

PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

*Olavo Rigon Filho
Advogado e Professor da
Associação dos Juízes Federais do
Estado de Santa Catarina - Ajufesc*

A nova lei de falências nada mais é do que o reflexo de um movimento de inserção de nosso País nas regras do novo liberalismo, onde são sacrificados direitos individuais, inclusive de trabalhadores, em prol da segurança do crédito, ou seja, do sistema financeiro. Por isso mesmo essa lei foi apelidada de “Lei Febraban”¹, numa clara referência ao predomínio dos interesses do capital financeiro. E mais: o novo instrumento legal, dentro dessa nova ótica liberalizante, pugna pela “neutralização” da interferência do judiciário, sob o argumento chave de que a melhor solução deve ser dada pelo “mercado”, tendo o magistrado, assim, função meramente homologatória dos interesses dos credores. Também o Ministério Público ficou relegado a um segundo plano, com participação reduzida e quase que restrita às questões tipicamente criminais.

Apesar da vontade do legislador, o Poder Judiciário não ficará refém do que irá ditar o mercado, muito menos um mero homologador dos interesses do capital, mas será um agente do interesse coletivo, preservando interesses maiores, interferindo e atuando no sentido da preservação da empresa e empregados e não permitindo que ocorra maior concentração de oligopólios e monopólios, que sem dúvida é a ótica do novo capitalismo. Concordamos com a leitura que fez Modesto Carvalhosa ao dizer da importância do Poder Judiciário nesse novo cenário, que deverá aplicar ao processo de recuperação e de falência o ordenamento jurídico como um todo, como um sistema, especialmente os princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da teoria da empresa, introduzidos pelo Código Civil de 2002.

¹ Apelido citado por Modesto Carvalhosa (*in*, Folha de São Paulo, 09 de junho de 2005).

E para que o Poder Judiciário não seja agente coadjuvante desse processo, não seja orquestrado pelo “tal de mercado” teremos que ter magistrados preparados para essa condução. Aliás, pensando nisso, é que alguns Tribunais (São Paulo é exemplo) estão criando novas varas especializadas em Falência, preparando-se para esse novo tempo.

Sim, pois aquela idéia de ser o instrumento legal de falência e recuperação tipicamente “processual” já não existe mais. Hoje o magistrado não terá função de mero tocador do processo.

Ou como professou Rubens Requião²: “O erro fundamental do sistema da concordata preventiva, e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão atendidos, apenas, alguns pressupostos formais. Não se cogita de saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor; não se cogita sequer de indagar se ele tem um plano viável para a reorganização de sua empresa; não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendido os pressupostos legais e formais, os juízes geralmente complacentes estão dispostos a fazer vistas grossas sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata.”

E por isso, Rubens Requião, lá no já distante ano de 1974, advertia que “Em primeiro lugar se deve indagar, ao se deparar com o fenômeno mórbido da empresa insolvente, antes mesmo da investigação sobre a possível atividade delitual do empresário, se ela tem ainda condições econômicas e financeiras de recuperação”. Em suma: “saber-se se ela é economicamente recuperável”. Só aí, segue-se em frente.

A função jurisdicional, como se vê, está muitíssimo mais ligada ao direito material, ou melhor, envolve um direito multidisciplinar, onde o que será decisivo será a avaliação técnica da "saúde econômico-financeira" da empresa ou do empresário e o monitoramento do eventual processo de recuperação.

² A crise do Direito Falimentar Brasileiro, reforma da lei falências, 1974, *in* Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, M, p. 199.

Em suma, o juiz terá que se cercar de bons profissionais que o auxiliem a fazer uma adequada avaliação do contexto que se lhe apresenta, de modo a não permitir que eventuais conluíus fraudulentos entre o devedor e credores signatários do acordo, por exemplo, possam prejudicar os demais credores, trabalhadores e a comunidade. Ou seja, o eventual plano de recuperação deverá ser supervisionado com competência técnica e por isso mesmo o Poder Judiciário deverá se cercar de bons profissionais e com especialização de seus magistrados. Em verdade, caberá ao magistrado decidir se a empresa é um estorvo para a sociedade (mercado) e não está cumprindo com sua função social e, portanto, deve ser liquidada. Ou, ao contrário, se se vislumbra, com elementos científicos, sua viabilidade e via de consequência sua recuperação.

Jorge Lobo³ cita várias causas de crises das empresas, mostrando como é complexo e técnico o decidir a respeito da viabilidade das empresas e como o magistrado deverá estar preparado – e com bons e idôneos profissionais – para esse novo desafio. Eis sua classificação:

a) causas externas: aperto da liquidez, liberação de importação, surgimento de novos produtos, retração no mercado internacional ou nacional; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado;

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre os sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos.

c) causas acidentais: bloqueio de papel moeda no Bacen; mádesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

³ *Apud* Celso Marcelo de Oliveira, *in* Comentários à nova lei de falências, Thomson-IOB, p.19.

Compreende-se, assim, como será difícil a tarefa do magistrado frente a esse novo desafio que se descortina. Poderá ser complacente, como dizia Rubens Requião, mero homologador da vontade do mercado ou agente principal dessa mudança, protegendo os reais interesses da sociedade. E para ser o ator principal e não mero coadjuvante o primeiro passo é conhecer o que terá em mãos daqui para frente.

Daremos, agora, algumas rápidas pinceladas sobre as principais mudanças ocorridas. Faremos uma leitura dos doze princípios que nortearam o relatório do Senador Ramez Tebet e que foi submetido ao Congresso Nacional para aprovação da atual lei de falências.

Doze princípios que balizaram o projeto:

1º - preservação da empresa:

O sistema jurídico fez uma opção pela preservação da empresa. O relatório afirma que “em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País”. Só que pela ótica do sistema proposto pelo legislativo – e grifado pelos juristas que estão escrevendo sobre o assunto – quem tem que afirmar se a empresa deve ou não ser preservada é o mercado. Para o sistema, o juiz não pode entrar kamikasicamente nesse interesse, sob pena de se comprometer o interesse da coletividade. Em outras palavras: "Divisa a reestruturação empresarial como meio de proporcionar maiores possibilidades de satisfazer aos credores, minimizar o desemprego, fortalecer e facilitar o crédito, em consequência poupar o mercado dos reflexos perversos da insuficiência dos agentes econômicos", nas palavras de Waldo Fazzio Júnior⁴

2º - separação dos conceitos de empresa e de empresário:

⁴ Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas, Atlas, 2005, p. 18.

"A empresa não é mais um instrumento do empresário"⁵. De Lucca lembra que a "pedra angular do direito comercial moderno" tem-se um meio termo entre essa "relação dramática entre a simples vontade dos sócios, de um lado, e a preservação da empresa, de outro". Isso se chama, diz ele, teoria da empresa.

Estabelece-se, assim, a primazia da empresa sobre o empresário, que poderá (ou melhor, deverá) ser afastado se estiver provada malversação, fraude ou desvio patrimonial ou mesmo sua manifesta incompetência para gerir os negócios da empresa.

3º - recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:

Aqui, quem sabe, está a chave da porta principal. Rubens Requião, como vimos, nos idos dos anos setenta, já lembrava que a primeira coisa que se deve indagar é se há possibilidade de recuperação. O princípio da viabilidade da empresa é, hoje, critério distintivo básico entre a recuperação e a falência. Teremos, assim, nas palavras de Fazzio⁶ uma dicotomia essencial entre as empresas economicamente viáveis e as inviáveis: o mecanismo de recuperação é unicamente indicado para as empresas viáveis. Para as que não são viáveis o caminho é a falência. E nesse momento, o juiz, auxiliado por um bom perito, deve se perguntar: existe um plano de recuperação?; que critérios devem ser eleitos para sua avaliação?; essa avaliação autoriza a expectativa de êxito do plano?; como custodiar sua concretização?

Enfim, se ficar caracterizado que a recuperação só "protege alguns credores", sendo que é absolutamente inviável deve o juiz intervir e determinar o caminho da falência.

4º - retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:

O Senador Ramez Tebet indica em seu relatório que o "Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldade

⁵ Waldo Fazzio Júnior, ob. Cit. P. 19.

⁶ Ob.cit. p. 31.

insanáveis na condição do negócio”. Ou como diz Fazzio⁷: “se impossível a cura, faz-se mister a liquidação, como medida protectiva do crédito publico em face do contágio.”

O foco do projeto, transformado em lei, é a preservação do crédito. O valor crédito, para o novo sistema, é muitíssimo maior importante que quaisquer outros valores, que vem a reboque. A retirada do mercado, de forma rápida e eficaz, independentemente de outros considerandos, é o mote do princípio elencado pelo senador.

5º - proteção aos trabalhadores:

Proteção em termos. Proteção dos empregos em função da recuperação da empresa, o que pode ser uma falácia, haja vista a possibilidade de fusão, incorporação, alienação, etc, que permitem maior concentração e obviamente diminuição dos empregos.

A lei, forte no interesse do crédito, dá com uma mão e tira com a outra. Condiciona, por exemplo, a quitação dos salários atrasados ao deferimento da recuperação. Mas, em contrapartida, transfere o saldo de crédito trabalhista para a classe dos quirografários, o que é um absurdo, inclusive para efeitos de composição do comitê dos credores.

E mais: permite-se, inclusive, aumentar a carga horária e a redução dos salários como esforço para a recuperação da empresa, esquecendo-se, a lei, que esse sacrifício não é isonômico com relação a grande parte de passivo das instituições financeiras, protegido pelo privilégio do simples pedido de restituição.

6º - redução do custo do crédito no Brasil:

Adotando esse lema – redução do custo do crédito – e estabelecendo como premissa básica à “segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência” (palavras do Senador Ramez Tibet) é que se criou, no novo sistema, uma ordem que privilegia o sistema financeiro, colocando-o a salvo das turbulências do mercado, muitas vezes por ele mesmo criadas.

⁷ Ob.cit.p.18.

Mas, apesar desse aspecto, não há como não reconhecer que existe um “custo-Brasil” em função dessa insegurança na recuperação do crédito. RUI FERNANDO RAMOS ALVES⁸, defendendo a bandeira de que no sistema capitalista o crédito e o investimento são institutos que merecem proteção institucional, nos informa que na composição do spread bancário – dados de dezembro de 2003 -, o spread girava em torno dos 2,67% o que é altíssimo para qualquer País do mundo. Eis a divisão dos percentuais:

Despesas de inadimplência:	0,51%
Despesas administrativas:	0,43%
Impostos indiretos:	0,22%
Impostos diretos:	0,51%
Margem líquida:	1,00%

O lucro das instituições financeiras é pouco mais de 1/3 das receitas do spread realizada. Entre inadimplência e despesas administrativas (inclusive para cobrar) o percentual quase chega a 1%.

Por isso explica o custo de um crédito pessoal (dez/2003) na ordem de 83,9%, enquanto o financiamento de automóvel, com garantia de alienação fiduciária girar em torno de 38,8%.

De qualquer sorte é ainda muito cedo para afirmar categoricamente que a nova lei de falências irá reduzir o custo de crédito no Brasil.⁹

7º - celeridade e eficiência dos processos judiciais:

Uma lei de proteção ao sistema financeiro deve, além da segurança, ser ágil e eficiente. E se possível com a menor interferência do magistrado. Essa é a idéia do postulado de número 07 do relatório.

⁸ Recuperação de Empresas, falências e concordatas no Brasil – a realidade da recuperação de créditos, *in* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 24, p. 77.

⁹ Na Folha de São Paulo de 28.01.2004 (p.B-5) temos a notícia de que a aprovação da Lei de falências não terá o condão de permitir qualquer queda do *spread* bancário, informando que a “conclusão é de integrantes do próprio governo, que ontem admitiram falhas no texto atual”. Em verdade há que se reconhecer que o fator preponderante

Sem dúvida a nova lei confere menor burocracia ao *iter* procedimental. Todavia o que está por trás desse princípio é justamente deixar nas mãos do mercado (leia-se: credores) a solução do problema, com a menor interferência possível do judiciário (e sem qualquer participação do MP, hoje peça dispensável). O veio ideológico, pois, é o do sistema do neoliberalismo, onde a desconstrução da presença estatal nas esferas sociais é o mote principal.

8º - segurança jurídica:

Aqui temos algumas novidades interessantes. Visando a recuperação, é possível alienar ativos (uma filial, por exemplo), sem as conseqüências nefastas do processo de sucessão na responsabilização do passivo. O adquirente adquirirá a filial sem correr riscos de assumir o passivo da empresa em recuperação, inclusive no que diz respeito aos trabalhadores, que firmarão com este novo adquirente um novo contrato, sem contágio da situação antiga. Assim, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão tributária, nem trabalhista, nem de acidente do trabalho.

9º - participação ativa dos credores:

Fazio¹⁰ elege como princípio à “predominância do interesse imediato dos credores”, qual seja, o de que a reestruturação da empresa em dificuldades é instrumento da satisfação dos credores, o que impõe a necessária participação ativa dos credores. O relatório se seduz com a possibilidade de a participação ativa dos credores representar a “redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos das empresas”. Essa participação pode tanto minimizar como fomentar fraudes ou conluíus. O plano de recuperação patrocinado pelos credores (e com o aval do sindicato dos empregados) também pode ser levado a efeito para “recuperar o quanto puder”, mesmo sabedores da inviabilidade da empresa. Ora, pela atual regra legal pode haver a **imposição do plano de recuperação à minoria dissidente**. Só para se ter uma idéia, o plano de recuperação extrajudicial pode ser imposto aos credores minoritários dissidentes se firmado por credores que representem mais de 3/5 de **todos** os créditos de cada espécie por eles abrangidos.

para esse gordo *spread* é a gula dos banqueiros e a manutenção da taxa básica Selic nos patamares absurdos em que convivemos!

¹⁰ Ob.cit. p.30.

Portanto essa “maioria” pode impor um prejuízo desarrazoado e que deve ser obstaculizado pelo magistrado¹¹.

O que deve ficar assente é que o interesse dos credores deve ceder ao interesse superior da coletividade, se for para a preservação da empresa. Nenhum princípio deve ser absoluto.

10º - maximização do valor dos ativos do falido:

A principal diferença entre o velho regime (e bota velho nisso) e o atual é justamente esse aspecto: a possibilidade de maximização do valor dos ativos é muito grande, pois agora, além de permitir que a empresa continue com sua atividade enquanto perdura o processo de falência (sem desvalorização do ponto, por exemplo), tem-se a possibilidade (criativa) de se buscar formas de alienação (e o pregão é um mecanismo interessante), sem maiores desvalorizações.

11º - desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:

Tem-se um capítulo próprio, cujo regime, criticado por alguns, deve ser "melhorado" por novas leis do Poder Público e pela construção jurisprudencial. De modo geral busca-se um procedimento mais simples, sem custos e, possibilitando o acesso dessas empresas à recuperação. Há, contudo, um temor dos críticos. Há um temor de que o não cumprimento das regras específicas para a recuperação de microempresas e de pequeno porte possa intimidar os pedidos de recuperação em juízo pelo fato de que o magistrado terá que, necessária e automaticamente, convolar em falência, caso não seja viável a recuperação ou não cumprido os seus termos. Não há dúvida que a letra da lei é cruel. Mas a lei deve ser interpretada de forma teleológica; e tenho certeza que será minimizada pela jurisprudência. Ora só poderá haver convalidação em falência naquelas hipóteses em que ficar manifesta a inviabilidade da empresa, sua insolvência e sua impossibilidade de cumprimento das obrigações. Aplicar-se-á, sempre, os princípios da preservação da empresa, da proteção aos trabalhadores, da recuperação das

¹¹ Sempre é bom lembrar que no intuito de prestigiar o “crédito”, notadamente o financeiro, a lei mais uma vez relegou ao segundo plano os fornecedores, peça importante do sistema, mas que certamente serão mais afetados, pois quirografários.

sociedades, enfim, da salvação da micro e pequena empresa, que deve, sem dúvida, ser objeto de uma proteção, inclusive do Poder Público, especial.

12º - rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:

O relator, Senador Ramez Ribet, afirma que o objetivo é “punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam”. É o velho problema dos políticos que acham que uma pena mais pesada irá resolver os problemas sociais. O que precisa, isso sim, é ter um aparelho judicial apto a não permitir a sensação de impunidade.

OUTROS PONTOS QUE PODEM SER DESTACADOS:

Gostaríamos de destacar alguns tópicos que impõe uma interpretação diferenciada do antigo para o novo regime.

1. Descaracterização do conteúdo essencialmente "processual" do sistema falencial.

Antes, havia um procedimento a ser adotado. Na concordata, por exemplo - preenchidos certos requisitos -, era concedido o favor legal e o processamento seguia um rito, onde a participação do judiciário, notadamente nos questionamentos acerca da viabilidade da empresa, era minorado, sendo que as questões de fundo, relacionadas a preservação da empresa, eram formais, não substanciais.

2. Minimização do critério da impontualidade.

O critério da impontualidade impunha a decretação da falência. Hoje, o que interessa é a insolvência, ou melhor, as condições de recuperabilidade da empresa.

Newton de Lucca¹²: “É verdade que o critério da impontualidade, conforme se verá mais adiante, também foi adotado pelo projeto em exame, mas de forma atenuada, minimizando o caráter típico de meio de cobrança atualmente existente”.

“Afigura-se-nos inconsistente o preceito que autoriza ajuizamento do pedido de falência à ocorrência de uma simples impontualidade. (...) A cessação de pagamentos é simplesmente o início que a revela, mas não é senão um indício e o juiz não se atêm a ele para abrir os procedimentos coletivos quando a dívida não é paga. A cessão de pagamento é o sinal de alarme que atrai a atenção do juiz e o conduz a pesquisar porque o devedor pára de pagar. Se o magistrado encontra outros indícios (protestos, hipotecas, salários não pagos, demandas fiscais, efeitos de comércio avalizados, existência de títulos de favor), ele inferirá um clima geral de insolvência(...)”

Por isso entendo que a regra que impõe **automaticamente** a convolação em falência – especialmente para as pequenas empresas -, caso não aceita a recuperação ou não cumprido os seus termos, será minimizada pela jurisprudência, notadamente quando não houver uma situação clara e provável acerca da insolvência.

3. Minimização da participação do MP e do próprio magistrado.

Fábio Ulhoa Coelho¹³ lembra que o artigo 4º da Lei, que foi **vetado**, tinha a seguinte redação: “o representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência”; e no parágrafo único: “além das disposições previstas nesta lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta”. E ressalta: “Ele (MP) não atua mais em *toda* ação de que seja parte a massa; não mais tem o dever de se pronunciar *em qualquer fase do processo*. A inexistência, na lei atual, de uma previsão genérica implica que o Ministério Público só terá participação na falência ou recuperação judicial nas hipóteses especificamente apontadas na lei (por exemplo: arts. 52, V, 99, XIII, 142, §7º, 154,§3º,

¹² A Reforma do Direito Falimentar no Brasil, RDIE – n.4, p. 23.

¹³ Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, Saraiva, 2005, p.29.

etc.). Em suma, a promotor de justiça não tem mais, na falência, as mesmas extensas incumbências que lhe haviam sido dadas pela Lei de 1945.”¹⁴

Fazio¹⁵ chega a ponto de afirmar que "O pensamento que percorre toda a LRE estima que, quanto menor a interferência estatal via Administração Pública ou Poder Judiciário, maiores as chances de obter bons resultados. Legislação mínima, fiscalização construtiva e adoção responsável de mecanismos de mercado constituem o trinômio do sucesso na recuperação de empresas". Esse também parece ser o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho¹⁶. Tenho sérias dúvidas de que esse posicionamento amorfo do judiciário deve ser seguido. Em minha opinião, deve prevalecer uma atuação decisiva do magistrado, especialmente no que diz respeito ao instituto da recuperação judicial que representa a grande novidade no sistema falencial.

4. Novo liberalismo – a questão da participação do judiciário:

Para esses defensores de uma interpretação de ideologia liberal, não é o judiciário ou a lei que irá conceder ao insolvente o direito à recuperação. É o mercado, isto é, a Assembléia geral de credores que deve decidir sobre sua eventual concessão¹⁷. Incumbe, pois, aos credores dar ou não o sinal verde para a recuperação. Pela regra, ou apresentam um plano alternativo ou rechaçam a proposta. Dentro dessa ótica a posição do magistrado é simplesmente homologatória, de fiscalização. Homologar não quer significar dizer amém. É participar. A própria lei prevê uma atuação decisiva do magistrado para a hipótese de o plano promover tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos (art. 161, parágrafo segundo) O magistrado deve, bem assessorado, verificar se a empresa é realmente viável. Depois, deverá analisar se o plano de recuperação é adequado e preserva o interesse coletivo, e dos hiposuficientes no processo. Ora, basta lembrar que o voto de cada credor é proporcional ao valor do seu crédito, o que pode abrir

¹⁴ Essa posição de intervenção “limitada” do MP já está tendo seus efeitos práticos: a Folha de São Paulo do dia 22 de junho de 2005 traz a seguinte notícia: “Promotor do Rio quer poder ver processo da Varig. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro entra hoje com mandado de segurança contra o juiz Alexander dos Santos Macedo, da 8ª Vara empresarial carioca, que julgará a recuperação judicial da Varig, para que o magistrado dê acesso aos autos do processo da companhia aérea. Segundo o Ministério Público, o juiz não permitiu que um promotor visse o processo.”

¹⁵ Ob.cit. p.112.

¹⁶ Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, Saraiva, 2005.

¹⁷ Não no caso das micro e pequenas empresas.

espaço para os maiores credores engolirem os menores. Só para se ter uma idéia, existe uma liberdade absoluta no que diz respeito ao plano de recuperação, onde até a ordem classificatória (art. 83) pode ser alterada, muitas vezes em detrimento de alguma classe de credores. Aliás, essa questão da possibilidade de alteração da ordem classificatória tem sido vista por muitos como “imexível” uma vez que se tratar de norma de ordem pública. Mas, afinal, qual o interesse público que deve predominar?: o interesse da preservação do crédito, externado pela “vontade dos credores” ou o interesse da classe trabalhadora ou mesmo a preservação do interesse dos minoritários, numa alusão ao princípio da *par conditio creditorum*. E como já foi disse alhures, o conceito de interesse público é um “cavalo de Tróia”, ou seja, cabe tudo dentro e permitirá, dependendo da ideologia ou preponderância de determinado princípio, albergar ou vedar a alteração da ordem de classificação.

Por isso é que entendemos que o magistrado não terá uma função meramente homologatória. A sua atuação, ao contrário, será de plena cognição.

No sistema anterior, tipicamente processual, havia um favor legal à concordata. Agora, dizem os doutos que há um favor creditício dos credores que o juiz apenas homologa. Os credores, que tem o poder de disposição, estariam outorgando um favor e dessa forma não caberia ao judiciário intervir. Essa é a idéia do texto e é a interpretação corrente.

Sem dúvida que temos uma nova concepção do instituto de recuperação. Na concordata, aos credores era praticamente imposta uma proposta dilatória ou remissória. Agora, não. A proposta será ou não aceita pelos credores. Antes, pela concordata pedia-se um novo crédito. Agora, esse novo crédito só ocorrerá se a empresa for viável. Senão o caminho será a falência. Na verdade, o processo de recuperação, tanto judicial como extrajudicial, é uma intervenção na empresa do devedor, **a pedido deste**. Mas essa viabilidade, que será externada pelo plano de recuperação, deve passar pelo crivo crítico e decisivo do magistrado.

5. Ampliação da legitimidade para o aproveitamento do processo falencial (e de recuperação):

Na esteira da teoria da empresa, o novo código civil definiu os conceitos de sociedade empresária, sociedade simples e do empresário que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a proteção ou circulação de bens e serviços. A lei de falência e recuperação abrange esse conceito e enquadra, corretamente, as empresas informais.

Se o agente econômico – pessoa física ou jurídica - exercer atividade econômica com lucro, seja ou não organizada, poderá utilizar a lei.

Waldo Fazzio, por exemplo, não admite a recuperação de empresas de sociedades ou pessoas físicas não organizadas, ou seja, não inscritas na Junta Comercial¹⁸. Tenho dúvidas a respeito do tema. Se se admite a falência de empresa informal, porque não permitir sua recuperação? Um dos planos da própria recuperação seria a formalização da empresa. Portanto, se existe no plano real, porque não viabilizá-la, formalizando-a e recuperando-a? É algo a ser mais bem estudado.

Estão excluídas da recuperação e falência, a exemplo do que acontecia no regime anterior: cooperativas, empresas públicas, de economia mista, instituições financeiras, consórcios, previdência, Unimed, seguradoras, etc.

6. Minimização do princípio *par conditio creditorum*:

O Estado é preservado. Certos credores privilegiados. Os empregados desprestigiados. A igualdade é mantida só para os de classe inferior.

7. Não aplicação das novas regras às falências e concordatas em curso:

O art. 192 da Lei disciplina o assunto, deixando muito claro que os processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente não terão a aplicação das novas regras. Contudo – e isso é importante – o concordatário poderá solicitar a recuperação judicial, independentemente

¹⁸ Ob.cit. p. 56.

do estágio e da situação que se encontrar a concordata. Há uma exceção, injusta e descabida, que é a de extensão desse pedido de recuperação às microempresas e empresas de pequeno porte.

Outro aspecto que chama a atenção diz respeito ao processamento, pelas regras da nova lei, de falências requeridas antes da vigência, mas que foram **decretadas após a entrada em vigor** da nova lei. A idéia do legislador, sem dúvida, é fazer um divisor de águas do antigo e do novo. Isso tem importância relativa, visto que na prática temos inúmeros casos de flexibilização da lei de falências e concordatas, onde o procedimento de venda de ativos, de recuperação judicial foi admitido pelo judiciário.

8. Aplicação subsidiária do CPC. A lei antiga não previa (art. 189).

9. Alteração da classificação dos créditos na falência:

- a) créditos trabalhistas, limitados a 150 SM por credor (e acidentes de trabalho);
- b) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; Art. 1.419 e ss do CC: penhor, hipoteca e anticrese.
- c) Créditos Tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
- d) créditos com privilégio especial; Art.964 do CC.
- e) créditos com privilégio geral; Art. 965 do CC.
- f) créditos quirografários;
- g) multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- h) créditos subordinados. Inovação da lei de falências: a) debêntures sem garantia real; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

A LRE deixa claro que os créditos com privilégio (e que há interesse particular) têm preferência, inclusive com relação ao fisco. A justificativa é a seguinte: contribuirá para a ampliação do acesso ao crédito e a diminuição do seu custo.

Crédito tributário compreende também os previdenciários, parafiscais e contribuições, independentemente de sua natureza e tempo de constituição.

10. Identidade quanto aos princípios do juízo concursal:

- a) unidade
- b) indivisibilidade
- c) universalidade

Tanto na recuperação como na falência o juízo será único. Não altera a regra atual. As reclamações trabalhistas continuarão sendo processadas na JT, sendo que o administrador deve ser intimado e participar. Com os créditos tributários a mesma situação. Ações propostas contra a empresa antes da declaração ou da recuperação ficam suspensas até o encerramento da recuperação ou falência.

Essas rápidas anotações, apesar de superficiais, visam transmitir o que representa a espinha dorsal objetivada pela reforma do direito falimentar no Brasil, que deve ser prestigiada, mas vigiada, não deixando ser levada, sem um mínimo de controle, pela mão do mercado.

BIBLIOGRAFIA:

COELHO, Fábio Ulhoa, **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato, **Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

OLIVEIRA, Celso Machado de, **Comentários à nova Lei de Falências**, São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LUCCA, Newton de, **A Reforma do Direito Falimentar no Brasil**, RDIE, nº 4, jul-ago-set/2003, p.19.

REQUIÃO, Rubens, **A crise do direito falimentar Brasileiro – reforma da lei de falências**, Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, nº 20, p. 199.

ALONSO, Manoel, **Nova Lei de Falências**, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº 14, p.279.

MACHADO, Rubens Approbato, **Recuperação da empresa**, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº 14, p.23.

ALVES, Rui Fernando Ramos, **Recuperação de empresas, falências e concordatas no Brasil**, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 24, p. 77.