inúmeros temas, sendo qualquer um deles suficiente para ensejar a intervenção do Ministério Público como custos legis. Caberá, portanto, ao Agente Ministerial, quando de sua intimação inicial, afirmar a existência do interesse público no feito, independente do fundamento jurídico pelo qual o reconhece.

Ademais, é a própria Lei n.º 11.101/2005 que acarreta a necessidade da intervenção do Ministério Público, prevendo a intimação de seu Agente em várias questões tópicas. Aí, a Lei recai em espantosa contradição, salvo se reconhecermos a necessidade de intervenção ministerial durante todo o desenvolvimento do processo de falência ou de recuperação judicial.

Senão vejamos: se o Ministério Público não intervir em todos os atos processuais, como terá dados suficientes para: a) impugnar a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º, caput)? b) pedir a exclusão, ou a classificação ou a retificação de

qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores (art. 19, caput)? c) requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê de Credores (art. 30, § 2º)? d) reclamar informações ao falido (art. 105, inciso VI)? e) propor ação revocatória (art. 132)? f) impugnar a alienação do ativo, no prazo de 48 horas da arrematação (art. 143)? g) emitir parecer quanto às contas do administrador judicial (art. 154, § 3º)? h) o mais grave, apurar a prática de crimes falimentares a fim de promover a ação penal (art. 187)?

Como se vê, a intervenção do Ministério Público nos feitos de falência e de recuperação judicial mostra-se indispensável, pois, em resumo, a própria Mensagem de Veto ao art. 4º da Lei n.º 11.101/2005 indicou a possibilidade de intervenção em todos os atos processuais, na hipótese de o Promotor de Justiça entender presente o interesse público e, considerando que tal é facilmente detectado em qualquer processo da espécie, conclui-se que a intervenção é sempre devida. O que fez a nova Lei foi emprestar ao Ministério Público o poder de definir a existência, no caso concreto, do interesse público, ao revés do Decreto-lei n.º 7.661/45, que presumia a sua existência de forma absoluta.

Portanto, ao nosso ver, a posição a ser adotada pela Instituição neste momento histórico seria, assim como já o fez o Ministério Público do Estado de São Paulo, recomendar/orientar os Promotores de Justiça que, ao se depararem com a intimação do decreto de falência ou do deferimento do processamento da recuperação judicial, requeiram a concessão de vista em todos os atos processuais, como hoje ocorre ainda sob a vigência do Decreto-lei n.º 7.661/45, pelas razões acima expostas.

No que concerne à recuperação extrajudicial, novidade prevista nos artigos. 161 a 167 da Lei, considerando que manifestamente a intenção do legislador foi, enxugando o procedimento, deixar a cargo do devedor e dos credores o acertamento dos créditos, tem-se que a intervenção ministerial deve ser reservada tão-somente para momento anterior à decisão de homologação do plano, oportunidade em que também se analisará as

eventuais impugnações apresentadas (art. 164, § 5º), o qual revela evidente interesse público.

Ressalvada, por certo, a hipótese ventilada no art. 166, ou seja, se o plano de recuperação envolver a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas, em que se faz remissão ao art. 142, onde é determinada a intimação pessoal do Ministério Público em qualquer modalidade de alienação, sob pena de nulidade.

2) A intervenção do Ministério Público em Processos em que a massa falida ou a empresa em recuperação judicial for parte. Necessidade e Forma.

A necessidade de intervenção ministerial nos processos ajuizados ou propostos contra massa falida ou empresa em recuperação judicial é corolário lógico da necessidade de intervenção nos autos principais da falência e da recuperação judicial, pois o interesse público (sob os seus mais variados prismas) que não prescinde do Ministério Público nestes feitos é o mesmo que impõe a atuação do Promotor de Justiça naqueles.

Assim, por exemplo, uma ação acidentária ou de um credor com garantia real que tramite contra a massa pode ser responsável por esvaziar todo seu ativo, tornando frustrada a tentativa de satisfação dos demais créditos habilitados na falência, o que nos parece óbvio. A intervenção, por conseguinte, nos processos em que a massa ou a empresa em recuperação judicial for parte mostra-se tão imprescindível quanto nos autos principais, sendo o caso de recomendar-se/orientar-se os Promotores de Justiça, a fim de buscar a devida uniformização do entendimento da Instituição, a continuarem ou passarem a intervir nos feitos em que a massa falida ou a empresa em recuperação judicial for parte.

Não se argumente que poderá o Ministério Público posteriormente, no juízo falimentar (art. 8º, caput), impugnar o crédito constituído em uma ação ordinária que tramitou em juízo comum. Ora, será extremamente mais árduo desconstituir um título judicial do que evitar do que ele se forme, mormente porque no juízo falimentar o Promotor de Justiça irá se deparar somente com o título judicial, enquanto no juízo comum participará

ativamente da discussão acerca da matéria fática, podendo verificar mais facilmente uma fraude, por exemplo.

A questão mais tormentosa é a forma em que deve se dar a intervenção. Pelas razões expostas no item 1), supra-referido, cremos ser evidente que não basta a mera intimação da decisão judicial, sendo indispensável a prévia manifestação ministerial.

Mas, não é essa a questão crucial e, sim, como o Promotor de Justiça tomará ciência do ingresso em Juízo de uma ação ajuizada pela massa falida ou pela empresa em recuperação judicial ou contra estas. Ocorre que poderá o Juiz não conceder mais vista ao Ministério Público por entender que a nova Lei, ante o veto do art. 4º, não mais prevê a intervenção do Parquet, desconhecendo o fato que, em realidade, poderá o Promotor de Justiça atuar no processo caso entender presente o interesse público (o que, consigne-se, é sempre existente na espécie).

A princípio, a nosso ver, cumpre ao próprio Promotor de Justiça postular ao Juiz que lhe conceda vista de todos os processos em que a massa falida ou a empresa em recuperação judicial for parte.

No entanto, a fim de uniformizar e abreviar procedimentos, a melhor solução seria gestionar junto à Corregedoria-Geral da Justiça, para que essa oriente os Magistrados a conceder vista dos autos ao Ministério Público, logo após a primeira manifestação das partes (art. 83, inciso I, CPC), para que o Promotor de Justiça passe a intervir no feito, caso este entenda presente o interesse público. Tal solução, entretanto, deve ser bem estudada, pois poderá o Poder Judiciário, em uma análise que somente lhe cabe, entender que a matéria é de ordem jurisdicional, pelo que não aceitará a ingerência de outras instituições.

Aqui, temos outra inquietação, já que, em virtude de divisão de atribuições ministeriais, é possível que em uma ação em que a massa ou a empresa em recuperação judicial seja parte atue Promotor de Justiça diverso do que atua no Juízo da Falência ou da Recuperação Judicial. Neste caso, em que pese a orientação/recomendação expedida para que ambos intervenham nos respectivos processos, é possível que um deles entenda que o interesse

público não esteja presente e, por via de consequência, não seja o caso de intervir.

Haverá, nesse caso, sem dúvidas quebra da salutar uniformização da posição institucional, mormente porque desafia uma orientação superior. Porém, parece-nos ser o ônus da aplicação do inafastável princípio constitucional da independência funcional.

### 3) A investigação dos crimes falimentares. Necessidade. Forma.

A Nova Lei de Falências não mais prevê a instauração de inquérito judicial para apuração dos crimes falimentares, sem, no entanto, apresentar uma solução satisfatória.

A previsão do art. 187, caput, é absurda e totalmente divorciada da realidade da investigação dos delitos falimentares. Ora, como será possível, na esmagadora maioria das vezes, propor uma ação penal imediatamente após a intimação do decreto de falência ou da concessão da recuperação judicial. No pedido de falência com base na impontualidade, por exemplo, discute-se apenas a dívida e o título que a representa, assemelhando-se a uma ação de cobrança, havendo somente uma parcial manifestação das partes, não havendo o devido laudo pericial, etc.

Ainda, há a previsão de requisição da abertura de inquérito policial logo após a decretação da falência ou a concessão de recuperação judicial. Afora a quase impossibilidade de se verificar a ocorrência de crime neste momento processual, como acima exposto, o que é mais aflitivo é o fato de o legislador prever a possibilidade de a Polícia Civil investigar criminalidade tão avançada.

É inquestionável o desaparecimento e o despreparo da Polícia Judiciária, mormente para elucidação de crimes falimentares. A realidade da Polícia hoje é concluir apenas Termos Circunstanciados e um número insignificante de Inquéritos Policiais, notadamente os de crime com violência e grave ameaça e os resultantes de prisão em flagrante, o que já foi constatado pelo Ministério Público no exercício do Controle Externo da Atividade Policial.

Requisitar inquérito policial pela prática, em tese, de crime falimentar, é consagrar a impunidade dessa espécie de delinqüente, pois o caderno investigatório jamais iria aportar a Juízo ou, se viesse, com enorme atraso e, por certo, pendente de diligências imprescindíveis.

A criação de Delegacia Especializada na matéria talvez fosse possível na Capital do Estado, o que entendemos não resolveria o caso pela total falta de aptidão e despreparo dos policiais civis para a questão falimentar; porém, no Interior do Estado, face à precária estrutura policial, a criação de Delegacias Especializadas é impensável e, repise-se, não resolveria o problema.

O § 1º do art. 187 já é pouco mais adequado à realidade da investigação dos crimes falimentares, pois, reprisando em parte o que hoje é contido no art. 103 e seguintes do Decreto-lei n.º 7.661/45, estabelece que pode o Promotor de Justiça aguardar a apresentação de exposição circunstanciada de que trata o art. 186 (onde o administrador judicial, além das causas da falência, o procedimento do devedor e outras informações a respeito da conduta do devedor e outros responsáveis, apontará, se houve, atos que possam constituir crimes; tal exposição deve vir acompanhada de laudo contábil) para, então, oferecer denúncia.

Tal disposição é sensata, pois somente após a exposição circunstanciada do administrador judicial será possível ter ciência dos eventuais crimes, já que este trata mais diretamente com os fatos que envolvem um feito falimentar, o que hoje é feito em relação ao relatório do síndico previsto no art. 103 do Decreto-lei n.º 7.661/45. Note-se que o prazo para o administrador judicial apresentar a exposição circunstanciada é de 40 (quarenta) dias contados da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, o que deve ser rigorosamente fiscalizado pelo Promotor de Justiça, sendo, mais uma, decisiva razão para sua intervenção em todos os atos do processo de falência.

No entanto, o § 1º do art. 187 peca em dois aspectos. Primeiro, inviável, no mais das vezes, o prazo de 15 (quinze) dias para oferecimento de denúncia, a não ser, por exemplo, o crime de inexistência de escrituração contábil obrigatória, onde a constatação da ocorrência do ilícito depende de uma

análise meramente objetiva. Segundo, não prevê qualquer forma de investigação dos crimes noticiados pelo administrador judicial, como se fosse possível desencadear uma ação penal, sem prévia coleta de dados, apenas com base na exposição circunstanciada de fatos, ainda que acompanhada de laudo pericial (art.186,§único).

É preciso investigar os fatos sob pena de a titularidade exclusiva do Ministério Público para o exercício da ação penal pública fique a mercê da palavra e interesse do administrador judicial. Ora, não raras vezes, os administradores judiciais não são afeitos à seara criminal e, por conseguinte, referem que inexistem crimes quando são evidentes, capitulam equivocadamente as condutas delituosas, imputam crimes que, após breve investigação, conclui-se não terem ocorrido. Isso sem falar em eventual má-fé dos administradores judiciais, o que não se pode descartar.

Assim, não tendo a Lei previsto o inquérito judicial e não sendo possível confiar-se à Polícia Civil a investigação dos crimes falimentares, faz-se indispensável que o Ministério Público os apure, lançando mão da Resolução n.º 03/2004 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, que disciplinou a instauração e a tramitação do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) no âmbito ministerial.

Logo, será necessário, na maioria das vezes ou sempre que for necessário investigar, ao Promotor de Justiça, após a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art.186, instaurar o devido PIC.

Será necessário adequar-se as estruturas das Promotorias de Justiça ao referido procedimento, visto que será preciso emitir portarias de instauração, extrair mandados de notificação, ofícios, proceder juntadas, ou seja, serviços que já são comuns às Promotorias Especializadas, em razão dos inquéritos civis e peças de informação.

Por derradeiro, registre-se que, caso o Supremo Tribunal Federal, que está para se pronunciar a respeito do tema, estabeleça que o Ministério Público não tem poder investigatório no âmbito criminal não restará outra alternativa do que requisitar inquéritos policiais e agir institucionalmente

para que a Polícia Civil crie Delegacias Especializadas, ao menos regionalmente, mesmo que tal providencia seja paliativa.

#### 4) Criação de Assessoria Técnica. Necessidade. Funções.

Diante da necessidade que se criou, após o fim dos inquéritos judiciais, de o Ministério Público investigar os crimes falimentares, estabeleceu-se, igualmente, a necessidade de dotar os Promotores de maior estrutura, mesmo porque a matéria é, muitas vezes, complexa e a criminalidade que se enfrentará é, reconhecidamente, preparada jurídica e financeiramente.

A estrutura nas Promotorias de Justiça acredita-se que já se dispõe (assessores jurídicos, secretários de diligências para autuação dos PIC'S), ressaltando-se casos pontuais em que é possível a resolução junto à Administração Superior. É notório, ainda, que, face à limitação dos pedidos de falência em função do valor da dívida (40 salários mínimos), haverá um decréscimo do número de PIC's que investiguem crimes falimentares em relação ao número hoje existente de inquéritos judiciais.

Necessário se faz dotar o Centro de Apoio Operacional Cível de um profissional especializado na área de contabilidade empresarial, pois, mesmo já existente nos autos o laudo pericial confeccionado pelo expert nomeado pelo Juízo, é preciso, muitas vezes, compreendê-lo para a apuração dos crimes.

Outrossim, o mais decisivo seria que os Assessores Jurídicos do Centro de Apoio fossem preparados para retirar as dúvidas que possam aparecer, tendo em vista a complexidade e a singularidade de certos temas, para os quais os Promotores de Justiça, mormente os que atuam em diversas áreas, não podem dedicar o tempo necessário.