

Dez Anos da Lei nº 11.101/2005

ESTUDOS SOBRE A LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA

Coordenadoras: Sheila C. Neder Cerezetti · Emanuelle Urbano Maffioletti

2015

Adriana Valéria Pugliesi

Alberto Camiña Moreira

Arthur Migliari Júnior

Cássio Cavalli

Daltro de Campos Borges Filho

Daniel Carnio Costa

Eduardo Secchi Munhoz

Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França

Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos

Fabio Ulhoa Coelho

Gabriel Saad Kik Buschinelli

Gustavo Saad Diniz

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

João Pedro Scalzilli

José Anchieta da Silva

Ligia Paula P. Pinto Sica

Luís Felipe Spinelli

Luiz Fernando Valente de Paiva

Manoel de Queiroz Pereira Calças

Manoel Justino Bezerra Filho

Marcelo Barbosa Sacramone

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campana Filho

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Renata Mota Maciel M. Dezem

Rodrigo Tellechea

Ronaldo Vasconcelos

Sérgio Campinho

Thomas Benes Felsberg

SEGREDO DE JUSTIÇA NOS INCIDENTES DE INVESTIGAÇÃO E ARRECADAÇÃO DE BENS NOS PROCESSOS FALIMENTARES

Marcelo Barbosa Sacramone

Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Princípio da Publicidade; 3 – Segredo de Justiça; 4 – Sigilo às partes e aos procuradores; 5 – Segredo de Justiça na Investigação do desvio de bens na falência; 6 – Conclusão; 7 – Bibliografia.

1 – Introdução

A Lei n. 11.101/05, conhecida como lei de recuperação e falência (LRF), e que substituiu o antigo Decreto-lei n. 7.661/45, trouxe novo regramento para solucionar a crise econômico-financeira da sociedade empresária.

O legislador, sensível à demanda social decorrente da função social da empresa, que como atividade geradora de riqueza precisa ser preservada, traz segurança aos credores quanto à recuperação de ativos ao estabelecer regras de participação no processo de recuperação do empresário devedor e ao limitar os créditos especiais.

O empresário devedor passa a ser tratado conforme a sua relevância social, pois sua atividade econômica tem amplo impacto no crédito público, na geração de empregos e impostos. Assim, à conjugação de esforços entre os credores (fornecedores, fomentadores, trabalhadores e fisco) aliou-se a criminalização de condutas consideradas danosas ao crédito público e à boa-fé que devem reger a condução do processo de recuperação da empresa assim como no caso de falência, com enormes avanços na definição dos crimes e quantificação das penas.

Ocorre que nem sempre a conduta do empresário e de pessoas que com ele fazem negócios é pautada pela boa-fé, e não raras vezes depara-se com pedidos de recuperação judicial meramente protelatórios e falências fraudulentas.

A LRF previu, nos artigos 168 a 178, a tipificação de diversas condutas como crimes. São eles a fraude a credores; a violação de sigilo empresarial; a divulgação de informações falsas; a indução a erro; o favorecimento de credores; o desvio, a ocultação ou apropriação de bens; a aquisição, o recebimento ou uso ilegal de bens; a habilitação ilegal de crédito; o exercício ilegal de atividade; a violação de impedimento; a omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

Ainda no âmbito punitivo, a LRF estabeleceu como efeitos da condenação, no art. 181, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; e a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Não obstante a tipificação das condutas, a pena corporal não traz de volta o patrimônio que foi desviado, o que mantém, do ponto de vista material, a falência pobre de ativos, os credores sem receber seus créditos e o falido na posse de recursos financeiros que não lhe pertencem.

Constatado, no curso do processo falimentar, a existência de indícios de desvio ou ocultação de bens, a questão que se coloca é como deve agir o administrador judicial para localizá-los e arrecadá-los. Note-se que não se está tratando de bens cuja localização se conhece, mas de bens ocultos, desviados, muitas vezes remetidos para fora do País através de manobras escusas.

Premidos pela realidade, os administradores judiciais passaram a requerer a instauração de incidentes ao processo de falência com o objetivo de apurar a existência desses bens para ao final poder arrecadá-los, porém com uma particularidade, que esses incidentes tramitem em segredo de justiça. A restrição da publicidade dos atos processuais pretendida compreenderia não apenas a restrição ao conhecimento por terceiros em geral, mas ao próprio falido e demais credores, principais interessados na condução do processo falimentar.

A proposta deste artigo é analisar, diante da pretensão de instauração de incidentes processuais para a investigação e arrecadação de bens desviados eventualmente pelo falido, a viabilidade ou não da decretação do segredo de justiça diante dos princípios constitucionais da publicidade e do devido processo legal.

2 – Princípio da publicidade

No Estado democrático, o poder emana do povo e deve ser exercido na persecução do melhor interesse da coletividade.

O Estado surge do sacrifício da liberdade primitiva e natural do indivíduo em prol de toda a coletividade. Para a conservação de seus bens e da sua pessoa, o indivíduo se submete à vontade geral em benefício do bem comum. Na redação de ROUSSEAU, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma se não houver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade”¹.

A persecução desse interesse coletivo, indicado no preâmbulo da Constituição Federal como proteção a o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, a o bem-estar, a o desenvolvimento, à igualdade e à justiça, fundamento do Estado, deve ser controlada por toda a população. Para que esse controle possa ser realizado, a publicidade foi estabelecida como princípio básico da administração pública e instrumento de realização dos demais princípios constitucionais (art. 37, caput, da CF).

A atuação do poder judiciário submete-se a essa regra geral. A Constituição Federal, no art. 5º, LX, assegurou a publicidade processual como direito fundamental do indivíduo. Assim como fora garantido, no art. 93, IX, a publicidade de todos os julgamentos e a fundamentação de todas as decisões judiciais.

No âmbito processual, o princípio da publicidade pode ser classificado em publicidade interna ou externa.

A publicidade externa consiste na possibilidade de acesso pelo público em geral, e não apenas pelas partes envolvidas, ao julgamento e a todos os demais atos processuais. O amplo acesso ao procedimento realizado e ao conteúdo das diversas decisões judiciais procura garantir a isonomia do julgamento, a boa condução do processo e a

¹ J.J. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 39.

imparcialidade e independência do juiz . A publicidade externa assegura a toda a coletividade que a atuação estatal visa ao bem comum.

Por seu turno, a publicidade interna caracteriza-se pela ampla possibilidade de ciência pelas partes envolvidas dos atos processuais, do conteúdo das decisões judiciais. Ela assegura o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, assim como permite à parte insatisfeita o recurso à superior instância, quando admissível. Complementa-se, outrossim, com a garantia de acesso aos autos pelo advogado. O Estatuto da Advocacia assegura a prerrogativa do advogado de acesso aos autos do processo (L. 8906/94, art. 7º, XIV).

Conforme pensamento de J.Bentham, “a publicidade é a mais eficaz salvaguarda do testemunho e das decisões que do mesmo derivarem: é a alma da justiça e deve se estender a todas as partes do procedimento e a todas as causas”².

3 – Segredo de justiça

Em situações excepcionais, a lei determina que a publicidade possa ser restringida, com a decretação do segredo de justiça do processo.

Nos termos do art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Essa norma constitucional de eficáciacontida foi complementada pelo legislador no art. 155, do Código de Processo Civil. Pelo dispositivo, nos processos em que o exigir o interesse público , e nos litígios que envolvam direito de família ou interesses de menores, o direito de consultar os autos e de pedir certidões poderá ser restrito às partes e a seus procuradores.

Diante da permissão constitucional de restringir a publicidade dos atos processuais, a lei processual civil tutelou a defesa da intimidade nas hipóteses em que a publicidade processual poderia causar danos à privacidade das partes. Pela legislação processual, o risco de prejuízo poderia ser causado nas demandas relacionadas ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, alimentos e guarda de menores.

² J. BENTHAM, *Tratado de Las pruebas judiciales*, Buenos Aires, EJE, 1971, v. 1, p. 140.

A segunda permissão constitucional de restrição, e também prevista pela lei processual em conceito amplo, refere-se à exigência do interesse social.

A exigência de decretação de sigilo de justiça em razão do interesse social está presente nas hipóteses em que a publicidade pode comprometer a defesa nacional ou a manutenção da ordem pública. A relevância do interesse social poderá figurar presente também nas hipóteses em que a publicidade do ato impeça, diante das circunstâncias do caso, a efetividade do próprio ato jurisdicional e, por consequência, de toda a jurisdição³.

Na lição de Pontes de Miranda, a publicidade do processo deve ser limitada em razão do interesse público, sempre que “humilhe, rebaixe, vexa ou ponha a parte em situação de embaraço, que dificulte o prosseguimento do ato, a consecução da finalidade do processo, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao Estado ou a terceiro. Interesse público é o interesse transindividual, tendo-se como individuais os interesses das partes e de outros interessados”⁴.

Em ambas essas situações, o Código de Processo Civil restringiu apenas a publicidade externa do processo, e, em seu art. 155, o sigilo de justiça é decretado apenas em relação a terceiros. O conhecimento desses terceiros em relação aos atos processuais fica restrito à demonstração de interesse jurídico e é limitado à certidão do dispositivo da sentença. Referido interesse jurídico se caracteriza pela possibilidade de que o terceiro sofra efeitos da decisão judicial entre as partes e não se restringe ao mero interesse econômico.

Às partes, todavia, fica mantida a publicidade interna ainda que decretado o sigilo processual. Tanto as partes quanto os seus procuradores poderão consultar os autos e pedir certidões de seus atos.

4 – Sigilo às partes e aos procuradores

O dispositivo constitucional, entretanto, não foi complementado apenas pelo art. 155, do Código de Processo Civil. Diante do interesse público da efetividade do ato processual a ser realizado e da possibilidade de não consecução de sua finalidade caso

³ A. C. MARCATO, coordenador *Código de Processo Civil interpretado*, 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2008.

⁴ F. C. P. MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, v. III, p. 52.

haja ciência à parte adversa, o Código de Processo Civil previu, excepcionalmente, a decretação de medidas cautelares sem a publicidade mesmo interna.

Isso porque a prestação jurisdicional do Estado se dá sob duas formas, através da cognição ou conhecimento, onde o interesse em conflito é submetido aos preceitos legais e pela execução, que dá efetividade à vontade da lei. Assim, conhecer e executar deveriam exaurir a finalidade do processo como instrumento de realização da tutela jurisdicional.

No entanto, independentemente do tipo de prestação jurisdicional invocada, entre a propositura da ação e decisão judicial definitiva, constatamos o decurso de um determinado espaço de tempo. Esse lapso temporal decorrente do procedimento sob o crivo do contraditório, todavia, não pode impedir a utilidade do provimento final à parte vencedora, nem comportamento oportunista da parte adversa em detrimento da efetividade da justiça.

Para preservar a utilidade do provimento final, incluiu-se dentre os poderes atribuídos ao juiz, quer nos procedimentos específicos cautelares, quer no exercício do poder geral de cautela, a faculdade de conceder medidas para mitigar o risco da insatisfação do vencedor em razão da demora do procedimento ou de comportamento atentatório da parte adversa.

Daniel Carnio Costa, na sua obra sobre as Tutelas de Urgência, defende que *“sempre que houver risco de que o direito provavelmente pertencente à parte venha a perecer, causando -lhe prejuízo irreparável ou de difícil reparação, deverá o juiz determinar medidas acautelatórias ou preventivas no intuito de preservar, em última análise, o próprio prestígio da função jurisdicional, evitando que o futuro provimento jurisdicional seja inútil ou irrelevante⁵”*.

Nesses termos, mediante requerimento da parte, do Ministério Público, ou de ofício por meio do poder geral de cautela, atos constritivos sobre os bens da parte contrária podem ser determinados *inaudita altera parte*, ou seja, sem a audiência da parte adversa e sem o conhecimento de seu patrono.

“Atento à finalidade preventiva do processo cautelar, o Código permite ao juiz conceder medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804). A concessão da liminar, todavia, não depende de estar

⁵ D.C. COSTA, *Tutelas de urgência – (individuais e coletivas) – teoria geral*, Curitiba, Juruá, 2013, p. 84.

o requerente na iminência de suportar ato do requerido que venha a provocar a consumação do dano temido. O perigo tanto pode derivar de conduta do demandado como de fato natural. O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumir-se antes da citação, qualquer que seja o motivo”⁶.

Para concessão da medida liminar sem a oitiva da parte contrária, é preciso que estejam presentes, em cognição sumária, dados ou elementos que justifiquem a medida, o que pode ser demonstrado na própria petição inicial ou ainda após a realização de audiência de justificação prévia, que também se realizará sem a oitiva do réu, quando se verificar que este, sendo citado, poderá tornar ineficaz a providência pretendida.

A decisão que conceder ou não o tramite do incidente cautelar em segredo de justiça deve ser fundamentada. Isso porque a medida não exclui a ampla defesa do procedimento, e o juiz, ao concedê-la ou não, profere decisão interlocutória a desafiar recurso de agravo. Para Pontes de Miranda, “essa cognição prévia é incompleta; não dispensa a instrução sumária posterior, em contraditório”⁷.

Conforme lição de Scarance Fernandes, inclusive sobre o procedimento criminal, “a observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado”⁸.

Nessas hipóteses, o Código de Processo Civil disponibilizou, além do artigo 155, I, os artigos 796 e seguintes, os quais permitem as diligências de localização de ativos desviados ou ocultos ou atos constritivos, mesmo sem o conhecimento do devedor, caso esse conhecimento possa prejudicar a efetividade do ato a ser realizado.

Referidas medidas, ainda que em segredo de justiça, estão previstas normalmente nos procedimentos cautelares. Nos termos do art. 813 e 815 do CPC, é possível o arresto de bens, ainda que sem a prévia anuência do devedor, quando este, caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores.

⁶ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 393.

⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *op cit.*, v. VIII, p. 313.

⁸ A. S. FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

Do mesmo modo, na hipótese de medida cautelar de busca e apreensão, o art. 841 do CPC possibilitou a expedição do mandado de busca e apreensão de pessoas ou de coisas sem a oitiva da parte contrária e, inclusive, se for indispensável, mediante audiência de justificação prévia em segredo de justiça em face da própria parte adversa.

Nessas hipóteses, assim como ocorre, no âmbito da investigação criminal, com a medida de interceptação telefônica (Lei 9.296/96), a ciência imediata daquele que sofrerá a constrição ao seu direito poderá tornar inócua a medida, por permitir que a parte adversa simplesmente não faça referência aos fatos objeto da interceptação ou oculte os bens a serem constritos.

Referidas medidas cautelares dispensam o contraditório imediato, uma vez que se visa coletar e carrear para os autos elementos necessários para a apuração do desvio, ocultação e localização de bens, preservação de bens ou apuração de conduta criminosa, de forma a garantir a utilidade do provimento final ou da investigação para a apuração do ocorrido.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrichi, ao decidir sobre a manutenção do segredo de justiça à parte nos casos de investigação de bens no estrangeiro, concluiu que: *“acrescente-se, por oportuno, que embora a regra seja de que o segredo de justiça não alcança as partes, poderá o juiz, diante das peculiaridades do caso e com base no seu poder geral de cautela, estender o sigilo também para um dos litigantes, sobretudo nas hipóteses em que verificar risco de prejuízo ao trâmite do processo. Nesse aspecto, para além das hipóteses do art. 155, o CPC, em seus arts. 815, 823 e 841, respectivamente, autoriza que se proceda em segredo de justiça da parte requerida no arresto, no sequestro e na busca e apreensão. Mesmo que prevaleça o interesse da parte adversa – de que sua pretensão não resulte frustrada – desponha também o interesse público na realização do Direito através d o processo, por meio do qual o Estado exerce a função jurisdicional”*.

Por seu turno, na medida em que a publicidade é princípio constitucional básico para a efetivação dos demais princípios, a restrição à publicidade interna deve ser realizada excepcionalmente e limitada no tempo.

⁹ Relatora Ministra Nancy Andrichi, RECURSO ESPECIAL Nº 1.446.201 - SP (2014/0073171-2).

Somente após a efetivação da medida cautelar, ou seja, quando juntados aos autos os documentos demonstrativos da diligência empreendida, é que os autos serão submetidos ao crivo do contraditório, em estrita obediência à ampla defesa e ao devido processo legal. A partir desse ponto, a regra volta a ser a publicidade dos atos processuais.

Em suma, existem diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, uma vez formalizada a prova nos autos, seu resultado será submetido ao devido processo legal, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. O direito ao contraditório e à ampla defesa, nessas hipóteses, não é suprimido; ele é apenas diferido. Segundo Greco Filho, “*a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato*”¹⁰.

A Constituição Federal garante que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral sejam assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Previstos no art. 5º, LV, como garantias fundamentais dos cidadãos, referidos princípios constitucionais, diante do interesse público na efetividade do ato processual, serão simplesmente postergados. O contraditório é diferido ao momento imediatamente posterior à realização do ato processual, em que o resultado da diligência é juntado aos autos da investigação ou ao incidente de investigação e arrecadação dos bens.

Do mesmo modo que consagrado pelo entendimento da Suprema Corte em relação à investigação criminal¹¹, o acesso ao patrono e à parte que teve seus bens restritos

¹⁰ V. GRECO FILHO, *Manual do Processo Penal*, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 48.

¹¹ (...). 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer -se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter -se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito

é amplo aos elementos de prova já documentados após a diligência investigatória ou arrecadatória, ocasião em que a parte poderá ter acesso ao processo e exercer amplamente seu direito da defesa, não mais obstado pela preservação do interesse público na efetivação do ato¹².

5 – Segredo de Justiça na Investigação do Desvio de Bens na Falência

Como princípio norteador de toda a atividade estatal, o princípio da publicidade também se faz presente nos processos falimentares. Nesses, sua aplicação é ainda mais acentuada ao versar diretamente sobre a arrecadação e liquidação pelo Estado de bens pertencentes a terceiro para o pagamento de suas obrigações.

Por recair sobre a administração de bens de terceiros, o art. 103, parágrafo único, da Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/05), estatui que, desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor, o que será realizado pelo administrador judicial. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência. Nesse ponto, a publicidade dos atos processuais é necessária para que ele possa requerer, se o desejar, as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

Essa publicidade, externa e interna, pode, excepcionalmente, ser reduzida para compatibilizar o art. 103 com os demais dispositivos da LRF.

O direito de fiscalização do falido não é absoluto, assim como também não o é a prerrogativa de seu patrono de acompanhar as medidas de investigação e de arrecadação dos bens. Na redação de José Carlos Barbosa Moreira, é “ *desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota -os porque crê que a respectiva*

policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas. (...) (STF – HC nº 90.232-AM, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.12.2006 – DJU 02.03.2007).

¹² Nesse sentido, ainda, o voto da Ministra Nancy Andrighi no RECURSO ESPECIAL Nº 1.446.201 - SP (2014/0073171-2): “de outro viés, não se cogita nessas situações de violação dos princípios da ampla defesa ou do devido processo legal, na medida em que o contraditório não será suprimido, mas diferido para depois da realização dos atos indispensáveis à efetividade da medida”.

observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida¹³”.

No âmbito dos processos falimentar e recuperacional, os interesses envolvidos não se limitam aos interesses das partes diretamente envolvidas na relação jurídica obrigacional, ou seja, credores e devedor falido ou sob recuperação judicial. O legislador ao editar a Lei 11.101/05, reconheceu a função social da empresa.

A concessão de mecanismos que viabilizam a reorganização do passivo do devedor quando ele se encontra em crise econômico - financeira e a celeridade da liquidação dos bens e primazia da venda em bloco das unidades produtivas procuram assegurar a preservação da empresa diante de seu papel no desenvolvimento econômico nacional.

Esse interesse público que permeia referidos processos, notadamente diante da apuração dos crimes falimentares ou de recuperação de ativos desviados, rivaliza com o princípio da publicidade e da fiscalização pelo falido dos atos processuais. No âmbito dos processos falimentar e de recuperação, o risco que existe em razão da publicidade e do direito de fiscalização pelo falido no procedimento de localização de ativos é de o devedor, responsável pela ocultação e desvio dos bens, ao tomar conhecimento de que diligências estão sendo encetadas para localização desses ativos, promova nova ocultação ou dissipação desses ativos, dificultando ou mesmo impossibilitando sua recuperação em benefício dos credores.

Esse conflito entre princípios foi apreciado pelo legislador ao promulgar a lei 11.101/05. Na exposição de motivos do então projeto de lei, o Senado Federal sopesou esses interesses ao indicar que o projeto procurava garantir maior celeridade e eficiência ao processo falimentar.

Nos processos falimentares, para que a utilidade do provimento final consistente na satisfação das obrigações perante os credores fosse efetiva, a lei impôs ao administrador judicial a arrecadação dos bens e documentos do devedor, a prática de todos os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores e a possibilidade de requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento da lei e para proteção da massa, ou para eficiência da administração (art. 22, inc. II, letras “f”, “i” e “o”, da LRF).

¹³ J. C. BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de direito processual*. 6ª série. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 108.

A arrecadação de bens implica localizá-los e identificá-los, e para tanto é preciso investigar o seu paradeiro. Esse ato de investigar, necessário para a ação arrecadação de bens, não precisa ser público, dele não há necessidade de cientificar a contraparte, sequer é preciso de autorização judicial quando as diligências podem ser realizadas ordinariamente.

Para permitir essa arrecadação, liquidação e pagamento dos credores, é do interesse da massa falida a localização imediata de ativos que lhe pertençam, sejam eles de que valor for, estejam eles onde estiverem e com quem estiverem. A lei concede poderes ao administrador para, de maneira mais célere, proceder diretamente à arrecadação dos bens, independentemente da ciência à parte adversa ou da autorização judicial, os quais terão ciência das diligências por ocasião da juntada aos autos do resultado de sua atuação administrativa.

Apenas diante de uma impossibilidade direta de arrecadar bens desviados, ocultos ou apropriados, o administrador judicial deve, com fulcro no art. 22, inciso III, letra 'o', da LRF, requerer ao juízo todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento da lei, para proteção da massa ou para garantir a eficiência da administração.

Nessa hipótese, o administrador judicial ou o Ministério Público, verificando que há indícios de fraude, desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 168 e 173 da LRF), deve requerer a instauração de incidente processual com a natureza jurídica das medidas cautelares, instaurado no curso do processo principal e deste dependente (art. 796 do CPC).

Na hipótese de existir fundado receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798 do CPC), principalmente diante de risco de a arrecadação ou localização de bens poder ser obstada pelo comportamento fraudulento do falido, torna-se premente a utilização dos mecanismos disponibilizados pelo Código de Processo Civil para garantir a efetividade da jurisdição, ainda que mitiguem temporariamente a publicidade dos atos.

Nesse ponto, pertinente para a abordagem é que os agentes responsáveis pela ocultação de ativos desviados têm evoluído na sofisticação de suas técnicas, utilizando - se da criatividade aliada ao avanço tecnológico para a ocultação e lavagem de dinheiro ilícito. A tanto, lançam mão de artifícios que omitem e dissimulam a origem dos ativos,

causando o enriquecimento ilícito do falido e de terceiros, e, em contrapartida, o empobrecimento dos credores.

Desta forma, havendo indícios de fraude, desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 168 e 173 da LRF) e de que o prévio conhecimento das medidas investigativas pelo falido prejudicará o ato de arrecadação, com prejuízo à coletividade de credores, é possível que se restrinja a publicidade dos atos de busca da prova, em procedimento análogo às medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil.

O incidente de investigação de desvio de bens da massa, nesse caso, assemelha-se às medidas cautelares de arresto, sequestro e busca e apreensão de bens. Diante do risco de que esses ativos ocultados revertam em benefício do devedor em detrimento dos credores, a medida poderá ser realizada sem a audiência da parte contrária, garantindo a sua localização e futura arrecadação.

O direito de controle dos atos judiciais pelo falido, nesse contexto, deve ser sopesado com a relevância social da persecução da efetividade do ato de arrecadação, porque de nada adiantaria a legislação garantir o direito dos credores de terem seus créditos satisfeitos pelos ativos do falido, se a norma não garantir também os meios necessários para a efetivação do referido direito.

A decretação do sigilo momentâneo às partes evita que o falido promova novas manobras fraudulentas ou de ocultação de bens, o que poderia frustrar a sua localização e arrecadação, em flagrante prejuízo aos credores e à efetividade da justiça.

O sigilo do incidente cautelar não vulnera o princípio da publicidade dos atos processuais na medida em que as ordens patrimoniais restritivas, a arrecadação dos ativos eventualmente localizados, ou mesmo a responsabilização civil cabível somente serão adotadas sob o crivo do contraditório, respeitado o devido processo legal.

O contraditório e a ampla defesa, com o exercício da prerrogativa do advogado de consultar o incidente de investigação, poderão ser realizados tão logo o resultado da diligência seja comunicado no feito, o que garante o interesse social de celeridade da condução do processo falimentar, assegura o cumprimento das relações jurídicas anteriormente contratadas e a eficiência da prestação jurisdicional, sem violar os direitos e garantias constitucionais do empresário falido.

6 – Conclusão

Condição primordial para a efetividade do processo de recuperação judicial e de falência, principalmente no que tange a localização de bens desviados, ocultos ou apropriados da massa falida, é imprescindível a realização das diligências que comprovem o desvio desses bens, a sua localização ou quem seriam os responsáveis pela sua ocultação.

Autorizado o procedimento pelo dispositivo constitucional, essas diligências, quando dependam de autorização judicial, e quando houver risco de que sejam frustradas se forem de conhecimento do falido, podem ser produzidas em segredo de justiça. O direito à publicidade é mitigado diante da relevância social de que a medida de arrecadação e de investigação dos bens seja efetiva para a satisfação dos credores e a segurança das relações jurídicas.

O contraditório, nessa hipótese excepcional, não será suprimido. A ampla defesa será apenas postergada para quando não houver mais receio de que a parte, antes da expedição das medidas restritivas, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

7 – Bibliografia

- ALSINA, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, v. III, 1ª ed.
- BENTHAM, Jeremias, *Tratado de Las pruebas judiciales*, v. 1, Buenos Aires, EJE, 1971.
- COSTA, Daniel Carnio, *Tutelas de urgência – (individuais e coletivas) – teoria geral*, Curitiba, Juruá, 2013.
- FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual do Processo Penal*. 8ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2010.
- MARCATO, Antônio Carlos, coordenador *Código de Processo Civil interpretado*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.
- MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III e VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de direito processual*, 6ª série, São Paulo, Saraiva, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*, São Paulo, Martin Claret, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil* , Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A obra reúne textos de acadêmicos, advogados, juízes e promotores que acompanharam a aplicação dos institutos da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005) ao longo dos seus dez anos. Sugere-se que a obra seja recebida como um álbum de fotografias, em que cada uma das imagens, justapostas em seqüência, contribua para contar a curta vida do diploma e indicar novos horizontes de aperfeiçoamento do sistema.

Com fulcro em percepções teóricas e práticas, o leitor é convidado a aprender com a experiência da última década e a refletir criticamente sobre a disciplina legal, com vistas à construção de futuro mais promissor ao bom equacionamento das crises empresariais.

COLEÇÃO OBRAS COLETIVAS

ISBN 978-858-49-3085-2



9 788584 930852



DISPONÍVEL
EM EBOOK

GRUPOALMEDINA