

MARCELO ALVES MUNIZ

**O TRATAMENTO DAS OPERAÇÕES EXCLUÍDAS DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NOS
AMBIENTES ECONÔMICO E JURÍDICO.**

Curso de Especialização em Direito Empresarial

COGEAE - PUC/SP

Maior/2013

MARCELO ALVES MUNIZ

**O TRATAMENTO DAS OPERAÇÕES EXCLUÍDAS DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NOS
AMBIENTES ECONÔMICO E JURÍDICO.**

Monografia apresentada à Coordenadoria
Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE
– PUC -SP, como exigência para
conclusão do curso de especialização em
Direito empresarial sob a orientação do
Professor Manoel de Queiroz Pereira
Calças.

Curso de Especialização em Direito Empresarial

COGEAE - PUC/SP

Maior/2013

SINOPSE

O presente trabalho, busca apresentar os elementos que revestem a discussão entorno do artigo 49 e sua combinação com o artigo 86, ambos da lei 11.101 de 2005.

Para tanto por meio de uma análise digressiva, analisaremos o histórico da fidúcia, a qual resguarda a existência das garantias de cessão fiduciária e alienação fiduciária, analisaremos ainda a sistemática das operação de arrendamento mercantil (leasing) e adiantamento ao contrato de câmbio (ACC).

Para tanto, tentou-se de modo imparcial, alocar os dois posicionamentos existentes na discussão acerca do tema, apresentaremos no decorrer do trabalho o tratamento e o posicionamento da construção jurisprudencial acerca do tema.

Devido à alta carga econômica do tema e da legislação recuperacional, apresentaremos o posicionamento econômico sob a citação e interpretação de autores renomados da área.

Por fim, temos que para conclusão do trabalho, será a compreensão do leitor a cerca de sua importância, identificando os motivos que levaram a edição da norma recuperacional pelo legislador de 2005 nos moldes atuais, iremos ao longo da dissertação nos filiar a dada corrente, porém buscou-se a isenção, apresentando os argumentos que legitimam ambos os posicionamentos doutrinários.

Agradecemos a atenção e entendemos ter alcançado o objetivo, se conseguirmos despertar a reflexão sobre o tema.

Boa leitura.

DEDICATÓRIA

O presente trabalho é dedicado a toda minha família, em especial: aos meus pais: João Cleofas Muniz Guerra e Lucila Maria Alves de Oliveira Muniz, ao meu irmão Eduardo Alves Muniz, a minha avó Francisca das Chagas Oliveira e ao meu tio Lino Malta de Oliveira filho. Chegar até aqui foi difícil, porém sem o apoio de vocês teria sido impossível. Muito Obrigado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos que tanto me apoiaram, incentivaram e possibilitaram a continuidade dos meus estudos: Aline Mirna Barros Vieira; Daniel Bushatsky; Danilo Fujita; José Henrique Paiva; Juraci de Barros Rodrigues; Renato Costa Machado; Sabrina Solak Gonçalves, e, dentre tantas outras pessoas que me apoiaram nesta jornada e que tenho certeza, estão felizes por ter cumprido mais esta etapa. Muito Obrigado.

Agradeço ainda aos advogados Dr. Ernesto Antunes de Carvalho e Dra. Gilma Márcia Araujo, espelhos da atuação na advocacia, pelo incentivo, confiança e a possibilidade de vivenciar na prática da advocacia a experiência árdua de um processo recuperacional. Muito Obrigado.

In memoriam de Maria Lindete Ferreira Lima

SUMÁRIO

Introdução.....	1.
1. Origem histórica do negócio fiduciário.....	1.
1.1. Da evolução histórica da lei de recuperação e falências.....	9.
1.2. Da evolução histórica da falência e meios recuperacionais no ordenamento jurídico nacional.....	15.
1.2.1. Do surgimento da lei de recuperação de empresas e falências.....	25.
1.2.1.1. Sobre os princípios que norteiam a lei 11.1101 de 2005.....	30.
1.2.1.1.2. Da função social da empresa.....	30.
1.2.1.1.3. Da preservação da empresa (viável).....	35.
1.2.1.1.4. Da paridade de credores (pars conditio creditorum).....	44.
2. Análise sobre as operações excepcionadas ao regime da recuperação judicial.....	52.
2.1. Sobre a garantia de cessão fiduciária.....	52.
2.1.1. Sobre a garantia de alienação fiduciária.....	60.
2.2. Sobre o arrendamento mercantil.....	66.
2.3. Sobre o adiantamento ao contrato de câmbio.....	70.
3. Reflexos da aplicação do artigo 49 nos ambientes econômicos e empresarial, houve a prometida redução dos “ <i>spreads</i> ”?.....	80.
4. Conclusão.....	93.
5. Referências bibliográficas.....	98.

Introdução

1) Origem histórica do negócio fiduciário

Devido ao conteúdo histórico que se encontra arraigado a origem do negócio fiduciário não se tem com precisão o momento histórico de seu surgimento.

É certo porém que á época de Justiniano já existia menção na tábua sexta que remetia a ideia e efeitos presentes no negócio fiduciário, como expomos: “se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem por força de lei” (*quuuun nexum faciet mancipiumque, UTI língua muncupassit, ita jus esto*), como exemplifica Álvaro Villaça Azevedo em citação de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe.¹

Em sua origem a fidúcia foi sistematizada em duas espécies, sendo: “fidúcia cum creditore” e “fidúcia cum amico”, a diferença entre ambas reside na sua destinação e no fato que se objetivava com o empenho da obrigação.

¹RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *in*. GARANTIA FIDUCIÁRIA. 3 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. Pg. 23.

Entendemos que se aproxima em muito de nossa realidade a “fidúcia cum creditore”, a qual consistia na transferência da posse e propriedade do bem do fiduciante, ora devedor ao fiduciário, ora credor, como exemplifica Luiz Augusto Beck da Silva:

“...aqui o devedor, por força do contrato, transferia a propriedade da coisa ao credor, em garantia do pagamento de um débito, comprometendo-se o credor a retransmitir (pactum fiduciae) a propriedade ao devedor após o recebimento do que lhe era devido...”²

Ao passo que a “fidúcia cum amico” tinha por escopo a transferência da posse e propriedade a terceiro para este realizasse a guarda e manutenção do respectivo objeto se obrigando a devolver com a chegada do termo fixado entre as partes, ao que ensina o Professor Cesár Fiuza:

“...Na “fidúcia cum amico”, uma pessoa, o fiduciante, entregava a coisa, em confiança, a um amigo, a fim de, por exemplo, proteger-se de alguma situação inconveniente, como uma guerra ou algo assim. Podia ser o caso também de, querendo deixar bens a uma pessoa que não os podia herdar, transferisse-os a um amigo na confiança, na confiança de que este os entregaria ao beneficiário...”³

² SILVA, Luiz Augusto Beck. *In*. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 3. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1998. Pg. 6

³ FIUZA, César. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Ed. Aide. Rio de Janeiro. 2000.

Entretanto ambos institutos foram desprestigiados em prol da utilização de outros institutos como a hipoteca, penhor e anticrese, os quais melhor atendiam aos interesses dos negociantes, ao menos do devedor, pois não lhe desapossam, fato que possibilitava ao empresário capitalizar sua empreitada com a utilização de seus próprios meios de manufatura, como máquinas e outros insumos. Sob o ponto de vista do credor, com a implementação dos, até então, novos institutos este obtia para si o gravame de sua garantia por meio de registro em cartório, para que na concretização da hipótese de inadimplemento, realizasse a excussão da garantia prestada, por meio de ação executiva, situação que se mostra similar até os dias de hoje.

Porém e mesmo considerando a garantia prestada, seja ela hipoteca, penhor ou anticrese, a sua efetividade era restrita ante a morosidade na satisfação da obrigação subjacente.

Em contraponto a esta realidade e verificando que muitas das vezes credores e devedores que contratavam as garantias, não queriam materializar a propriedade ou posse dos bens e sim buscam o correto cumprimento da obrigação originária, a prestação do objeto em garantia simboliza por si só, meio de compelir o devedor ao cumprimento efetivo da obrigação, bem como a sensação de segurança e conforto ao credor, pois em havendo inadimplemento, seu direito creditório não será de todo perdido.

Em observância a tais fatos, desenvolveu-se por meio de

aperfeiçoamento das figuras da “fidúcia cum creditore” e “fidúcia cum amico” novas modalidades de negócios fiduciários, aos quais por meio da lição do Advogado Melhim Namem Chalhub⁴, destacamos: a) Venda com escopo de

⁴ No negócio fiduciário para garantia tem-se um contrato acessório, na medida em que o fiduciante transmite ao fiduciário um bem ou direito para garantia do cumprimento de uma obrigação, facultando-se a esse credor, em caso de mora do devedor, a satisfação do seu crédito mediante a utilização do bem ou direito, geralmente mediante venda em hasta pública. Observa Francesco Ferrara que por, esse pacto o credor fica obrigado à retrocessão do direito ao alienante, sendo certo que essa operação “não deve considerar-se como uma *datio in solutum*, mas sim como uma garantia acessória do mesmo crédito, contida na forma jurídica mais ampla da transferência do domínio. Aspecto relevante na venda com escopo de garantia diz respeito ao preço. Como é sabido, os elementos essenciais da compra e venda são a coisa, o preço e o consenso, sendo o preço a contraprestação do comprador. Tem o preço as seguintes características, segundo Carvalho Santos: “Três requisitos pedia o preço, no Direito antigo: devia ser *certum, justum e verum*, ou seja, certo, equivalente e verdadeiro. Vale dizer: não podia ser incerto, tendo que ser ao menos determinável, nem tampouco irrisório nem fictício, porque isso desvirtuaria o contrato, tal como é concebido.” (...) Em relação a cessão fiduciária o Dr. Melhim Chalhub destaca: “Uma das hipóteses mais comuns de negócio fiduciário é a cessão fiduciária de crédito, para fins de garantia, de cobrança ou mesmo de compensação, todas elas largamente utilizadas no sistema financeiro (...) Por meio da cessão, o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo apenas do *quantum* correspondente ao seu crédito, ou retendo o produto recebido até que o devedor-cedente pague sua dívida (...) Considerando o negócio fiduciário para fins de administração o doutrinador Melhim Chalhub citando Messina, ensina que: “Exemplificando essa hipótese de negócio fiduciário, Giuseppe Messina refere-se à pretensão de “A” de conceber a “B” poderes para administrar seus bens, mas, não considerando suficientes os poderes de um mandato, transmite a “B” a propriedade; depois de atingido o objetivo de “A” ou depois de removida a causa que impedia “A” de implementar tal administração, como por exemplo, uma viagem que o impedisse de cuidar dos bens, então “B” deverá restituir a propriedade dos bens, prestando contas e respondendo por sua gestão. O negócio fiduciário de administração se faz propiciar ao fiduciante, ou ao beneficiário, a conservação, administração ou exploração de um bem ou direito de propriedade do fiduciante, propiciando-lhes melhor aproveitamento; opera-se a transmissão da propriedade para facilitar ao fiduciário a administração, com a flexibilidade e celeridade que exigem os negócios de modo geral (...) Tratando sobre o negócio fiduciário para recomposição de patrimônio, o autor informa que: “Está compreendido no negócio fiduciário para fins de administração. Trata-se da hipótese em que uma pessoa, tendo seu patrimônio onerado, mas não sendo insolvente, transfere-o a outrem, para que o recomponha, uma vez que ele, o titular do patrimônio, não se sente em condições pessoais ou técnicas de promover essa recuperação. Alcançada a recomposição, o fiduciário restituirá a propriedade ao fiduciante. Por derradeiro o causídico ensina sobre a cessão fiduciária para fins societários, citando que: “É a hipótese do acionista de sociedade anônima que, por qualquer razão, julga inconveniente dar, pessoalmente, votos de desconfiança aos administradores e, por isso, atribui a outra pessoa esse encargo, transmitindo-lhe a titularidade fiduciária das ações. A permissão para negociação fiduciária de ações inspira-se no princípio de que os negócios fiduciários, como instituto de ampla aplicação, abrangem a transmissão de bens ou direitos, bem como a assunção de obrigações abstratas. É uma das hipóteses de negócio fiduciário para fins de administração, que se ajusta ao

garantia; b) Cessão fiduciária de crédito; c) Cessão fiduciária para fins societários; d) Negócio fiduciário para fins de administração; d) Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio.

Na esfera contratual o gênero negócio fiduciário, independente de sua espécie deve ser analisado ou pela premissa de se tratar de negócio jurídico causal, oneroso e bilateral, a doutrina tradicional rotulava os negócios fiduciários como “negócios encobertos”, isto devido a fidúcia transvestir um segundo negócio jurídico, ou seja, sempre eram os elementos fiduciários utilizados na garantia do cumprimento de uma segunda obrigação, o que não significa dizer que o elemento fiduciário se iguala a simulação ou fraude, esclarecendo a presente questão o Mestre Pontes de Miranda⁵ ensina:

“...Pois que há duas relações jurídicas pelo menos, a primeira pode ser causal ou abstrata; a segunda, que é a de outro fim, é sempre causal. Qualquer exigência de ser causal a primeira é falsa e importaria em conceberem compra-e-venda, doação e outros negócios jurídicos causais

conceito da *fidúcia cum amico*, pela qual o acionista-fiduciante transfere a titularidade das ações ao fiduciário, estabelecendo com este as condições em que deverá exercer essa titularidade e restituí-la após a consecução da finalidade. (...) A caracterização atual da cessão fiduciária de ações do capital de sociedade anônima, regulamentada no direito positivo, como ocorre à luz dos arts. 40. 100 e 113 da Lei 6404 de 1976, contempla amplo tratamento dessa modalidade de contrato, inclusive com o estabelecimento de restrições à titularidade do fiduciário; com fundamento nessa lei, o direito de voto do fiduciante fica preservado, mas restringe-se sua exequibilidade, nas condições que o contrato estipular, ao dispor que “o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato”.

⁵ PONTES DE MIRANDA *in* TRATADO DE DIREITO PRIVADO – parte geral – tomo III. 4 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983. Pg.122.

como abstratizáveis. Se fosse isso possível, estar-se-ia, nos negócios jurídicos fiduciários, bem perto (se não já) da classe dos negócios jurídicos com simulação. Exatamente naqueles não se mostra ser jurídico negócio que o não é, nem se quer um fim em vez de outro: querem-se dois fins, ou quis-se o negócio jurídico abstrato e algum fim que não se insere nele, isto é que não o enche, fazendo-o causal...”

No mesmo sentido, porém conceituando a alienação fiduciária, como espécie do gênero negócio fiduciário o Professor Orlando Gomes⁶ indica:

“Alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la (...) Trata-se de negócio jurídico autônomo, da espécie dos negócios de garantia, com traços originais sem embargo de ser tido como especial modalidade do negócio fiduciário...”

Atualmente e considerando a velocidade exigida pelo mundo comercial atual, as garantias fiduciárias têm ocupado predominante a categoria de garantia a ser utilizada para garantia do pagamento de um crédito concedido, isto em grande medida pela relativa e simples formalização e que se mostra ainda atrativa pela rápida excussão da garantia, caso ocorra o inadimplemento da obrigação que deu azo a constituição da garantia. Neste sentido nos apoia a lição

⁶ GOMES, Orlando *in* CONTRATOS, 12 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1993. Pg. 520.

do Ministro José Carlos Moreira Alves⁷ que preleciona citando o artigo 2 do Decreto lei 911:

“... No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver” (...) e comenta: Vencido o débito e não solvido pelo devedor ou pelo terceiro garante, a propriedade fiduciária não deixa, por isso, de continuar resolúvel até que, com a venda a terceiro, do bem alienado fiduciariamente, ela se extinga. Mesmo na hipótese de inadimplemento absoluto, em que não poderá ocorrer o pagamento, verificar-se-á a “*condictio iuris*” a que está sujeita a resolubilidade da propriedade fiduciária, se o credor renunciar a garantia. Em se tratando de inadimplemento relativo, além da renúncia, poderá haver a purgação da mora no caso do parágrafo 2 do artigo 3 do Decreto-lei 911 ou com aquiescência do credor.”

A possibilidade de rápida excussão da garantia, tem levado os entes concedentes de empréstimos, seja mútuo ou comodato, a utilizar em maior escala a garantia fiduciária em detrimento de outras modalidades de garantias, a exemplo a hipoteca e o penhor, vale sinalizar que parte da preferência da garantia

⁷ ALVES, José Carlos Moreira *in* DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 3 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1987. Pg. 212 a 214.

fiduciária em detrimento de outras garantias, tem-se pela sujeição dessas últimas aos efeitos da recuperação judicial, ao passo que as operações garantidas pelo negócio fiduciário não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, conforme inteligência do artigo 49⁸ parágrafo 3 da lei 11.101 de 2005, são fatos que tem motivado a predileção pela garantia fiduciária.

É válido frisar que causa que possibilita a rápida excussão da garantia fiduciária é motivada pela natureza do contrato que a diferencia dos outros tipos de negócio em garantia, como o são a hipoteca e o penhor, em comparação com estes dois últimos tipos a maior diferença entre os institutos se apresenta no ato de formalização de garantia, sendo que na garantia fiduciária no ato da celebração o devedor, ora fiduciante transfere a propriedade resolúvel do bem ao credor, ora fiduciário, mantendo em poder do fiduciante a posse direta do bem e não mais a propriedade do bem, ao passo que nos outros tipos de garantia como a hipoteca e o penhor, o que existe é uma declaração e instituição de ônus reais sobre o bem, o que em primeira análise não afeta o Direito de propriedade e sequer o exercício da posse direta do bem, neste sentido relembramos a lição do

⁸ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.(...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm última consulta realizada em 17 de fevereiro de 2013.

Professor Orlando Gomes⁹, que indica:

“...A realidade do penhor e da hipoteca consiste em conferir ao credor, sobre a coisa – objeto do penhor ou da hipoteca – um poder particular e dependente, em virtude do qual o titular pode apreendê-lo, se estiver em poder de qualquer terceiro para fazer valer aquela razão creditória e aqueles direitos de preferência a qualquer outro credor (...) Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição (...) Enquanto o penhor, a caução, a anticrese e a hipoteca são direitos reais de garantia constituídos na coisa alheia, eis que o devedor pignoratício, anticrédito ou hipotecário continua dono do bem dado em segurança, na alienação fiduciária transfere a sua propriedade ao credor.”

1.1) Da evolução histórica da lei de recuperações e falências

Necessária e profícua se mostra o exercício de estudo da origem e evolução que o instituto da recuperação de empresas e falências obteve ao longo do tempo.

⁹ GOMES, Orlando *in* DIREITO REAIS. 10 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1992. Pg. 324 e 333.

A origem do verbete falência advém do latim “*fallere*”¹⁰ palavra que sintetizava a ideia de enganação, locupletamento, falha ou omissão. Sob o enfoque jurídico falência sintetiza o fracasso do da atividade empresarial, provocada muitas vezes por situações supervenientes a atividade mercantil como s oscilações de um mercado, por descontrole e despreparo do empresário ou em situações extremas a falência é provocada por meios fraudulentos, por pessoas que utilizam o instituto para fraudar credores e passar incólumes a prestação de suas dívidas.

Tal procedimento provocou a pecha do instituto como se todo falido fosse um criminoso uma pessoa que busca enganar a todos, decerto não se pode generalizar ou rotular todas as pessoas acometidas pelo rótulo “falido” como sinônimo de criminoso.

Consideramos que a melhor análise da condição do falido advém da maturidade da sociedade que busca explicações sobre os motivos do acometimento da falências, elucidando suas causas, neste sentido está a lição de Carvalho de Mendonça¹¹ que indica:

¹⁰ Para De Plácido e Silva em seu clássico Vocabulário Jurídico. Falência (..) Na técnica jurídico-comercial, veio substituir o sentido de falimento, empregado propriamente para indicar o ato de falir, a insolvência comercial ou a bancarrota. Traz consigo o mesmo sentido de quebra, vocábulo então usado pelo primitivo Código Comercial brasileiro. Sem fugir do sentido etimológico, falência é falta de cumprimento à obrigação assumida, ou o engano do devedor ao credor pelo inadimplemento da obrigação em seu vencimento. Assim, no conceito em que é tido no Direito Comercial, significa, pois, o estado ou a situação do comerciante que falhou nos pagamentos de obrigações líquidas, a que estava vinculado. Entende-se, portanto, a falha de cumprimento exato da obrigação mercantil exigível no dia de seu vencimento. Ou se revela pela prática de atos ruinosos, que possm levar o comerciante a esta falta. (...). De Plácido e Silva. (atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves). 15 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1999. Pg. 345.

¹¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *In* Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 7 ed. Freitas Bastos.

“...Apreciada sob o ponto de vista rigorosamente econômico, a falência é o efeito da função anormal do crédito. Ela designa a situação daquele que tendo recebido uma prestação, não dispõe de valores realizáveis suficientes para satisfazer, no momento exato, a contraprestação a que se obrigou. Falta com o prometido, não cumpre a palavra quem se encontra nessa posição. O devedor que empregando meios fraudulentos ou ruinosos, continua a manter os seus compromissos, denuncia, não obstante, a impossibilidade de executar regularmente as suas obrigações, dá a conhecer a real situação que procura ocultar ou disfarçar, revela também a função anormal do crédito. As normas do direito material, processual e penal que disciplinam esse fenômeno econômico em utilidade pública para a defesa do crédito, constituem o instituto da falência sob o ponto de vista jurídico (...) Bancarrota não é expressão hoje adotada em nosso direito. No código criminal de 1830 era empregada para designar a falência fraudulenta. O código comercial publicado em 1850, banuiu o vocábulo. No direito francês, no belga, no italiano e em outros aquela palavra é reservada à falência em que se prova culpa ou fraude do devedor. No direito inglês, e no direito norte americano, bancarrota (bankruptcy) equivale a expressão falência.

Decerto que o tratamento legal da situação de falência evolui com o tempo, em um breve exercício veremos que principal distinção entre o vigente sistema falimentar e aquele que vigia na Idade média é o escopo no tratamento da pessoa física do falido, se no passado as penas eram direcionadas a

liberdade e até a integridade física do falido, objetivando aqui a exemplificação a sociedade, hoje o que se busca é a tentativa de se minorar ou afastar o prejuízo do credor.

Por óbvio que tal evolução levou em conta não só a situação do credor, mas sim e acreditamos que em primeiro lugar buscou-se garantir ao falido um tratamento condizente ao princípio da dignidade humana.

Correto sintetizar que o escopo da mudança seja a forma de incidência da execução de dada dívida, se ao tempo de Justiniano a execução do devedor tinha um caráter pessoal e este por muitas vezes poderia perder a sua capacidade civil ou até mesmo a culminação de sua morte, com a modernização do instituto falimentar e, por conseguinte evolução, da sociedade, o escopo passou a se voltar não mais sobre a pessoa física do devedor e sim sobre o patrimônio deste, evidenciando uma prestação jurisdicional mais efetiva, quando se apresenta a possibilidade de satisfação e devolução do crédito tomado em confiança.

A par desta exposição Sampaio de Lacerda¹² sistematiza a evolução histórica do instituto da falência em ao menos três grandes períodos, assim considerados:

¹²LACERDA, J.C. Sampaio de. *In* Manual de Direito Falimentar. 13 ed. Freitas Bastos. 1996. Rio de Janeiro. Págs. 38 a 44.

a) Origem no direito romano; b) Idade média e c) O código Napoleônico, conforme sintetizamos a seguir: “...É no direito romano que surgem os primeiros princípios de execução (...) a obrigação recaia sobre o indivíduo e não sobre os seus bens. A pessoa do devedor constituía a garantia única dos credores. (...) Assim, o processo de execução em Roma, em sua primeira fase, se verifica de acordo com a manus intectio, uma das cinco ações da lei (...) A manus intectio processava-se da seguinte forma: em presença do magistrado o acusado poderia confessar sua dívida e no prazo de 30 (trinta) dias reparar seu dano . Se nesse caso satisfizesse a dívida, estaria findo o processo, como caso julgado. Se porém, deixasse de cumprir o compromisso dentro daquele prazo, dava-se então a manus intectio, isto é, a apreensão do devedor que deveria ser conduzido ao Tribunal (...) Haveria ai a possibilidade de aparecer alguém que quisesse evitar a apreensão do devedor, assumindo a responsabilidade da dívida (vindex) e desobrigando o devedor. Se pelo contrário ninguém se apresentasse como vindex, o credor poderia levar o devedor para casa (...) Ficava assim o devedor addictus do credor, isto é era ele adjudicado ao credor(...)

Em contraponto a realidade do direito romano, a metodologia de execução dívidas na Idade Média já possui como escopo a satisfação do credor por meio da execução de móveis do devedor, ou seja, o enfoque passa da pessoa física do devedor ao seus móveis, estando excluídos os imóveis, visto a atribuição do direito de propriedade aquela época. Decerto havia a imposição de mácula severa ao devedor ao que culminava com a sua exclusão ou redução de todos os seus direitos, o que na lavra de Sampaio de Lacerda¹³:

¹³Idem citação 10

“...culminava com a realização de esforços de toda natureza, lícita e ilícita, por parte dos devedores para satisfação do devido “...Em relação a condição jurídica do falido, certos estatutos o excluíam de todo e qualquer benefício, se não efetuasse o pagamento de suas dívidas dentro de um ano (Milão, Bolonha); outros o privavam do direito de cidadania, banindo-o da comunidade, estendendo aos filhos e herdeiros todas as consequências infamantes do devedor (Florença). Em França, o falido era, em algumas cidades, obrigado a usar o “boné verde dos forçados” a fim de que não se tornasse esquecido”.

Semelhante era a situação notabilizada pelo Código Francês, o qual construído com a colaboração de Napoleão Bonaparte tinha na figura deste a defesa para mecanismos de proteção a solvência bem rígidos se contraponto as ordenações de Colbert e pelos embates com o Conselheiro de Segur. No entendimento de Napoleão o sistema de proteção a insolvência deveria dotar de mecanismos que evitassem o enriquecimento do falido as custas de sua desventura e infortúnio de seus credores, este por sinal, deveria contar com o semblante pesaroso deixando clara a sua ruína. Certo que na reforma legislativa de 1838 e 1889 situações até então consideradas excessivas foram retiradas, entretanto ficaria conservado o espírito do Codex de 1808.

O pensamento Napoleônico contou sob forte influência da doutrina de Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, os quais defendiam que na origem da vida em sociedade não haveria a proteção do direito de propriedade, ou seja, logo conforme inspiração deste ideal, o concurso falimentar deveria se

voltar a medidas que visassem a satisfação do crédito devido pelo falido, prevalecendo a defesa da ordem pública.

Nesta linha citamos a lição do Professor Écio Perin Jr.¹⁴, o qual comenta:

“...Percebe-se, pois, nesse período pós-Revolução Francesa (1789) profunda influência do pensamento político de Hobbes e Rosseau, para os quais o direito de propriedade não era um direito natural, mas civil(...) Diante desse quadro do liberalismo (trinômio liberdade, igualdade e fraternidade), o Estado, através da lei e da força, tem o poder para dominar – exigir obediência – e para reprimir – punir o que a lei defina como crime. Seu papel é a garantia da ordem pública, tal como definida pelos proprietários privados e seus representantes...”

1.2) Da evolução histórica da falência e meios recuperacionais no ordenamento jurídico nacional

Uma vez considerado o ordenamento jurídico brasileiro como membro do sistema romano germânico, natural a influência das codificações dos países de origem europeia sobre a evolução da legislação falimentar nacional.

¹⁴ PERIN JR, Écio. *In*. Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas. 4 ed, 2011.Saraiva. São Paulo. pag. 35.

Todavia observara o leitor que a lei 11.101 de 2005 popularmente conhecida como de recuperações e falências, é um contraponto a sistemática romano-germânica visto a forte carga de influência da legislação norte americana na redação do atual diploma.

Em realidade ao analisar a lei de recuperações e falências, o leitor deve ter em mente que nosso arcabouço legal possui pouca ou permitam-me nenhuma tradição ao que se refere a cultural de recuperação de empresas, ainda estamos em situação embrionária, por vezes identificamos situações que são tidas como polêmicas e acaloradas discussões, as quais muitas vezes não se sabem qual o lado mais ponderado e correto.

Existe muito a se aperfeiçoar em termos de acultramento, a legislação atual concedeu inúmeros instrumentos capazes sim de socorrer empresas e empresários em situação periclitante, claro que tal situação se tem pela ausência de conhecimento de aplicadores, receio de “stakeholders¹⁵” e “shareholders¹⁶”, ao passo que a lei ainda carrega uma carga negativa muito grande, sem dúvida herdada da antiga concordata (Dec.Lei 7661 de 1945).

Somente com a análise histórica da legislação falimentar, poderemos ter a exata noção de como a novel lei recuperacional revolucionou o

¹⁵ “Stakeholders”, termo em língua inglesa, utilizado para denotar o grupo de pessoas que são influenciados pelas decisões da companhia e os quais não fazem parte direta da mesma.

¹⁶ “Shareholders”, termo em língua inglesa, utilizado para classificar o grupo de pessoas que são influenciadas pelas decisões da companhia e que diretamente fazem parte de seu ciclo, assim considerados funcionários, prestadores de serviços, acionistas.

ambiente não só daqueles que se dedicam a aplicação diuturna da lei falimentar e recuperacional, mas de toda sociedade, visto que o objetivo maior do legislador foi o de conferir uma maior segurança aos aplicadores do direito, isto quando consideramos a melhoria e atualização dos mecanismos legais, mais condizentes com a realidade da economia global; dos investidores, pois lhe são asseguradas formas e meios que garantem um melhor retorno do capital empregado na companhia; de toda a sociedade, vez que sem bem aplicada a presente legislação, que defendemos ainda está em fase de maturação, poderá sim, ser protagonista da redução do custo do crédito, da garantia de manutenção e conservação de postos de trabalho e por conseguinte uma melhoria no ambiente econômico, visto a possibilidade de aumento de arrecadação de impostos, aumentos ou conservação dos postos de trabalho e por conseguinte maior consumo, ou seja, um ciclo econômico mais sadio.

A experiência falimentar nacional teve seu início ainda na época do descobrimento, momento em que o Brasil se encontrava submetido a legislação portuguesa, inicialmente vigeu as ordenações Alfosinas até meados de 1521, oportunidade em que se deu a sua substituição pelas ordenações Manuelinas, estas com vigência até 1607 e revogadas pelas ordenações Filipinas, as quais já possuíam influência do Direito Italiano.

Porém somente em 1756 o direito falimentar nacional, começou a ganhar contornos mais apropriados e específicos do direito empresarial, como exemplo a destinação da falência, ou seja, somente poderia ser falido o empresário, previsão que distinguiu o sistema nacional do direito

falimentar de outros países, os quais ainda permitiam a falência da pessoa física, neste sentido nos apoiamos na lição de Luiz Tzirulnik¹⁷, o qual cita:

“Em 1756, o Marquês de Pombal promulga Alvará que impõem ao devedor (necessariamente comerciante, mercador ou homem de negócio) a obrigação de se apresentar à Junta do Comércio (...) Mandava o Alvará que, do produto arrecadado com os bens do devedor, 90% seriam repartidos entre os credores, e os 10% restantes seriam entregues ao próprio falido(...).

Este período entra em nova transição, com a independência do Brasil, o legislador optou por aderir ao sistema apregoado pelo Código Napoleônico, estando sujeita as novas leis brasileiras a influência das tendências francesas, fato que culminou com a edição do Código Comercial de 1850¹⁸ e contava com o capítulo “das quebras”, o qual foi alvo de várias reformas e desencadearam projetos de lei da autoria de Trajano Miranda Valverde, o qual não teve aplicação prática e fora aprimorado pelo projeto de lei elaborado pela comissão capitaneada por Alexandre Marcondes Filho, então Ministro da Fazenda, Joaquim Canuto Mendes, Luis Lopes Coelho, Hahnemann Guimarães e Filadelpho Azevedo, integraram a comissão responsável pela elaboração daquele que daria origem a uma nova lei de falências e seria popularmente conhecida como Decreto Lei 7661 de 1945.

¹⁷ TZIRULNIK, Luiz. *In*. Direito Falimentar. 7 ed. 2005. Revista dos tribunais, São Paulo. pag. 42.

¹⁸ Lei 556 de 25 de junho de 1850.

É válido citar que naquele momento o mundo vivia um instante particularmente delicado, nos encontrávamos no pós guerra¹⁹ e o Brasil que até então apoiou os Aliados em uma luta aparentemente contraditória pela democracia, contou a eleição do General Eurico Gaspar Dutra, a décima 14 eleição da história brasileira e a 12 eleição democrática.

Ainda economicamente o País ainda subdesenvolvido, passa a viver uma fase de novos investimentos, intitulada era desenvolvimentista²⁰, a qual apoiada em investimentos de infra estrutura e maior incentivo a indústria nacional e uma política de liberalismo econômico começava a preparar o Brasil para trilhar um caminho de crescimento, aliado a isto, surgiu a necessidade de atualização da legislação falimentar, até então vigente.

Sobre este período histórico, e mais específico sobre o decreto Lei 7661 de 1945, o notável advogado Trajano de Miranda Valverde²¹ cita que:

“O decreto-lei manteve e acentuou a tradição do direito brasileiro, filiado ao sistema latino, no sentido de que o instituto da falência é peculiar à classe dos comerciantes. Falido, só o comerciante pode ser, ou, falecendo

¹⁹ Alusão ao período histórico da segunda guerra mundial, mais em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei%20presidencial_no_Brasil_em_1945, último acesso em 06 de abril de 2013.

²⁰ Mais informações sobre o tema em HTTP://memorial.sp.gov.br/a_economia_brasileira_na_era_do_desenvolvimentismo.

²¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *In* Comentários á lei de falências. Vol.1. 4 ed. Forense. Rio de Janeiro. 1999. Pág. 5.

ele, o seu espólio. Como comerciantes, a nossa lei qualifica a pessoa, natural ou jurídica, “que faz da mercancia profissão habitual”(…) Posto que a qualidade de comerciante resulta da prática habitual de atos de comércio, ou, como diz o Código Comercial, só é reputado comerciante quem faz da mercancia profissão habitual, impõe-se, sem dúvida, a construção de comercialistas, deve ser “inteiramente legal”. É no entanto, o obstáculo com que se defrontam os comercialistas, qualquer que seja o sistema adotado pela respectiva legislação, já que nem a definição legal abrange toda a matéria, nem a enumeração taxativa esgota a série possível dos chamados atos de comércio(…) O nosso código comercial não definiu, nem enumerou os atos de comércio. Empregou, cautelosamente, no art. 4, o termo genérico “mercancia”.

Em sentido análogo, o Professor Rubens Requião²², analisa o período pela seguinte ótica:

“Em face do advento do estado Novo e da preocupação de ajustar a legislação nacional à filosofia política de fortalecimento dos poderes do Estado, cogitou-se da reforma de lei falimentar, entre outras reformas legislativas que então foram encetadas. Surgiu, conseqüentemente, o Decreto Lei 7661, de 21 de junho de 1945 de projeto elaborado pelos conspícuos juristas Profs. Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvio Marcondes Machado, Filadelfo Azevedo, Hannemann Guimarães e Luís Lopes Coelho. Esse diploma apresentou muitas inovações, reforça os poderes do magistrado, diminuindo a influência dos credores ; a concordata, tanto a preventiva como suspensiva, deixou de ser

²² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. Vol 1. 15 ed. Saraiva. São Paulo. 1993. Pág. 21.

um contrato, para se tornar um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto.

Acreditamos que seja válido comentar a lição do Professor Rubens Requião, pois ficará evidente ao leitor o fato curioso de o Dec. Lei 7661 de 1945 à época de sua promulgação era tido como uma legislação moderna e de fato o era e o foi.

Porém creditamos a sua inaplicabilidade aos dias atuais e a real necessidade do ambiente econômico que clamava (e ainda clama) por maior segurança nas relações entre os diferentes pólos de relação (credores e devedores; fornecedores, intermediadores e consumidores finais) ao fato da ação do tempo, tratou-se de um diploma com uma vigência superior a de mais de 65 (sessenta e cinco) anos.

Período de tempo em que muitas foram as mudanças nos hábitos da sociedade de consumo, bem como muitas foram as tecnologias lançadas e implantadas, fato que atingiu o nosso sistema jurídico, corroendo a eficácia do Decreto Lei 7661 de 1945, entendemos assim e nos filiamos a corrente que defende que o sistema jurídico não anda em consonância com a sociedade, aquele estaria a “um passo atrás”, ou seja a sociedade implementa novas mudanças, as assimila e as aplica e tão somente após este fenômeno o Direito regulamenta a prática, por vezes fora de contexto e de forma defasada, seja pela inoperância de nossos legisladores, seja pelo complexo sistema de análise, aprovação e promulgação de novas normas, inclui-se nesta questão a

participação e influência dos mais variados interesses, popularmente conhecidos como “lobbys²³”, os quais podem atuar em favor de dadas classes da sociedade, movimento que por vezes pode inflamar discussões e provocar retardos na tramitação de projetos.

O próprio Professor Rubens Requião²⁴ chama a atenção para o fator descrédito do Dec. Lei 7661 de 1945, senão vejamos:

“Desgastada no tempo, em atrito com novas realidades econômicas, sociais e políticas, a lei então vigente passou a merecer vigorosas críticas, impondo-se a necessidade de sua revisão. Na década de 70 o Ministério da Justiça esboçou alguns movimentos, no sentido de compor Comissão que a reformasse. Na verdade, somente a 24 de fevereiro de 1983 foi pela portaria número 0115, nomeado, pelo Ministro da Justiça, um Grupo de Trabalho composto pelos Drs. Rubens Requião, Antônio Luiz de Souza Rocha, Claudio Ferraz de Alvarenga, Antônio Jesus Marçal Romero Bchara, Albert Farjalla Bumachar e Alfredo Chicralla Nadder para “oferecer sugestões e elaborar propostas de documento legislativo disciplinador de Falências e Concordatas”.

²³ A expressão “lobby” segundo BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco *IN* Dicionário de política. Vol.1. Imprensa Oficial e UNB, 2004. São Paulo. pág.563. indica que “lobby” advém da expressão “lobbying” . como indica a própria expressão, trata-se de uma atividade, ou melhor, de um processo, mais do que uma organização. É o processo por meio do qual os representantes de grupos de interesses, agindo como intermediários, levam ao conhecimento dos legisladores ou dos “*decision makers*” os desejos de seus grupos. “*Lobbying*” é portanto e sobretudo uma transmissão de mensagens do Grupo de pressão aos “*decision-makers*”, por meio de representantes especializados (em alguns casos, como nos Estados Unidos, legalmente autorizados), que podem ou não fazer uso as ameaça de sanções.

²⁴ Idem citação 22.

Note o leitor o período de tempo levado entre a iniciativa de se alterar a legislação e efetivamente de se tomar providências neste sentido, prossegue o Professor em sua lição, lançando a atenção sobre o perigo de uma postura leniente de nosso Congresso quanto ao tratamento dos Projetos de Lei entregue pelas tantas comissões de juristas que são compostas, prossegue o Professor Requião²⁵:

“...O grupo de trabalho assim constituído deu início às suas atividades, considerando a imperiosa e urgente necessidade de se reformarem – em caráter de emergência – alguns dispositivos da lei, em face das facilidades que permitiam a consecução de fraudes. Essa ideia foi encaminhada de ofício ao Sr. Ministro da Justiça, indicando os preceitos da lei que mereciam urgentemente ser modificados. Em consequência, por mensagem governamental, foi remetida ao Congresso Nacional, que a acolheu integralmente, surgindo daí a Lei n 7274 de 10 de dezembro de 1984. O grupo de trabalho prosseguiu na sua tarefa, realizando-se diversas reuniões de estudos. Mas se impôs a alteração do Decreto-Lei 2279/85, por parte de iniciativa do Poder Executivo, encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem n 096/85, pois aquela lei sancionada “com equívocos de redação suscetíveis de gerar sérias consequências de ordem jurídica no que tange ao instituto da concordata. O projeto original, preparado no Ministério da Justiça com base em proposta formulada por Comissão expressamente constituída para rever a legislação falimentar brasileira, não acusa as graves imperfeições da lei 7274/84, donde a conclusão de que surgiram no curso da elaboração legislativa; a referida

Comissão jamais cogitou – nem teria sentido fazê-lo – de incluir nos sucessivos procedimentos previstos na tramitação do pedido de concordata preventiva os credores não sujeitos à concordata, visto como a lista a que se refere o artigo 159, parágrafo único, item V, apenas objetiva dar ao juiz elemento visualizador de todo o passivo, com vistas ao requisito do artigo 158, II, da Lei de Falências. Reside aí a principal impropriedade da Lei 7274/84 contida em diversos dispositivos (artigos 161, parágrafo 1, I e II; 169, II; 173, “caput”, e 175, parágrafo 2, I) 173, “caput”, e 175, parágrafo 2, I), que deveriam fazer remissão tão somente ao item VI do parágrafo único do artigo 159 e não como consta da Lei nos itens V e VI”

Diante da explanação do Professor Rubens Requião não fica difícil imaginar os tipos de pressões que o grupo de juristas responsáveis pela, elaboração da hoje lei de recuperações de empresas e falências suportou e quem o dirá as quais teve de ceder.

Certo dizer que a motivação dos “lobbys” (os quais, a bem da verdade pode sim ter uma atuação benéfica) acabam por provocar distorções e contradições no texto legal.

Em momento oportuno passaremos a analisar, ainda que superficialmente, a lei 11.101 de 2005 e poderá o leitor identificar situações de aparente choque na novel legislação.

Vale frisar que o presente exercício tende apenas a apresentar uma faceta de nosso processo legislativo, buscando este autor uma abordagem

isenta de posicionamento sobre determinada esfera de interesses do atual ambiente recuperacional, seja do ponto de vista dos administradores judiciais, dos defensores de credores, de membros do judiciário ou quiçá sob os aspectos das empresas ou empresários que experimentam a frágil situação da “crise”.

Acreditamos que a presente digressão seja válida para posicionar o leitor sobre o quão necessária se faz a existência de um Congresso Nacional com membros melhor tecnicamente qualificados e isentos.

1.2.1) Do surgimento da atual lei de recuperação de empresas e falências

Em um contexto em que a economia nacional clamava por mais investimentos e em contrapartida tal apelo era visto com reticência quanto a investidores locais e estrangeiros, face a fragilidade e ineficiências do arcabouço legal ante então existe e que muito privilegiava o devedor, com possibilidades a arquitetar fraudes e manipular e evitar pagamentos aos credores.

Neste cenário uma das normas tidas como problemáticas era o então vigente Decreto-Lei 7661 de 1945, o qual devido a criação de tecnologias, uma sociedade mais atuante e um ambiente comercial mais dinâmico, já não mais conseguia dar vazão as demandas negociais, bem como há muito não expirava

segurança naqueles que se aventuravam a investir no ambiente negocial, brasileiro.

Atento a esta realidade e ao que consta seguindo premissas do Banco Mundial, o Congresso Nacional tratou de editar projeto de lei inspirado na legislação norte americana, sob relatoria do Senador Ramez Tebet, surgiu o PL 71 de 2003, o qual após inúmeras emendas e pouco mais de 10 (dez) anos de tramitação, deu causa ao surgimento da lei 11.101 de 2005.

Em relatório²⁶ sobre a nova lei de falências, o Senador Ramez Tebet destacou que:

“...A proposição que originou o PLC nº 71, de 2003, foi trazida pelo Executivo à apreciação do Congresso Nacional em razão da relativa obsolescência da Lei de Falências, motivada por profundas alterações ocorridas no panorama econômico desde sua entrada em vigor em 1945. Seria de surpreender que diploma tão longo ainda fosse capaz de reger a complexa temática da insolvência e da falência. (...) Em resumo, o quadro econômico, político e social mudou dramaticamente. A realidade bem-comportada do pós-guerra verdadeiramente explodiu numa miríade de

26

Disponível em:
<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:C1Llfc7OACoJ:www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t%3D58951+relat%C3%B3rio+ramez+tebet+lei+de+fal%C3%Aancias&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESiRBKjtNcBDEO0v-IWgQdTISX3S9PEuygZjsyOlxhmUp03qIENjuHLIbG2-MLvqWjlzuaNO7HNMLKrR2KCdU2EbCPJqIn2fvhJ0ZpEs11UDe4dxgpYFxVJzKQYVfviNPAmUAkt8&sig=AHIEtbSpa-7nLg8qZyRFIFp7oUxqyoljVw;>
http://www.conjur.com.br/2004-mai-04/comissao_senado_aprova_texto_lei_falencias?pagina=6; Último acesso em 10 de abril de 2013.

novas estruturas sociais e econômicas cujas fronteiras são imprecisas e de caráter ainda pouco definido. A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade...”

Acreditamos ainda que em um contexto de economia globalizada, vive o país uma constante competição com outros países do mundo, os quais poderão receber ou não determinados investimentos, se há malefício na postura de investidores, com certeza há.

Porém temos de maduros para entender que quanto maior o aporte de investimentos em nosso país, maior produção, maior geração de riquezas e por conseguinte criação de postos de trabalho e assim maior diminuição (e quem sabe a erradicação) do desemprego, pobreza e fome.

Deste modo, como nação queremos sim, receber investidores, os quais como moeda de troca pretendem ao menos, a segurança de que caso, no exercício de sua atividade de risco, poderá lançar mão de meios capazes de proteger o patrimônio investido.

Neste contexto surgiu a reformulação da lei falimentar brasileira, que significativamente avançou e muito e ao que alguns dizem, a ponto da sociedade ainda não estar preparada para os seus avanços e defenderem de certo a imposição de limitações.

Críticas a parte, entendemos que a legislação, atual é boa, representou avanço e influenciou positivamente o ambiente econômico, se haverá o descrédito e reticência quanto ao diploma, isto é algo que dependerá de todos os envolvidos na aplicação do texto legal, ou seja, credores, devedores, advogados, administradores judiciais, promotores, juízes e claro, toda a sociedade.

A atual legislação representa da ótica de seus aplicador, uma quebra de paradigmas, ao passo que se tornou muito mais permissiva quanto as possibilidades que até então eram apresentadas pelo Dec.Lei 7661 de 1945, tirando assim a autonomia sobre a concessão do período de reorganização das mãos do Juiz e entregando tal faculdade aos reais interessados e impactados na situação de crise da empresa, ou seja, os credores, assim considerados; trabalhadores, investidores e fornecedores.

Como já destacamos em artigo publicado no Jornal Valor Econômico²⁷, a novel legislação tem a difícil missão de conciliar os interesses

²⁷ MUNIZ, Marcelo Alves. Uma Nova Perspectiva Sobre a Lei de Falências, publicado em 18 de fevereiro de 2013. Disponível em: 28

antagônicos de credores e devedores, quando apresentada tal questão, para conciliar interesses não há outra forma, senão a concessão de direitos por ambas as partes.

Assim, com intuito de, tentar, coibir abusos de ambas as partes, o legislador de 2005 esculpiu o atual diploma falimentar por meio de princípios que devem nortear a aplicação da lei.

Não necessariamente tais princípios estão expressos diretamente no corpo textual da lei 11.101 de 2005, mas sua existência é algo que se vislumbra pela leitura e interpretação dos artigos.

Entendemos que é válido nos debruçar e analisar ao menos três desses princípios, assim considerados: a) Função Social da Empresa; b)

<http://www.valor.com.br/brasil/3008626/uma-nova-perspectiva-sobre-lei-de-falencias> “...Tendo como princípio basilar a chamada função social da empresa, expressão abstrata e que deve ser interpretada como a defesa de postos de trabalho, geração de riquezas e contribuição para incremento da atividade nacional, ainda que justo, não se deve ignorar o interesse dos credores, os quais, em sua maioria, também são empresas e necessitam de amparo para continuidade e viabilidade de sua própria atividade. Por meio de uma visão imediatista, criou-se a cultura do oprimido no ambiente recuperacional, na qual as empresas em recuperação são tratadas como vítimas e seus credores tratados como opressores. Tal visão foi criada por vários fatores que transitam entre o preconceito da falência como oportunidade, da cultura profissional de salvar a todo custo a empresa em dificuldade e da visão de nossos parlamentares que visam a implementação de mudanças na Lei nº 11.101, de 2005, para proteção única das recuperandas, como se hipossuficientes fossem. Entendemos que tais fatos aliados a deficiências colaboram para o enfraquecimento da legislação recuperacional e poderá conduzir o diploma à pecha que maculava a antiga concordata (...) Boas iniciativas, como as decisões proferidas pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devem ser exaltadas, visto que colaboram com a criação de um ambiente saudável e profícuo entre detentores de posições tão antagônicas como o são os credores e devedores.

Preservação da empresa (viável) e Paridade de credores (*pars conditio creditorum*).

Assim, passamos a analisar de forma detida cada um dos princípios, sua importância, aplicabilidade e impacto no antagonismo das relações entre os pólos de direito envolvidos na recuperação judicial de uma empresa.

1.2.1.1) Sobre os Princípios que norteiam a lei 11.101 de 2005.

1.2.1.1.2) Da Função Social da empresa

Classificado como o princípio²⁸ “maior” da lei de recuperação

²⁸ Não há como se olvidar a importância e pertinência dos princípios no corpo textual da lei 11.101 de 2005, consideramos que os princípios surgiram desde o primeiro momento a análise pela qual se deve interpretar eventual lei, havendo lacuna, deve o operador do direito se socorrer dos princípios para solucionar eventual situação prática, como exemplo deste fato, citamos a LINB (Lei de introdução as normas brasileiras) a qual em seu artigo 4 preconiza que: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”; a doutrina de vanguarda também se coaduna a tal pensamento, ao que exemplificamos citando a lição do Advogado Thomaz H. Junqueira de A. Pereira, o qual indica: “*...A edição da recente Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei n 11.101 de 09/02/2005 - suscitou vasta literatura sobre os princípios que a regeriam e sobre o papel que esses deveriam exercer na interpretação e aplicação das normas que compõem esse diploma legal (...)* “Princípio” é um termo tradicional na dogmática jurídica nacional, no entanto, os

de empresas e falências, a função social de empresa se retrata de forma sintética representa o impacto positivo que a atividade de dada empresa produz em determinado microorganismo, ou seja, se entendemos que a empresa arrecadadora de tributos e impostos; empregadora; fornecedora e consumidora de insumos, entendemos que a empresa assim está cumprindo a sua função social.

Ao passo que aquelas empresas que desvirtuam a sua

usos reiterados desse termo permitem agrupa-los em diferentes sentidos. Comumente, o termo “princípio” é utilizado com o significado de um instrumento auxiliar na falta de uma regra expressa que regule uma situação específica. Princípios gerais são entendidos, assim, como “normas de maior abstração”, no entanto, normas, jurídicas jamais implicam alguma solução, a não ser que “seja o caso”, de tal forma, diante de alguma norma geral, ou de uma norma específica, a questão permanece a mesma determinar se é o caso. Em um segundo sentido, “princípio” também pode significar, como a própria literalidade do termo indica, “ponto de partida”. O termo tem aqui o sentido de uma “regra constitutiva”: determinando o que é uma coisa - definindo-a - ou se uma coisa é - estabelecendo pressupostos. “Princípios” nessa conotação são, portanto, “regras” porque não se limitam a descrever algo - são prescritivas - e “constitutivas” porque sem elas as coisas a que se referem não existiriam, nesse sentido são “os pontos de partida, proposições ou premissas que não podem ser demonstradas, por serem justamente primeiros.” Em uma terceira acepção, desenvolvida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, a diferença entre “princípios” e “regras” é uma diferença de caráter lógico. Segundo Dworkin, ambos são Standards que direcionam uma decisão particular quanto à existência de uma obrigação jurídica em certas circunstâncias específicas, mas são diferentes quanto ao caráter da direção dada: (i) “regras” são normas aplicáveis de uma maneira “tudo ou nada”, ou seja, se os fatos descritos pelo suporte fático de uma regra jurídica ocorrem, sendo ela uma norma válida, a consequência por ela imposta deve seguir necessariamente; (ii) “princípios”, diferentemente, afirmam razões que argumentam no sentido de uma determinada decisão, mas não acarretam necessariamente uma decisão particular - podem existir princípios que argumentem na direção contrária. Conforme ambos esses autores, a diferença entre “princípios” e “regras” seria, portanto, fundada na própria estrutura normativa desses dois tipos de normas jurídicas, o que resultaria em que “princípios”, ao contrário das “regras”, que possuem apenas uma dimensão de validade, possuiriam também uma dimensão de “peso”. (PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. in. A função dos princípios do direito recuperacional e falimentar brasileiro - artigo integrante de Direito Processual Empresarial org. Gilberto Gomes Brushi “ET alii” - “estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças” pags. 967, 968 e 969).

finalidade, ou seja, que sonégam impostos, que não pagam devidamente e ou não Fornecem condições salubres para seus funcionários, bem como não remunera seu fornecedores e disponibiliza no mercado de consumo, bens de qualidade duvidosa, entendemos que tais empresas não cumprem sua função social.

Claro, que isto posto denota o gigantismo e proporção que o princípio da função social²⁹ da empresa representa, ao que se refere ao micro sistema da lei recuperacional e falimentar, tal princípio está insculpido no bojo de seu artigo 47³⁰, o qual possui a seguinte redação:

²⁹ segundo o Professor e Desembargador, Ricardo Negrão, muito embora a vigente lei falimentar e recuperacional seja dotada de alta carga negocial, os envolvidos devem pautar suas tratativas pela observância e respeito ao princípio da função social da empresa, ao que assevera: “...Tanto o interesse dos credores quanto o estímulo à atividade econômica estão limitadas pela observância à função social da empresa. De um lado há contratos livremente realizados pelo empresário/sociedade empresária em crise econômico-financeira que se regem, entre outros, pelo princípio da função social do contrato, sob a perspectiva interna.(...) Para cumprir norma maior instituída na carta constitucional (CF, art. 170), especificada no art. 47 da Lei de Recuperação, não é suficiente que os fins internos sejam alcançados. A Lei Magna se expressa em termos de “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano” e na observação de princípios múltiplos, entre os quais a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV), a defesa do consumidor (inciso V), defesa do meio ambiente (inciso VI), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VIII), tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX).Diante dessa realidade constitucional, não se pode olvidar que toda atividade humana é potencialmente capaz de gerar efeitos sobre terceiros, mesmo quando não forem diretamente destinatários desses atos. Surge, então, necessidade de obediência ao princípio da função social voltado aos interesses externos, isto é, interesses outros que não estejam regulados nos contratos firmados entre sócios, com fornecedores, trabalhadores ou cooperadores diretos da empresa. (NEGRÃO, Ricardo. *in A preservação da Função Social como objetivo da recuperação judicial da empresa, artigo integrante de Direito Processual Empresarial org. Gilberto Gomes Brushi “ET alii” - “estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças”* pags. 691, 693 e 696).

³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm.
Último acesso em 10 de abril de 2013.

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Acreditamos que vale a digressão sobre a mensagem que o artigo nos passa, em verdade aqui em conjunto com o princípio da preservação da empresa (viável) existe o direcionamento para aqueles devedores que podem ou não lançar mãos dos benefícios da recuperação judicial, resguardando para aquelas empresas que não se encaixem nas situações do artigo 47, a autofalência ou a falência requerida por qualquer de seus interessados.

Em consonância a aludida exposição, a Professora Vera Helena de Mello Franco³¹, expõem:

“...Para alguns a função social,, aplicada à propriedade dos meios de produção, restringir-se-ia a uma abstenção, significando o dever de exercer a atividade econômica de forma não contrária ou não nociva ao interesse da coletividade. Já outros entendem-na como compreensiva de comportamentos positivos, cuja consecução ora se restringe ao dever de organizar, explorar e dispor, ora abrange, além deste, aquele de realizar interesses externos, coletivos, cuja acepção varia de autor para autor. Porém, mesmo entre eles que opinam por um comportamento positivo,

³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. Revista do Advogado: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), São Paulo: número 96, Ano XXVIII, Março de 2008. Pág. 125.

dirigido à consecução de interesses externos, coletivos, a discussão não se apresenta mais amena. Uns propugnam pela realização desses interesses em um regime de livre iniciativa, no qual somente se admite a participação do estado em caráter suplementar e subsidiário à atividade privada. Outros, com diferentes fundamentos, sustentam que a realização daqueles interesses somente pode ocorrer mediante o controle social da empresa, exercido pelo Estado, cujas diferentes concretizadas num programa de ação, ora resultam de um planejamento indicativo, flexível, ora devem ser impostas coativamente, livres de qualquer caráter negocial, hipótese em que são discutidos os limites dessas imposições e, inclusive, a efetividade da tutela constitucional, outorgada à liberdade de iniciativa econômica.”

Entendemos que a legislação falimentar nacional fora dimensionada a favorecer o interesse dos devedores, em consonância a legislação americana e, em contraponto a legislação inglesa.

Todavia o princípio da função social da empresa, não deve ser olhado sob prisma único da empresa em dificuldade, necessário se mostra a equalização de interesses em que ambos os pólos envolvidos realização concessões para assim estipular um ponto de equilíbrio, fato que resultaria na aprovação do plano de recuperação e conseqüente satisfação (parcial) dos créditos dos credores.

Porém como toda nova legislação e isto se aplica a lei recuperacional e falimentar existe a necessidade de se coibir abusos, e muito se discutiu (e ainda se discute) se há a supremacia do princípio da função social da

propriedade sobre os demais princípios da legislação falimentar.

Em que pese a discussão, neste instante é importante estabelecermos que a função social da empresa, passa também pela preservação dos credores, não somente a conservação e soerguimento da sociedade empresária, neste sentido citamos a lição de Manoel Justino, o qual preleciona:

(...) a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o “emprego dos trabalhadores”. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os “interesses dos credores (...)”³²

Assim é importante para melhor aplicação da legislação e real alcance dos objetivos almejados pelo legislador, a visão macro da aplicação da lei 11.101 de 2005.

1.2.1.1.3) Da preservação da empresa (viável)

³² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 130 pg.

Interpretado como o verdadeiro espírito da lei, o princípio da preservação da empresa deve ser lido como a busca e concessão de condições que melhor favoreçam as empresas em recuperação judicial, pendendo assim a balança da relação credores e devedores a estes últimos.

Entretanto o princípio norteador ³³ da legislação recuperacional e falimentar, deve ser interpretado e alocado apenas as empresas que se mostrem recuperáveis, sob pena de favorecimento a interesses distintos dos envolvidos no ambiente recuperacional.

Note o leitor que ressaltamos entre parênteses a expressão “viável”, isto porque, muito embora intrínseco ao princípio da preservação da

³³ A professora Ana Frazão chama a atenção para a importância da preservação da empresa viável como meio de alcance da função social da empresa, ao que explica: “...A função social ainda tem a importante consequência de assegurar a preservação e a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. Aliás, para muitos autores, o efeito principal da função social da empresa seria precisamente o atendimento deste objetivo. Por mais que se adote, neste trabalho uma compreensão mais ampla da função social, não se questiona que o aspecto de manutenção estável e duradoura da atividade e da rentabilidade empresariais é fator imprescindível a ser considerado no interesse social, até por ser pressuposto do atendimento de todos os demais interesses que se projetam sobre a empresa. Esta constatação é corroborada até mesmo pela doutrina alemã, fortemente influenciada pelo institucionalismo. Cita-se, como exemplo, a opinião de Jurgen Von Kann (2005, pp. 71-72), ao afirmar que, na ponderação dos interesses que se projetam sobre a companhia, deve ser observado, primeiramente e antes de qualquer coisa, o *originare Unternehmensinteresse (interesse original da empresa)*. *Que envolve* a existência e a rentabilidade duradoura da empresa, bem como a distribuição de lucros satisfatórios. Em decorrência, o princípio da manutenção da empresa restringe consideravelmente a margem de atuação dos controladores e administradores das companhias, pois, como explica Calixto Salomão Filho (2005, p.284), “*operações que possam por em risco a preservação da empresa, inclusive as alienações de controle podem ser contestadas e até mesmo impedidas, tendo por base a defesa do interesse social.*” (FRAZÃO, Ana. In. *Função social da empresa - repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Renovar. São Paulo. 2011. Pags. 214 e 215).

empresa, a questão da viabilidade tem sido relegada por alguns aplicadores da legislação de 2005.

Tal postura implica em risco a toda sistemática envolvida em uma recuperação judicial, corrompendo análises mercadológicas, distorcendo e conduzindo a erro o Poder Judiciário, afastando possíveis investidores, reduzindo as possibilidades de financiamento por entes financeiros e colocando em descrédito e desprestígio a lei 11.101 de 2005 perante a toda a sociedade.

Atento a este fenômeno, o Professor e Economista Marcos de Barros Lisboa³⁴, indica que:

“...A rigor, empresas cujo valor presente do fluxo de caixa é positivo apresentam perspectivas de pagamento de suas dívidas no futuro e têm, portanto, condições efetivas de recuperação. Enquanto outras, com valor presente negativo mas cujo negócio tem viabilidade econômica devem dispor de alternativas que permitam a continuidade da atividade (...) Já as empresas inviáveis, com valor presente negativo, não têm razão econômica para continuar funcionando. Neste caso o encerramento de suas atividades representa uma depuração dos sistema econômico. Logo é papel do sistema de insolvências criar condições que permitam uma recuperação efetiva da empresa viável ou, por outro lado, estabeleçam as bases para uma liquidação eficiente da empresa falida, maximizando o valor dos ativos e possibilitando que os credores recuperem ao menos parte de seus

³⁴ LISBOA, Marcos de Barros, et alii, *in*. A Racionalidade da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Org. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo. 2005. Quartier Latin.

créditos.(...) Se a lei for excessivamente favorável ao devedor, mantendo em funcionamento empresas inviáveis ou legitimando a quebra de contratos, a possibilidade de desrespeito aos direitos de propriedade e de execução de garantias comprometerá o sistema econômico como um todo, reduzindo o número de negócios e transações e restringindo o funcionamento do mercado de crédito, com os conseqüentes impactos negativos sobre o desenvolvimento econômico e social do país.”

Muito embora o posicionamento dos militantes na esfera das ciências econômicas, o qual não deve ser desprezado neste trabalho face a essência da lei em debate ser econômico-jurídico.

Entretanto em corrente oposta militam aqueles que entendem haver uma supremacia do princípio da preservação da empresa (viável) em contraponto aos demais princípios.

Por este pensamento devemos entender que da aplicação dos demais princípios a conservação da entidade empresarial se sobrepõem as demais regras da legislação falimentar, assim em dado conflito entre norma e princípio prevaleceria o princípio da preservação da empresa (viável).

Talvez o maior expoente da comunidade jurídica nacional que se socorreu a defesa de tal premissa, foi a Ministra Nanci Andrighi³⁵, a qual em recente voto exteriorizou sua justifica e pensamento, o qual tomamos a liberdade

³⁵ STJ – Terceira Turma – Recurso Especial nº 1.279.525 – PA (2011/0153398-5). Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva.

de reproduzir parte de seu voto:

“...O microsistema criado pela Lei nº 11.101/05 foi todo ele fundado no princípio da preservação da empresa, decorrência lógica de diversos outros princípios, de índole constitucional, entre os quais vale destacar a função social da propriedade, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego. O atendimento a esses princípios exsurge de forma clara no microsistema da Lei da Falência, não apenas na classificação conferida aos créditos trabalhistas, como também nas medidas protecionistas fixadas ao longo da Lei nº 11.101/05, como é o caso daquelas contidas nos arts. 10, § 1º, 54 e seu parágrafo único, e do próprio art. 151, adrede mencionado. E nem poderia ser diferente, na medida em que os créditos trabalhistas possuem natureza **alimentar**, de maneira que a sua proteção na realidade visa à garantia de bens, institutos e direitos muito maiores, como a família, a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a própria vida. Diante disso, não é razoável priorizar o pagamento de créditos cambiais em detrimento de créditos trabalhistas.(...) Em síntese, conclui-se que a regra do art. 49, § 4º, representa um desvirtuamento do espírito condutor da própria Lei nº 11.101/05, constituindo muito mais um benefício aos bancos do que uma proteção ao exportador ou um incentivo à exportação. De todo o exposto, afigura-se apropriado sujeitar os ACC's à recuperação judicial, sendo devidamente contemplados no plano a ser apresentado pela recuperanda.

Embora vencida no caso ilustrado, a tese da Nobre Ministra tem forte apelo que se refletem sobre outras questões como a influência do pagamento dos créditos excluídos pelo artigo 49 parágrafo 3º e 4º combinado

com o artigo 86, II.

Porém do outro lado da balança, a corrente opositora a aquela tese defende o equilíbrio das relações, bem como o impacto nas relações macroeconômicas de se sopesar a aplicação da lei 11.101 de 2005 em prol do princípio da preservação da empresa.

Nesta linha citamos a lição do Professor e Advogado Henrique Cavalheiro Ricci³⁶, o qual analisando a decisão do até então Ministro Massami Uyeda sobre o caso Vasp, emitiu a seguinte opinião:

“...O precedente em questão deve ser lido com muita cautela. Não bastasse a aparente reavaliação do conjunto probatório, afinal, viabilidade ou não é fruto de labor cognitivo sobre as provas, assim como o é a análise da conduta deste ou daquele credor[1], tem-se ainda a utilização de um único precedente (CC 108.457/SP), de aplicação absolutamente duvidosa ao caso, para justificar eventual jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. A isso, soma-se a violação ao direito de ação de cada um dos credores, cujos créditos não se sujeitam aos efeitos da recuperação.(...) princípio da preservação da empresa é de importância ímpar, todavia existe para a salvaguarda dos empreendimentos viáveis. Se a sociedade que pleiteia recuperação não dispõe de recursos para adimplir crédito não sujeito (seja o previsto nos parágrafos 3.º e 4.º, do artigo 49, da

³⁶ RICCI, Henrique Cavalheiro. Preservação da Empresa Não Impede Ação de Credores. publicado em 10 de novembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/henrique-ricci-preservacao-empresa-nao-impede-ajuizamento-acao>. Último acesso em 10 de abril de 2013.

Lei 11.101/2005, seja o constituído após o pedido de recuperação) é porque é inviável e, infelizmente[3], a alternativa é a falência. A viabilidade ou não passa por essa necessária análise, ou seja, capacidade de pagamento do passivo fiscal e dos demais créditos não sujeitos. Se a Lei 11.101/2005 subtraiu da recuperação judicial determinados créditos, não pode o Judiciário simplesmente “congelar” a sua exigibilidade, criando um regime muito mais severo que o da própria recuperação judicial. Caso se entenda que este dispositivo é inválido (o que não me parece), que o declare inconstitucional e tragam os credores não sujeitos para dentro da recuperação. Colocá-los na “geladeira” e impedi-los de acessar o Judiciário para a satisfação de suas pretensões, ao que me parece e com o devido respeito, é a mais equivocada de todas as possibilidades.

E complementamos com a lição do Advogado Frederico A. Monte Simionato³⁷, o qual indica:

“A empresa somente deve ser socorrida caso ainda seja viável. Sociedades empresárias que porventura demonstrem fragilidade financeira e econômica, sem que se possa ao menos vislumbrar uma possibilidade séria de recuperação, deverão ser declaradas falidas, para o bem do crédito, que, em realidade, não pode ser dissipado em organismos inviáveis seja pela sua administração incompetente ou pelo volume do passivo. (...) Esse princípio é o ponto de partida da aplicação da Lei 11.101/05. O magistrado, juntamente com o administrador judicial deve verificar, analisando os

³⁷ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *in*. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro. Forense, 2008. Pág. 130.

balanços, a viabilidade daquela atividade empresarial. É certo que a aplicação da nova legislação merece cautela, para que se possa fazer valer o espírito da Lei, qual seja, a manutenção da empresa viável, e a verificação de viabilidade deve ser avaliada, mesmo preliminarmente, no deferimento ou não do processamento do plano de recuperação.”

Embora patente o antagonismo de ambos os posicionamentos, não nos parece razoável a criação de uma hierarquia entre os princípios norteadores da legislação recuperacional e falimentar.

Decerto se preponderasse o entendimento da Ilustre Ministra, seguramente estaríamos assistindo a instalação de um palco de incertezas, que por mais correto que fosse, somente seria corrigido com a alteração dos dispositivos legais da lei 11.101 de 2005.

Assim entendemos pois na condição de advogado não se teria certeza se a letra da lei de fato seria aplicada efetivamente, é fato que em uma economia globalizada e ambiente altamente especulativo e com expectativas reduzidas de ganhos em escala, ao analisar mercados “candidatos” a receberem aportes de capital verificam o ambiente jurídico, se o regulatório legal existe e, é eficiente.

Deste modo, entendemos que antes da filiação a uma das duas correntes deve-se salvaguardar o respeito as normas constitucionalmente aprovadas e vigentes e todo qualquer movimento para correção dos rumos da legislação falimentar pode ser provocado pela sociedade e demais poderes da

República. Entretanto toda e qualquer mudança legislativa deve ser chancelada pelo trâmite constitucional, ou seja, Poder Legislativo.

Muito embora o presente trabalho não tenha o condão de defender essa ou aquela corrente, frisamos ao leitor que nos filiamos a segunda corrente, ou seja, entendemos que dentre os princípios da legislação falimentar não há uma hierarquização, e nem poderia haver sob pena de enfraquecimento excessivo de um dos pólos da balança (credores e devedores).

Entendemos que as operações financeiras ou não, que são garantidas pelo gênero propriedade fiduciária (cessão e alienação fiduciária) e arrendamento mercantil, bem como a operação financeira de adiantamento ao contrato de câmbio, possuem uma justa causa para não se subjugarem aos efeitos da recuperação judicial.

Deste modo, o escopo do trabalho é buscar sintetizar os motivos ensejadores a exclusão daquelas operações aos efeitos da recuperação judicial, bem como sinalizar o quão nocivo será o cenário em que eventual alteração legislativa provoque a submissão daqueles créditos ao regime preconizado pela lei recuperacional.

Assim iniciamos o presente trabalho traçando o histórico das garantias fiduciárias, da falência no contexto mundial e interno, passando a análise principiológica e adentrando efetivamente no contexto do atual artigo 49, abordando a atual forma de constituição da garantia fiduciária.

1.2.1.1.4) Da paridade de credores (*pars conditio creditorum*)

A análise deste princípio sob o escopo deste trabalho se mostra relevante, pois no cerne de uma discussão sobre o tratamento despendido aos contratos e ou operações não submetidas aos efeitos da recuperação judicial por força da previsão do artigo 49 parágrafo 3 da lei 11.101 de 2005.

A questão a ser analisada no decorrer da exposição é: “diante da exigência de tratamento paritário aos credores de uma mesma classe, as exceções do artigo 49 impõem a lei uma incongruência a regra?

Deste modo passemos a analisar de forma mais detida o princípio da paridade no tratamento dos credores (*pars conditio creditorum*), muito embora o princípio não esteja incorporado nos artigos da lei de recuperações e falências atual (também não estava prevista expressamente no Decreto-Lei 7661 de 1945).

O princípio busca garantir um tratamento igualitário a cada um dos integrantes de uma mesma classe de credores da recuperação judicial e também da falência, busca assim, coibir abusos e situações de conflitos de interesses, vez que por muitas vezes os agentes envolvidos na situação de recuperação judicial, verificando a grande possibilidade de quebra da empresa, tendem a propiciar vantagens a determinado subgrupo de credores, visando apenas a aprovação de um plano muitas nocivo e assim forçando a adesão da

maioria a um plano muito ruim.

Abusos também ocorrem do lado dos credores, os quais tentados pela grande possibilidade de perda do crédito, seja pela imputação de grandes deságios sobre seus créditos, seja pela convocação da recuperação judicial em falência, tendem a realizar negociações a margem do processo judicial de recuperação, ao que buscam evitar a participação no sistema concursal.

Ilustrando a questão citamos a lição do Professor Waldo Fazzio Júnior³⁸, o qual indica:

“...a equidade é um princípio geral de Direito que, aqui, se manifesta em toda a sua intensidade. O tratamento equitativo dos créditos é a máxima regente de todos os processos concursais, considerando o mérito das pretensões antes que a celeridade na sua dedução. Cada crédito deve observar o sítio que a lei lhe reserva na classificação geral, assegurando-se, de modo decisivo, que a índole preferencial de alguns seja efetivamente observada. Na verdade, esta regra diz respeito à proporcionalidade na consideração dos créditos, o que implica respeitar as peculiaridades que a lei atribui a cada um. É inegável a posição de paridade dos credores, o que não traduz necessariamente, nivelamento.”

Devemos deste modo considerar a paridade de credores uma garantia ao sistema recuperacional e falimentar, bem como um meio de emprego de

³⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *in*. Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Atlas, São Paulo. 2012. Pág.19.

melhores esforços a arrecadação, geração de valor e pagamento dos credores, os quais quase sempre amargam perdas quando envolvidos a uma recuperação judicial, extra judicial ou em situações em que ocorrem a falência da empresa.

A necessidade e importância do respeito a paridade de credores remonta aos períodos mais remotos do sistema falimentar, ao que sinalizamos ao transcrevermos a lição de Cesare Vivante³⁹ e Giorgio de Semo⁴⁰, ambos citados pela doutrina do Professor Waldo Fazzio Júnior.

“enquanto o ativo de um patrimônio excede o passivo, pode o legislador deixar que qualquer credor exerça separadamente o seu direito. Desde, porém, que o patrimônio não basta para todos, a liberdade de execução individual constitui um prêmio aos credores mais diligentes, mais próximos, ou mesmo menos escrupulosos, em detrimento dos mais benévolos ou mais afastados”. (Cesare Vivante (1937, L. VI: 415)

“..Ma, bem s'intende, par condicio non significa allivellamento: a ciascun creditore toccherà La sorte Che La sua personale posizione gli assegna. Pertanto i creditori (prelatizi), cioè assistiti da privilegio, da pegno o da ipoteca, mentre dovranno sottostare anch'essi alle comuni norme della procedura collettiva per quanto riguarda lka verifica dei rispettivi crediti e per l'ammissione AL passivo, vedranno invence rispettato Il loro diritto di prelazione sai Nei rapporti reciproci, secondo Le regole generali, sai di fronte ai creditori chirografari” (Giorgio de Semo, 1948: 43).

³⁹ Idem citação 35.

⁴⁰ Ibidem citação 35.

Muito embora não disciplinado no bojo dos artigos que compõem o clausulado da lei 11.101 de 2005, certo que o princípio rege a relação, por vezes conflituosa, entre credores e devedores.

Vários são os motivos que podem levar agentes envolvidos na recuperação judicial ou falência a provocar a concessão de benesses a dado grupo em detrimento de outro e com isso a imposição de situações maléficas e por conseguinte a geração de danos e desrespeito ao direito de propriedade dos credores habilitados em uma das hipóteses conjugadas pela lei falimentar.

Ainda freqüente alguns devedores em situação calamitosa e verificando a impossibilidade de pagamento aos credores, se valendo da sistemática⁴¹

⁴¹ No âmbito da recuperação judicial, seguindo a inteligência do artigo 56 da LRF, apresentado o plano de recuperação judicial e havendo ao menos uma objeção as premissas do plano de recuperação, determinará o Juízo Recuperacional a ocorrência da assembléia geral de credores, a qual irá analisar as condições do plano de recuperação e que ao final terá a incumbência de deliberar sobre a aprovação ou recusa do plano, se aprovado a empresa após a homologação do Juízo Recuperacional, estará em recuperação judicial e deverá observar as premissas do plano aprovado para realização dos pagamentos de seus credores, bem como implementar eventuais deveres apostos no plano como forma de recuperação, caso não seja aprovado, recusado, pela assembléia geral de credores ou que não ocorra a implementação dos pagamentos ou mudanças propostas pelo plano e isto for detectado no prazo de fiscalização do Poder Judiciário, haverá a decretação (convolação) da recuperação judicial em falência, isto conforme artigos 61 e 63 da LRF. Uma vez convocada, a empresa pleiteante a recuperação judicial deverá obter a aprovação da maioria simples dos créditos e credores presentes em cada uma das classes instaladas (trabalhistas, garantia real e quirografários) conforme artigo 58 da LRF, o Professor e Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho, ensina que: *“...Os votos na assembléia serão contados de forma proporcional ao valor do crédito do votante (art. 38), dividido por classes (art. 41); para as deliberações sobre o plano de recuperação, os votos da classe “I”, credores trabalhistas (art. 41, I), serão, contados por maioria simples, independentemente do valor do crédito. (...) Concedida a recuperação judicial, o devedor permanecerá em observação judicial por dois anos, em processo de recuperação (art. 61) e, se descumprir qualquer obrigação vencida neste prazo, terá sua falência decretada (inciso IV do art. 73). Após este prazo de dois anos, o juiz decretará o encerramento da recuperação, por sentença (art. 63). Todos aqueles credores cujas obrigações tinham vencimento previsto para período superior aos dois anos referidos, terão título executivo judicial pelo valor constante da recuperação e, em consequência, poderão executar a dívida, ou, se quiserem, ajuizar requerimento de falência, com fundamento no inciso I do art. 94.* (Nova Lei de

de aprovação de planos de recuperação judicial em assembleia, buscam garantir ao menos a votação mínima para aprovação do plano e o fazem sob a promessa de pagamentos antecipados a determinada faixa de valores, menosprezando os demais credores.

Deste modo cria-se uma situação em que os credores enquadrados na determinada faixa de valores ficam tentados a votar de modo favorável a plano proposto e os demais créditos menosprezados pela sistemática do plano, muito, embora reticentes, nada poderiam fazer, visto que seu voto é tido como vencido.

Evidente que tal situação é abusiva e por vezes tem sido alvo de intensos debates sobre a necessidade e pertinência do controle do Poder Judiciário nas decisões emitidas pelas assembleias gerais de credores, certo e nos filiamos aqueles que entendem que sim, o Judiciário uma vez provocado deve se pronunciar e afastar quaisquer abusos realizados e decididos na ocorrência das assembleias gerais de credores, afinal dentro de um sistema de hierarquia de normas, não se pode permitir que o acordo de particulares altamente lesivo possa permitir a impossibilidade de socorro ao direito de propriedade, o qual frisa-se é constitucionalmente assegurado.

Atento a ocorrência deste tipo de abuso e de forma pioneira, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a época por meio de sua Câmara Reservada a Falência e Recuperação Judicial, proferiu ao menos dois julgados que abordaram diretamente a questão do desrespeito ao princípio da paridade de credores, abaixo expostos:

“...O plano aprovado pela Assembleia-Geral de Credores alberga graves violações aos clássicos princípios gerais do direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, princípios lógicas e legais para ser homologado pelo Poder Judiciário. É importante ressaltar que nenhum plano de recuperação judicial pode ser aprovado quando não constar previsão clara e inequívoca do valor das parcelas de pagamento de cada crédito habilitado, as datas certas em que os pagamentos deverão ser realizados, e, principalmente, quando não se demonstrar que o princípio da igualdade dos credores de cada classe é religiosamente observado ("pars conditio creditorum"), o qual é de aplicação obrigatória em qualquer processo que discipline a insolvência de qualquer espécie de devedor. É sabido que o princípio da igualdade albergado no art. 5º, "caput", da Constituição Federal, ao proclamar que todos são iguais perante a lei, não permite tratamento desigual entre os credores que a lei classifica na mesma classe, visto que o postulado do "pars conditio creditorum" é a pedra angular sobre a qual se assenta qualquer tipo de processo judicial de insolvência. A cláusula que prevê a anistia do saldo dos créditos não integralmente pagos até o 18º ano pune os maiores credores, justamente aqueles que mais confiaram na empresa devedora e concederam a ela empréstimos de maior valor, favorecendo os credores por menor quantia que, obviamente, ao final dos dezoito anos, em tese, já terão recebido integralmente seus créditos. Tal cláusula tem o condão de colocar os credores de uma mesma classe (com garantia real e quirografários) em situação de flagrante colisão de interesses, os quais deixam de ter interesses homogêneos e passam a possuir interesses antagônicos, interferindo no resultado final da deliberação assemblear. Os titulares de créditos de menor valor, que receberão seus créditos em curto prazo passam a ter interesse de aprovar a cláusula, enquanto os credores com créditos maiores têm o interesse de rejeitar a proposta, uma vez que, além do alongamento do prazo de

recebimento, têm praticamente a certeza de que não receberão a integralidade de seus créditos e ainda estarão, antecipadamente, perdendo parte de seus créditos em percentuais ignorados. Por este motivo, não se pode permitir que o plano proponha pagamento diferenciado para credores da mesma classe, haja vista que, com tal expediente obviamente ilícito -, o devedor poderá controlar o resultado da deliberação, que, em razão disso, será fulminada de nulidade, pois o quorum obtido resulta de manipulação fraudulenta da votação⁴².

É certo que este não foi o primeiro episódio de tentativa (clara) de influência no resultado de uma assembléia geral de credores, e, gostaríamos, mas sabemos que não foi o último, certamente a decisão acima denota ao grupo de credores um alívio e uma clara diretriz as futuras empresas que buscaram a recuperação judicial como forma de seu soerguimento, o meio pelo qual o seu plano de recuperação judicial deverá tratar os seus credores.

Retornando a questão que incitamos ao início deste subcapítulo, entendemos que o fatos das operações com lastro em garantias reais e o contrato de adiantamento ao contrato de câmbio, não ferem sobremaneira o princípio da paridade de credores.

Para chegar a tal conclusão necessário se faz a análise da origem de tais contratos, assim compreendidos: alienação e cessão fiduciária; arrendamento mercantil (leasing) e adiantamento ao contrato de

⁴² TJSP - Câmara Reservada a Falência e Recuperação Judicial - Agravo de Instrumento n. 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Desembargador Pereira Calças. Julgamento em 28 de fevereiro de 2012.

câmbio.

Em todas as modalidades de contrato acima listados, temos como ponto de contato a propriedade efetiva da garantia do contrato e no caso do contrato de adiantamento ao contrato de câmbio, que certamente não é da empresa recuperanda, ora devedora e sim, do titular do pólo ativo da operação.

Em contrapartida a empresa, contratante, de tais operações se assegura do pagamento de melhores taxas de juros, ou seja, garante acesso a dinheiro “mais barato”, incremento assim a sua produção e garantido em uma análise macro a consecução de seus objetivos e sob aspecto da legislação recuperacional, o atendimento a sua função social.

E sob o aspecto da concedente do crédito garantido por tais modalidades, este se vê sob aspecto minimizado de perda do crédito empenhado, visto possuir a propriedade de bens, lhe sendo facultado o exercício de um procedimento mais célere para excussão da garantia e assim vislumbrar uma possibilidade mais efetiva de retorno de seu capital.

É evidente que a favor da precificação menor sobre tais produtos financeiros, pesa a não submissão de tais garantias e modalidade de crédito (ACC) a recuperação judicial.

Nos próximo capítulo trataremos de modo individualizado cada um dos elementos abarcados pelo artigo 49 parágrafo 3 da lei

recuperacional e falimentar vigente, sua lógica e racionalidade jurídica e econômica, procurando assim evidenciar os motivos que levaram o legislador de 2005 a criar tais restrições e analisando se no presente contexto já se é possível concluir que tal exclusão está correta e se assim o for é benéfica, ou incorreta e maléfica ao sistema recuperacional.

2) Análise sobre as operações excepcionadas ao regime da recuperação judicial

2.1) sobre a garantia de cessão fiduciária;

Consolidada em nosso ordenamento jurídico por meio do artigo 66-B parágrafo 3º da lei 4728 de 1965, com redação aplicada a lei 10.931 de 2004⁴³.

⁴³ Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. § 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis (Disponível em

De forma sintética é possível conceituar a cessão fiduciária, como garantia acessória a uma obrigação principal em que o tomador de um crédito, transfere ao seu credor a titularidade (propriedade) de determinado crédito, como gesto de que realizará o adimplemento da obrigação subjacente.

Caso não ocorra o adimplemento é facultado ao credor a realização da amortização e se possível a liquidação das parcelas vencidas, sendo que em determinadas relações contratuais, ficaria assegurado ao credor a possibilidade de declarar vencida antecipadamente a obrigação, isto, desde que previsto em cláusula do instrumento formalizador da relação.

Comumente a garantia de cessão fiduciária é retratada pelo jargão “trava bancária”, expressão que simboliza o emprego e a destinação dos recursos provenientes das vendas cujo meio de pagamento são cartões magnéticos (vendas a débito e vendas a crédito).

Pelo procedimento a instituição financeira após a observação de trâmites burocráticos, como assinatura e registro da garantia em cartório de títulos e documentos, é liberada a quantia contratada em conta corrente (livre movimento) do cliente e posteriormente, é feita a administração dos recursos obtidos pelo tomador, em conta apartada a conta corrente, retendo o produto até o valor correspondente a próxima parcela vincenda, em havendo o excedente ao valor da parcela, o crédito é disponibilizado ao tomador.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm. (Último acesso em 20 de abril de 2013).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão⁴⁴, conceitua a cessão fiduciária da seguinte forma:

“Mediante o contrato de cessão fiduciária de direitos de crédito, um dos contratantes cede seus direitos de crédito perante terceiros ao cessionário, que passa a ter a titularidade fiduciária desses direitos, bem como a posse direta e indireta do documento respectivo, com o objetivo de garantia ao cumprimento de uma obrigação.”

Assim a partir do momento em que o tomador do crédito, declara empenhar o produtos das vendas pagas por meio magnético (crédito ou débito), em realidade está cedendo a sua titularidade, transferindo a propriedade ao concedente do empréstimo, o qual conforme inteligência do artigo 1361⁴⁵ paragrafo 1º, após o registro cede e transfere a propriedade (fiduciária), isto pois após o adimplemento total da obrigação subjacente a garantia, a propriedade é restituída ao então devedor.

Considerando o aspecto jurídico, a pouco se chegou a pacificação sobre a submissão ou não das operações garantidas por cessão fiduciária aos efeitos

⁴⁴ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *In* Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática. 2012. Forense. Rio de Janeiro. Pag. 200.

⁴⁵ Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

da recuperação judicial.

O debate acerca do tema pautava-se dentre outras questões, principalmente ao fato se poder considerar títulos de crédito como bens móveis, pois somente nesta hipótese poderiam ser considerados excluídos do regime preconizado pela Lei 11.101 de 2005.

Em duas recentes oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, emitiram os seguintes pronunciamentos:

“...Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4o, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que "o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)", seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada "inclusive contra o próprio cedente" (inciso I), bem como o direito de "receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente" (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).(...) Nessa linha de entendimento, ressalta com precisão o parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior que "mediante a cessão fiduciária de direitos creditórios, juntamente com a

⁴⁶ STJ – Quarta Turma – Recurso Especial nº 1.263.500 – ES (2011/0151185-8). Ministra Relatora: Maria Isabel Galotti.

transferência da propriedade resolúvel de coisa móvel fungível (cédula de crédito bancário), o devedor, que na espécie é a empresa recuperanda, cede seus recebíveis a uma instituição financeira a qual recebe o pagamento diretamente do terceiro-devedor. Em suma, é uma forma de financiamento com plena garantia em que a propriedade é transferida para a órbita do domínio do credor para cumprimento da obrigação contraída."(...) Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo. (...)Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária.”

O entendimento acima foi corroborado, também, pela terceira turma, a qual sob a lavra do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴⁷, que aduziu:

“...Da leitura do mencionado dispositivo legal, depreende-se que, em se tratando de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, seu crédito não se submeterá aos efeitos da

⁴⁷ STJ – Terceira Turma – Recurso Especial nº 1.202.918 - SP (2010/0125088-1). Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas.

recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. Assim, resta investigar se a cessão fiduciária de títulos de crédito, modalidade do gênero negócio jurídico fiduciário, é considerada propriedade fiduciária. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a cessão fiduciária de títulos de crédito é definida como “o negócio jurídico em que uma das partes (cedente fiduciante) cede à outra (cessionária fiduciária) seus direitos de crédito perante terceiros ('Recebíveis') em garantia do cumprimento de obrigações” (in, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Cessão Fiduciária de Títulos de Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente, Porto Alegre: Magister, 2004, v.37-jul/ago 2010, pág. 21). (...) Acrescenta a renomada doutrinadora que “uma das principais obrigações do devedor fiduciante é não dispor da coisa alienada fiduciariamente, onerosa ou gratuita, porque o bem não mais lhe pertence, é da propriedade do seu credor”. (...) Desse modo, é inarredável a conclusão de que nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei nº 4.728, de 1965) e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito. (...) Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa.

Coaduna-se a posição jurisprudencial, o posicionamento da doutrina de vanguarda, a qual assinalamos o posicionamento do Advogado Ernesto

Antunes de Carvalho⁴⁸, o qual indica:

“...não há dúvida quanto à situação do credor que detém garantia de cessão fiduciária de recebíveis, inequivocadamente, ele é titular da posição de proprietário fiduciário, e, assim, o crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.”

Posição a qual filiam-se os advogados Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub⁴⁹, que indicam:

“...a exclusão dos bens e dos direitos de crédito objeto de garantia fiduciária do plano de recuperação decorre do fato de não integrarem o patrimônio da recuperanda, uma vez que, antes do pedido de recuperação, ela já os havia transferido/cedido, ainda que em caráter fiduciário, ao credor fiduciário.”

É verificada que a utilização da cessão fiduciária de direitos (créditos) tem sido utilizada de forma ampla e tomando o lugar da utilização do penhor de direitos, seguramente um dos motivos que proporcionam a mudança de

⁴⁸ CARVALHO, Ernesto Antunes de. *in Cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis)*. *Revista do Advogado*: AASP. (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX.

⁴⁹ ASSUMPCÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem *in A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas*. *Revista do Advogado*: AASP. (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX.

mentalidade dos agentes do mercado financeiro, são a celeridade do procedimento de cobrança, vide a transferência da propriedade (resolúvel) ao credor financeiro e a creditamos parte desta mudança a não sujeição da cessão fiduciária ao processo de recuperação judicial.

Deste modo e ao menos em tese os agentes do mercado financeiro, considerando a aplicabilidade plena da norma do artigo 49, parágrafo 3, a segurança que na eventual materialização de uma inadimplência, o seu direito de cobrança não seria solapado pela propositura de um pedido de recuperação judicial.

Tal previsibilidade beneficia o sistema financeiro e pode sim ser considerado como privilégio frente ao interesse de outros credores, mas válido frisar que tal benesse creditada ao sistema financeiro é válida e importa em benefício mais amplo a toda coletividade, vez que sem a concessão de créditos a empresas, muitas paralisariam sua produção e a economia poderia sim estagnar.

E vale considerar que sem benefícios que possibilitem uma célere cobrança administrativa, os bancos por vezes ficariam reticentes a conceder novos créditos a empresas já debilitadas, pois todo crédito mesmo aqueles lastreados em garantias reais, como hipoteca e penhor, dependeriam de um processo judicial para realização de sua excussão, ou seja, o procedimento seria moroso.

Logo em um cenário pessimista, somente teria acesso ao crédito empresas com boa classificação de “rating” do Banco Central, ou seja, o papel social dos bancos ficaria restrito e limitado e na eventual concessão de crédito a empresas

com classificação baixa, estes seriam carregados a juros mais altos e certamente isso seria um modo de asfixia a uma empresa debilitada.

Deste modo nos posicionamos de modo favorável a previsão legal que forma interpretativa permite a não sujeição dos créditos lastreados em cessão fiduciária ao procedimento de recuperação judicial.

Como vimos acima a Jurisprudência tem se amoldado a não sujeição dos créditos derivados de cessão fiduciária ao regime de recuperação judicial, possibilitando uma segurança maior aos agentes do mercado financeiro, o que é positivo e salutar para continuidade dos negócios de concessão de empréstimos, vez que quanto maior a segurança na recuperação judicial, menor o custo de captação e juros praticados pela instituição financeira no ato da concessão do crédito.

2.1.1) Sobre a garantia de alienação fiduciária;

A alienação fiduciária em garantia deve ser entendida como contrato de garantia, em que comprador de um bem móvel ou imóvel, ao não dispor da quantia total para compra de um determinado bem, o financia e o emprega em garantia de pagamento.

Trata-se de garantia largamente utilizada na obtenção dos mais

diversos bens de consumo, é constituída mediante acordo de vontade, ou seja, relação bilateral em que o comprador de um dado bem, em promessa de pagamento a outrem, transfere a propriedade resolúvel do bem, mantendo-se na posse direta e adquirindo a propriedade após o adimplemento da obrigação pactuada.

Assim como a cessão, a alienação fiduciária é contrato acessório a obrigação principal, qual seja o contrato de mútuo, distingue-se tais tipos de garantias, de outros como a hipoteca, o penhor, pois nestes últimos não há transmissão da propriedade ao credor.

Este fenômeno ajuda a explicar um dos motivos da maior utilização dos institutos da garantia fiduciária em detrimento de outros meios tradicionais.

Melhora a compreensão do que se refere o instituto, se analisarmos a lição do Professor Fábio Ulhoa Coelho⁵⁰, o qual, classifica os tipos de garantia da forma: direitos “***em***” garantia e direitos “***de***” garantia, ao passo que:

“Para compreender bem a trava bancária, convém ter presente a distinção entre as duas espécies de garantia real: ‘os direitos reais de garantia’ e os direitos reais em garantia”. Nas duas hipóteses, a garantia real manifesta-se mediante a vinculação ao pagamento de uma obrigação de um ou alguns bens do devedor (integrantes do patrimônio deste no momento imediatamente anterior à constituição da obrigação). Os direitos reais de garantia constituem na atribuição ao credor de uma garantia real sobre bem

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *in A trava bancária. Revista do Advogado: AASP.* (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX.

que continua a ser de propriedade do devedor, mesmo após a constituição da obrigação garantida. São três as garantias reais desta espécie: hipoteca, penhor e anticrese. Já nos direitos reais em garantia, a garantia real recai sobre bem originariamente do devedor, mas que passa à propriedade do credor - propriedade resolúvel, desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas: alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios. É relevante a classificação da garantia real numa ou noutra categoria em vista da forma de sua efetivação. Quando se cuida de direito real de garantia, a efetivação alcança-se mediante expropriação judicial do bem (no bojo de execução individual ou concursal); enquanto a de direito real em garantia faz-se pela consolidação da propriedade do credor. Em outros termos, o titular de direito real em garantia exerce, em relação ao bem garantido, o direito constitucional de propriedade, enquanto o titular de direito real de garantia é apenas credor...”

Não obstante é válido ressaltar que o artigo 22 da lei 9514 de 1997 conceituou a alienação fiduciária da seguinte forma:

“A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Ou seja, em modo semelhante a cessão fiduciária, na alienação fiduciária, as partes já se tem por justas e claras que daquele momento em diante, a

transferência do bem dado em garantia passa a integrar patrimônio do credor, somente se restituindo a parte passiva da obrigação, quando esta for integralmente cumprida.

Sob a ótica da lei recuperacional, temos por justas a exclusão da garantia acessória de alienação fiduciária, pois desconsiderando os demais contratos excluídos dos efeitos da recuperação judicial, nenhuma outra operação simboliza a transferência de propriedade do devedor ao credor.

Claramente este procedimento simboliza e incentiva aos investidores uma garantia adicional ao investimentos, pois havendo a perda do crédito confiado a empresa, o credor fiduciário, de modo célere conseguirá executar a garantia e por meio da alienação a terceiros sob quaisquer de suas modalidades poderá reaver ao menos parte substancial de seu crédito.

A esta argumentação contrapõem o discurso de que aproveitam-se as instituições financeiras, que na maioria das vezes são as grandes operadoras deste tipo de garantia, mas não as únicas, tiram de si a responsabilidade da análise de risco de crédito ignorando assim a classificação de “rating” do Banco Central do Brasil.

Porém ao que entendemos se tal argumentação fosse verdadeira somente teriam acesso ao crédito, as empresas que dele não necessitam, ou seja, seria provocado um êxodo no sistema financeiro.

Entendemos que as exclusões são fruto de interpretação do artigo

170⁵¹ da Carta Magna, vez que tal providência busca assegurar a ordem econômica, o atendimento a função social da propriedade e a busca pelo pleno emprego.

Sobre o tratamento concedido as operações garantidas por meio de alienação fiduciária, o entendimento jurisprudencial, tem sido pela não sujeição aos efeitos da recuperação judicial, coadunando-se a exposição realizada até o momento, exemplificamos, entretanto a discussão que se mantém hoje, é se tais bens devem estar sujeitos ao chamado “*staty period*”, ou seja, se em se tratando de bens gravados pela alienação fiduciária, e considerando estes essenciais ao desenvolvimento da objeto social da empresa, se estaria vedada pelo prazo de 180 dias a apreensão de tais bens.

Entendemos que sim, em se tratando de bens essenciais não pode os credores desrespeitarem o período de suspensão de 180 dias, pois do contrário estaríamos levando a recuperação judicial ao insucesso.

O Judiciário Bandeirante⁵² tem se posicionado da seguinte forma, sobre o assunto:

⁵¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁵² TJSP - 30 Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento n. 2302981120118260000 SP 0230298-11.2011.8.26.0000 Relator: Desembargador Lino Machado. Julgamento em 29 de fevereiro de 2012.

Agravo de Instrumento Ação de busca e apreensão fundada em contrato de abertura de crédito fixo com garantia real com alienação fiduciária (escavadeira hidráulica) Recuperação judicial Suspensão da busca e apreensão do bem objeto de alienação fiduciária pelo prazo de cento e oitenta dias Indispensável à atividade empresarial da devedora Decisão mantida. Evidentemente que a escavadeira hidráulica objeto da alienação fiduciária em garantia é indispensável à atividade empresarial da devedora, ora agravada - O art. 49, § 3º, última parte, da NLF, veda "durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial". Agravo desprovido, com observação.

Entendemos que o tratamento a alienação fiduciária é razoável, entretanto tratamos como reticência medidas que busquem descaracterizar a lei de recuperação judicial, de modo a possibilitar o alongamento sucessivo e injustificado do prazo de 180 dias, preconizado pelo artigo 6 parágrafo 4, fato que traria insegurança e levaria por conseguinte a perda de eficácia do sistema recuperacional, pois todo o ambiente criado pelo legislador em prol da concessão de crédito e fomento de empresas já debilitadas iria perder eficácia, pois o ambiente de insegurança seria instalado, pois faltaria a expectativa de retorno do capital empregado.

2.2) Sobre o arrendamento mercantil (leasing);

Necessária a abordagem sobre o arrendamento mercantil, a terceira das operações excluídas dos efeitos da recuperação judicial, é caracterizado por ser um contrato bilateral e com elementos próprios do contrato de compra e venda e locação, motivo pelo qual, alguns doutrinadores, costumam rotulá-lo como contrato “*sui-generis*”.

Inicialmente o contrato de arrendamento mercantil, ou simplesmente leasing, era destinado a aquisição de bens de consumo para empresas e, em sua origem era classificado em três tipos ou formas de contratação, assim entendidas: a) operacional; b) financeiro; c) back.

A distinção entre as três formas refere-se a sua destinação e objetivos dos contratantes, ora nomeados como arrendador e arrendatário, deste modo o leasing operacional, é classificado como o contrato pelo qual o arrendatário escolhe o bem, utiliza durante o termo estabelecido entre as partes e findo o termo devolve a posse direta ao arrendador, talvez o leitor tenha notado, mas este é a modalidade de leasing que mais se assemelha com a locação.

Sobre o leasing financeiro, se assemelha ao contrato de compra e venda e entendemos ser a modalidade responsável pela difusão do contrato de leasing (arrendamento mercantil) em nossa sociedade e por consequência em nosso ordenamento jurídico.

Muito embora existam bastante similitudes com o contrato de compra e venda, a distinção existe e reside na possibilidade de aquisição ou não do bem ao final da contratação, considerando o contrato “puro” de arrendamento mercantil, do tipo financeiro, em se chegando o termo do contrato, o arrendatário que desejoso de ficar com o bem para si, ou seja, que busque efetivar a transferência de propriedade do patrimônio da companhia arrendadora ao seu, deverá arcar com o chamado “valor residual garantido”, ou simplesmente “VRG”, ou seja, assim como no tradicional contrato de locação, o arrendador, realiza o pagamento de prestações mensais, as quais não lhe garantem o direito de propriedade e sim o de uso, como na locação. Entretanto caso, o arrendador, queira obter a propriedade do bem, poderá mediante a paga do chamado “VRG”, obter a propriedade do bem.

Acreditamos que tal mecanismo é um dos principais responsáveis pelo menor custo do contrato de arrendamento mercantil, quando comparado com outras operações destinadas a aquisição de bens de consumo, como a já citada alienação fiduciária.

E concluindo a exposição sobre as formas que se apresentam sobre o contrato de arrendamento mercantil (leasing), restou abordar o chamado “lease back”, ou seja, por este contrato, ao se chegar ao seu termo, o arrendatário, se obriga a devolver o bem ao arrendador, vale ressaltar que em todas as suas modalidades, o contrato de arrendamento mercantil é regido pela lei 6099 de 1974.

Sobre o tema, o Ministro do Ruy Rosado de Aguiar⁵³, do Superior

⁵³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. 140 p. (Série Pesquisas do CEJ; 11).

Tribunal de Justiça, indicou:

“...Leasing é novo tipo de contrato pelo qual quem pretende se utilizar de determinado bem fora do seu patrimônio consegue que uma instituição financeira o adquira para arrendar ao interessado por certo tempo, com a possibilidade de o arrendatário, findo o prazo, optar pela devolução do bem, pela aquisição do bem, mediante o pagamento de um preço residual previamente fixado, ou por renovar o contrato. Pressupõe um vendedor (ou fabricante), um adquirente (que é o financiador) e o interessado (arrendatário). O preço do arrendamento compreende o custo da compra, o custo do financiamento, o lucro do financiador e a correção monetária a partir do vencimento da prestação. Possui três modalidades: o operacional, em que o propósito é só arrendar, com a vontade de reaver; o financeiro, cujo propósito principal é o de financiar, não o de receber de volta - é o que mais tem sido praticado no mercado, para o financiamento de máquinas, equipamentos e veículos (automóveis e ônibus), e o leasing back, em que o proprietário aliena o bem à companhia de leasing e permanece com a posse, na condição de arrendatário. A matéria é regulada na Lei 6.099/74 e na Res. CMN 2309/96.

Atualmente o contrato de arrendamento mercantil, continua e franca utilização seja por pessoas físicas, seja por pessoas jurídicas, o contrato devido ao baixo custo vem ganhando novas formas, se adaptando ao anseio daqueles que o utilizam, como exemplo a realização do pagamento do valor residual garantido, de forma diluída e diferida em meios as parcelas mensais.

Este é um fato que permite o arrendatário, a garantia de que ao final das parcelas o bem será de fato seu, integrará o seu patrimônio, e o dispensará de eventual dispêndio de recurso (de monta considerável) para obter para si o bem desejado.

Acerca do tratamento do contrato de arrendamento mercantil quando em confronto com a recuperação judicial, pensamos, ser pacífico o motivo de sua exclusão, a qual seja o de que o bem não é de titularidade da empresa em recuperação judicial, e sim, da empresa arrendadora.

Deste modo, não pode reclamar o arrendatário em recuperação judicial, a inclusão deste contrato no rol das operações sujeitas a recuperação judicial, do contrário, pensamos que em se tratando de operações de arrendamento mercantil, a recuperanda que não honrar as prestações mensais do contrato, poderá se ver como réu em processo que reclamará a restituição do bem ao patrimônio da companhia arrendadora.

Posição esta que se coaduna ao entendimento jurisprudencial⁵⁴, o qual colacionamos:

Ementa: Reintegração de posse. Crédito da agravante, oriundo de contrato de arrendamento mercantil, que não se sujeita à recuperação judicial. Retomada do bem. Pertinência. Agravo provido. No tocante à questão de fundo, observa-se, na espécie, o transcurso do prazo de 180 dias aludido no artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005, ao passo que, na esteira de iterativa

⁵⁴ TJSP - 34 Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento n. 0073026-17.2012.8.26.0000
Relator: Desembargador Nestor Duarte. Julgamento em 14 de novembro de 2012.

jurisprudência, o crédito a que faz jus a agravante a título de contraprestação pecuniária firmada em contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, não se sujeita à recuperação judicial.”

Em modo análogo ao julgado entendemos que durante o “*star period*” os bens essenciais a atividade da empresa, devem permanecer sob a posse direta da empresa em recuperação judicial, face o espírito de concessão e colaboração entre as partes que norteia o processo recuperacional.

Entretanto é evidente que após o decorrer do período de 180 dias, em persistindo a mora no pagamento, a medida de reintegração deve ser prestigiada pelo Judiciário.

2.3) sobre o adiantamento ao contrato de câmbio (ACC)

A operação de adiantamento ao contrato de câmbio é compreendida pelo procedimento em que o empresário buscando meios para realização de uma operação de compra e venda, importação ou exportação, toma recursos para sua viabilização.

Basicamente considerando a operação interna, todo o ingresso de

moeda estrangeira por força de normativo do Banco Central⁵⁵ deve ser liquidada no âmbito 'da instituição financeira e repassada ao cliente o valor correspondente a reais.

Deste modo, o contratante nacional, ora importador, não detendo meios para saldar a operação de câmbio, ou por vezes preferindo não efetuar o dispêndio, da operação á vista, contrata junto a instituição financeira, empréstimo correspondente ao câmbio que deverá saldar.

Sob aspecto geral para se viabilizar tal contrato, as instituições financeiras, o fazem lastreados em letras de câmbio, debêntures cambiais ou descontos de warrants, as quais como em uma espécie de operação triangulada são ofertadas a instituições no exterior como forma de captação de recursos, ou seja, na realidade a instituição financeira nacional atua como intermediador, vez que os recursos são oriundos de investidores ou poupadores estrangeiros.

Este aspecto é o legitimador da exclusão dos créditos oriundos da operação de adiantamento ao contrato de câmbio, ou seja, estamos lidando com recursos captados no mercado internacional, os quais, por vezes são originários da poupança popular.

Vale destacar que na contratação de operação de adiantamento ao contrato de câmbio, fica a instituição financeira local, vedada a realizar quaisquer negociações secundárias com os contratos de adiantamento ao contrato de câmbio, ou seja, fica impedida a instituição financeira de realizar a chamada securitização ou

⁵⁵ Conforme Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – RMCCI, disponível em <http://www.bcb.gov.br/Rex/RMCCI/Ftp/RMCCI.pdf>. Último acesso em 20 de abril de 2013.

cessão de crédito, ou seja, devem ficar em sua posse até o seu vencimento.

Sob a ótica econômica é levado em conta que operações deste tipo geram ao menos dois benefícios ao mercado interno: a) O primeiro mais simples de sintetizar, retrata a possibilidade do exportador ampliar sua gama de clientes, de forma exponencial e a segunda: b) refere-se a circulação e aumento de divisas que entram no mercado local, as quais contribuem para o aumento do poder de importação do país.

Neste sentido Michael Porter⁵⁶, ensina:

“O comércio internacional permite ao país aumentar sua produtividade, eliminando a necessidade de produzir todos os bens e serviços dentro do próprio país. Com isso, a nação pode especializar-se nas indústrias e segmentos nos quais suas empresas são relativamente mais produtivas e importar os produtos e serviços em relação aos quais suas empresas são menos produtivas do que as rivais estrangeiras, aumentando dessa forma a produtividade média de toda a economia. As importações, portanto, bem como as exportações, são parte integrante do crescimento da produtividade”.

Doutro enfoque, não mais econômico e sim eminentemente jurídico a doutrina contemporânea tem vistas a se posicionar de forma similar a doutrina econômica, entendendo que o benefício concedido aos bancos, ou seja, a não submissão dos contratos de

⁵⁶ PORTER, Michael. A vantagem competitiva das nações. 1989. Rio Janeiro. Campus.

adiantamento ao contrato de câmbio, corresponde em realidade a um modo de estimular a economia nacional, tal premissa é analisada pelo Professor Sergio Campinho⁵⁷, o qual leciona:

“a vantagem por lei assegurada tem em mira ampliar as exportações de produtos nacionais, com barateamento do financiamento respectivo. É amplamente sabido que um dos componentes mais agudo da equação da taxa de juros praticada pelas instituições de crédito é o risco da inadimplência. A restituição preconizada visa a contribuir para a redução do risco de não recebimento pela instituição financeira das importâncias adiantadas, motivando a cobrança de uma taxa de juros mais reduzida em relação àquela que seria demandada caso não houvesse esse direito...”

Do mesmo nos causa preocupação o cenário, que entendemos perverso, de inclusão dos créditos provenientes de operações de adiantamento ao contrato de câmbio no concurso de credores da recuperação judicial.

Somos forçados a imaginar qual seriam os efeitos de tal medida no cenário econômico de nosso país, teríamos confiabilidade? Aspiraríamos confiança aos investidores externos?

Estas e outras questões devem ser pensadas, pois ao menos dois fatores devem ser analisados antes da propositura de medidas que venham a estabelecer a submissão de tais operações ao regime da lei de recuperação de

⁵⁷ CAMPINHO, Sergio. Falência e recuperação de empresa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pg. 403

empresas e falências, os quais sejam: a) o advento da globalização, ou seja os mercados estão em franco contato, ou seja, ao menor indício de desconfiança, o investidor institucional, migra seus recursos para outros mercados sem maiores cerimônias e b) a ponderação entre os valores envolvidos em eventual decisão judicial que possa vir a obrigar o credor do chamado “ACC” a se habilitar no concurso de credores de uma recuperação judicial, sem dúvidas isto provocaria o afastamento de investidores e conseqüente desinvestimentos em nossas industrias e menor ou nulo crescimento de nossa economia.

Acreditamos e temos que felizmente a Jurisprudência tem se construído de modo a não albergar os créditos oriundos das operações de “ACC” no rol do concurso de credores da recuperação judicial.

Tal posição é análogo ao posicionamento dos advogados Luís Ambrósio e Carla de Vasconcellos Crippa em artigo veiculado na revista Capital Aberto⁵⁸, indicaram:

“...O Adiantamento a Contrato de Câmbio (ACC) é muito utilizado pelas empresas brasileiras como forma de financiamento da exportação. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF), que está em vigor desde junho de 2005, pode aumentar ainda mais a confiança das instituições financeiras no ACC, ao estabelecer que as quantias dadas ao exportador em moeda nacional em decorrência do ACC estarão à prova de eventual falência e/ou recuperação judicial ou extrajudicial do exportador. Em caso

⁵⁸ AMBROSIO, Luis.; CRIPPA, Carla de Vasconcellos. O ACC e a Lei de Falências. Capital Aberto. Ano 4, n. 48, 2007 . p. 63. Disponível em http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&i=1535&sec=24. Acesso em 30/03/2013.

de falência, a LREF sedimentou o entendimento jurisprudencial de que tais quantias deverão ser restituídas ao credor em dinheiro e não serão arrecadadas para a massa falida. Já para a recuperação judicial e extrajudicial, a lei estabelece que esses créditos não se sujeitarão aos efeitos da recuperação. Além disso, determina que os credores do ACC não terão de obedecer o chamado stay period, pelo qual as ações e as execuções movidas contra o devedor ficam suspensas pelo prazo máximo de 180 dias contados da data do deferimento do pedido de recuperação.(...) A LREF trouxe importante proteção para os créditos decorrentes do ACC, visando aumentar a utilização dessa modalidade de financiamento pelos exportadores a um custo mais baixo. Entretanto, o sucesso dos institutos trazidos pela LREF muito dependerá do amadurecimento dos operadores do direito, incluindo advogados e juízes. A observância da LREF na prática será fundamental para trazer mais segurança jurídica e incentivar o ingresso de capital estrangeiro no País.

Seguramente os autores do artigo acima, mesmo que pudessem imaginar a forma com a qual a Jurisprudência estava se construindo e se amoldando a realidade de nossa sociedade, não imaginaram que com a chegada a apreciação da questão (submissão ou não das operações oriundas de ACC aos efeitos da recuperação judicial) que a decisão sobre a sua não submissão tenha se dado mediante a placar tão apertado.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão da submissão das operações provenientes de adiantamento ao contrato de câmbio e, em apertada síntese, vindo a concluir que de fato tais créditos não adentram ao bojo recuperacional, estando, portanto resguardado os direitos de cobrança dos credores,

isto é, na forma originária da contratação e não sob a égide das premissas recuperacionais.

Em tal julgamento o voto condutor do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva⁵⁹, aduziu:

“...Ora, assim como havia no regime jurídico revogado, a antiga lei de falências, o que há na Lei nº 11.101/05 é a opção clara e direta do legislador, feita na letra do § 4º do seu art. 49, no sentido de se preservar a restituição dos ACCs pela via independente à do plano de recuperação, compreensão referendada pela doutrina de Fábio Ulhoa Coelho (in "Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (Lei nº 11.101, de 9-2-2005)". 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 154-155 - grifou-se): "...nem todas as ações e execuções movidas contra o requerente da recuperação judicial se suspendem. Continuam, assim, a tramitar (i) ações de qualquer natureza (cível ou trabalhista) que demandam quantias ilíquidas; (ii) reclamações trabalhistas; (iii) execuções fiscais, caso não concedido o parcelamento na forma da lei específica a ser editada nos termos do art. 155-A, §§3º e 4º, do CTN; (iv) execuções promovidas por credores absolutamente não sujeitos à recuperação judicial (isto é, pelos bancos titulares de crédito derivado da antecipação aos exportadores (ACC), proprietário fiduciário, arrendador mercantil ou o vendedor ou promitente vendedor de imóvel ou de bem com reserva de domínio." Se de um lado a solução dada ao caso origem se apresenta harmônica em si, sob a perspectiva econômica e da estabilidade contratual, o desprestígio da

⁵⁹ STJ – Terceira Turma – Recurso Especial nº 1.279.525 - PA (2011/0153398-5). Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas.

solução legal para privilegiar os postulados defendidos no julgado mostra-se indesejável porque compromete a fluidez dos investimentos lastreados na modalidade do crédito em questão (largamente utilizado pelos exportadores), encarecendo o custo da captação de recursos e dificultando a geração de renda, emprego, inovação e a arrecadação de Tal entendimento, a bem da previsibilidade do direito e da segurança jurídica, aliás, vem sendo prestigiado nesta Corte, que tem sustentado que "o adiantamento de câmbio não integra o patrimônio da sociedade falida ou em recuperação judicial" (Com relação à eventual perplexidade que pode advir das conclusões ora trazidas a lume, como já apontado no Conflito de Competência nº 1.070.060/SP (DJ-e 5/12/2011), é importante destacar que"(...) o princípio da preservação da empresa não pode ser entendido como absoluto, revelando-se também incoerente com a função social da propriedade consagrada pela Constituição a chancela do Poder Judiciário a práticas que representem estímulo à ineficiência empresarial, à insolvência, à inadimplência fiscal e trabalhista (deveres fundamentais no Estado Contemporâneo) e à concorrência desleal, pois o custo da manutenção da empresa não pode ser imposto a toda sociedade, a qualquer preço. Nesse espectro, o valor que o Poder Judiciário pode afiançar deve equivaler àquele que se apresentar compatível com os ditames do regime normativo vigente, fruto, aliás, de rico processo legislativo e testado também sob o aspecto da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADin nº 3.934/DF, em cujo voto condutor (Min. Ricardo Lewandowski, p. 7) ponderou-se: 'No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o que se defrontou.'" (grifou-se) Ao negar a aplicação do § 4º do art. 49, sob o argumento de

preservar o plano de recuperação judicial, construindo exceção no eloquente silêncio do legislador, o julgado cria condições nas quais é possível ao Poder Judiciário verdadeiramente legislar, praticando a jurisdição na forma tipicamente vedada pela Súmula Vinculante nº 10/STF ("Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte").

Entendemos como positiva a uniformização da Jurisprudência pela via da exclusão das operações de adiantamento ao contrato de câmbio do rol dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Tais decisões vão de encontro aos objetivos da lei, conforme já salientava o Senador Ramez Tebet⁶⁰ em seu parecer sobre a então nova lei de recuperações e falências, a qual fazemos menção e transcrevemos parcialmente, em específico sobre a abordagem desenvolvida sobre tais contratos.

“...O ACC, atualmente, é o principal instrumento de financiamento da produção para exportação do Brasil. Os exportadores brasileiros pagam nesse tipo de financiamento juros menores que o Estado Brasileiro paga no lançamento de seus papéis no exterior. Esse baixo custo relativo do financiamento por ACC decorre do baixo risco e da grande segurança jurídica que o revestem. O atual momento político-econômico brasileiro

⁶⁰ Idem citação 26.

requer grande estímulo às exportações, com o objetivo de equilibrar o balanço de pagamentos por meio da geração de superávits na balança comercial. Esse objetivo pode ser gravemente ameaçado com o comprometimento do principal instrumento de financiamento das exportações. Inviabilizar o ACC significa reduzir as exportações, causar retração na economia e gerar desemprego, o que não interessa a ninguém, especialmente à classe trabalhadora. Mais uma vez aqui, é preciso buscar a solução que melhor harmonize os princípios fundamentais que devem permear a lei de falências. De um lado, a necessidade de se protegerem os trabalhadores e de garantir-lhes a subsistência. De outro, o imperativo de reduzir o custo do crédito. Ponderar esses efeitos contraditórios não é tarefa simples, mas parece-nos que, no atual momento histórico, nada pode ser mais deletério aos trabalhadores do que a eliminação de vagas de trabalho em decorrência do arrefecimento do impulso exportador...”

Deste modo nos posicionamos de modo favorável a previsão do artigo 49 parágrafo 4 combinado com o artigo 86 inciso II, entendemos que se faz pertinente em situações como o dos titulares dos contratos de “ACC”, face a supremacia do interesse envolto em tais contratos.

Salutar se faz a premente necessidade de constante crescimento econômico de nosso país, o qual cremos, que somente será fomentado mediante incentivos significativos a iniciativa privada, que por sua vez clama por maior segurança em seus retornos, que exista o risco, alias isto é adstrito a mercancia. Entretanto o risco pode ser mitigado e se existente, que se prevejam regras para cobrança, que ao menos concedam certa previsibilidade sobre o retorno de parte do capital investido.

No próximo capítulo, buscaremos analisar os efeitos da aplicabilidade do artigo 49, verificando a existência ou não da propagada redução do custo do capital para as empresas que necessitando da tomada de recursos, se utilizam de tais meios em detrimento e em comparação aos produtos financeiros que não são dotados de garantias isentas a recuperação judicial.

3) Reflexos da aplicação do artigo 49 nos ambientes econômico e empresarial, houve a prometida redução dos “spreads“?

Particularmente entendemos que no presente momento a análise da efetividade das exclusões aos efeitos da recuperação judicial, considerando se benéficos ou maléficos aos partícipes do procedimento recuperacional e sob uma visão mais ampla, quais reflexos a lei estaria reproduzindo no ambiente econômico.

Consideramos assim, pois se analisarmos mais detidamente, a lei 11.101 de 2005, após de pouco mais de 07 (sete) anos de vigência e pouco mais de 03 (três) anos de aplicabilidade fática, a presente legislação se encontra em plena fase de maturação, ao que entendemos que os partícipes da relação, assim consignados, advogados de credores e devedores, administradores judiciais, economistas e contabilistas, juízes e promotores, ainda estão tateando sobre qual seria a melhor forma de aplicabilidade da novel legislação.

Certo dizer que a lei ainda apresenta a necessidade de alguns ajustes, como já defendemos anteriormente, como exemplo; a) a forma de comunicação dos atos, que deveria no nosso entendimento ser administrada pelo Poder Judiciário, ao invés da plena incumbência ao devedor e administrador judicial, algo que entendemos iria garantir uma maior confiabilidade ao procedimento e garantiria uma plena possibilidade de todos os credores participarem do concurso de credores de modo homogêneo;

b) entendemos que o processo recuperacional, não poderia ter seu encerramento no período de 24 meses pós concessão, a fiscalização dentro desse período, ao que defendemos, é rasa, logo o melhor a coletividade seria a fiscalização do Poder Judiciário sobre toda a extensão do plano recuperacional, ou seja, até o término do pagamento ajustado ao último credor.

Consideramos que a presente disposição é extremamente gravosa e acarretou a elaboração de planos recuperacionais, ao tipo, “fórmulas prontas”, sendo que naturalmente a empresa que com efeito não cumpre seu plano recuperacional terá sua falência decretada, logo bastou prever como condição a carência de 24 meses pós homologação do plano pelo Juízo falimentar, assim, decorridos 24 meses o Juiz com base no artigo 61⁶¹ da lei, proferirá o encerramento do processo, independente do cumprimento de quaisquer obrigação, claro, existem argumentos que legitimam a aplicabilidade de tal cláusula em planos de recuperação, porém tal possibilidade deve ser amoldada a realidade da empresa e não “fórmulas prontas” presentes na quase

⁶¹ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

totalidade dos planos ofertados hoje aos credores.

c) Assiste a nossa preocupação o fato do possível conflito de interesses, que pode existir por parte de administradores judiciais e empresas em recuperação judicial, sendo que aqueles podem ao não agir com a isenção atribuída ao cargo, conduzir o Juízo a erro ao batalharem pela aprovação de planos nocivos ou pela admissão ou negligência de créditos inexistentes, ao que colidiria com o, possível, beneficiamento no recebimento de seus honorários, vez que pela lógica legal a remuneração é fixada sobre o valor da dívida da empresa em dificuldade.

Assim é necessário pensarmos em mecanismos que privilegiem os bons administradores judiciais e limem os maus, ao que pensamos, somente irá beneficiar os pólos de poder da recuperação judicial, ou seja, credores e devedores, bem como transmitirá uma maior confiabilidade ao Juízo no ato de uma decisão.

d) Tão preocupante quanto aos pontos acima destacados, nos preocupa imensamente, a combinação desinformação X oportunidade, explicamos:

Ao que consideramos desinformação, é a necessidade de aculturamento do empresariado para utilizar a recuperação judicial como algo sério e necessário ao seu soerguimento. Infelizmente o que constatamos por meio da militância no meio recuperacional, é que o empresário brasileiro, tem como principal característica (extremamente positiva) não abandonar seu negócio, batalhando por ele sob todas as adversidades que possa enfrentar.

Entretanto como tudo, tal comportamento se excessivo, pode ser ruim, e levar com que a empresa em dificuldade perca o “timing” do pedido

recuperacional e passe a ser mais uma empresa falida.

Atualmente e lamentavelmente, grande parte das empresas que requerem a proteção recuperacional, estão na verdade falidas e sob quaisquer possibilidades de soerguimento, provocando assim o desvirtuamento do espírito de preservação de legislação recuperacional, impondo perdas irreparáveis aos credores, assim considerados: trabalhadores, fornecedores, investidores e toda sociedade, via-fisco e claro, sob o risco claro de colapso a toda uma cadeia de empresas, as quais podem ser arrastadas a crise pela simples imposição de planos recuperacionais ruins.

E por último, entendemos que a postura de profissionais que lucram e se beneficiam economicamente da lei 11.101 de 2005, por meio da exploração da crise empresarial, atuam como “milagreiros”, ofertando como promessa a redução do passivo em até 90%, sem prévio conhecimento da real situação da empresa, bem como sem interesse a realização de diálogos com os credores, para assim desenvolver um plano factível de ser cumprido, ao contrário atuam de modo corromper a legislação e pior atuam de modo a colocar a “pecha” que tanto maculava a antiga concordata e o Decreto-Lei 7661 de 1945.

Estes são pontos que ao nosso entender preocupam e podem colocar todo o sistema recuperacional em descrédito.

Muito embora como já advogamos anteriormente, a legislação recuperacional seja recente e ainda muito cedo para realizarmos um juízo de valor, acerca de sua efetividade sob a seara econômica, nos filiamos a corrente que entende que tanto a propriedade fiduciária, quanto o leasing (arrendamento mercantil) e a operação de adiantamento ao contrato de câmbio, não representam uma vicissitude

da legislação, ao contrário permeiam a legislação, de modo a possibilitar a injeção de recursos em empresas já debilitadas, algo que não aconteceria, caso não existisse as previsões do artigo 49 e 86 ambos da lei recuperacional.

Tão pouco nos parece razoável a argumentação de que a sistemática proposta pela atual legislação falimentar, coloque em choque os direitos dos demais credores, em prol do privilégio de poucos, os quais em sua maioria são instituições financeiras, ora, não entendemos que o teor do artigo 49 e 86 representem alguma vicissitude ao sistema recuperacional e falimentar, a contrario sensu é válido frisar que pela atual sistemática é lícita a concessão de tratamento diferenciado a determinado credor, quando este fomentar a atividade mercantil, apoiando assim a recuperação judicial.

Ao que defendemos é exatamente este ponto, ao permitir a realização de contratações excluídas de eventual regime recuperacional, o legislador, concede sim uma benesse, porém mais que isso, atua em favor da empresa ao estimular o fomento e emprego de capital na empresa, pois é válido frisar que sem tais estímulos, o chamado capital de giro “seca”, ou seja, a empresa deixa de receber aportes, pois como sabido, as operações “tradicionais” muitas vezes garantidas de forma fidejussória, se sujeitam a tais efeitos e por meio ao cruzamento de dados do chamado “sisbacen”, as instituições financeiras, conseguem delimitar a exposição a risco de determinada empresa e com base em análise de seu faturamento, traçar análises que indicam a solvência ou não de determinado cliente, ora, nos faz lembrar a argumentação contrária a lei, de que uma vez que os bancos ficam obrigados a realizar a análise da qualidade do crédito, este assume o risco de emprestar, logo estaria sujeito.

Não nos parece razoável que este argumento seja a favor das empresas, pois se verdadeiro, nenhuma instituição financeira com o mínimo de estrutura de monitoramento, realizará contratações, com empresas com classificação baixa, ou seja, se considerarmos como ruim o atual cenário, muito pior a situação que se avizinha com a inclusão de todo e qualquer crédito no processo de recuperação judicial, pois visualizamos que somente terá acesso ao crédito, empresas com classificação ótima de crédito e aquelas com classificação não tão boa, ou ruim poderão ter acesso, porém a um custo excessivo, vez que a instituição financeira irá querer uma contraprestação para correr o risco de se emprestar aquele cliente.

A doutrina atual encontra “estandartes” em ambas posições, ou seja, defendendo a inclusão total dos créditos a recuperação judicial e pela manutenção da presente disposição que permite assim a exclusão de determinadas operações ao regime recuperacional, assim, como meio de auxiliar a refelexão apresentamos ambas as correntes, sendo que favorável a inclusão de todos os créditos a recuperação judicial, citamos a lição do advogado Elias Farah Katudjian⁶², o qual indica:

“...Essas modificações foram introduzidas sob a falas justificativa de serem necessárias para a redução do “spread”, pela redução dos riscos resultantes da inadimplência dos tomadores de empréstimos e financiamentos junto às instituições financeiras. Pois bem, cabe, hoje, perguntar: o “spread” foi efetivamente reduzido, como prometido? (...) citando O Ministro Guido Mantega prossegue: “O custo financeiro no Brasil continua muito alto. É

⁶² KATUDJIAN, Elias. Pela (Re) Inclusão dos créditos excluídos da recuperação. Coor. Newton de Lucca ET alii. *in* Direito recuperacional. Vol.2 - aspectos teóricos e práticos. Quartier Latin. 2012. São Paulo.

uma distorção em relação ao que acontece em outros países. A grande anormalidade é que os spreads (diferença entre o custo que o banco paga na captação do dinheiro e o juro que cobra do cliente) são muito altos no País. O consumidor brasileiro paga juros absurdos”Ai está: caiu a máscara do argumento falacioso, usado como pretexto para excluir os créditos dos bancos do alcance da recuperação Judicial ou Extrajudicial do devedor, inviabilizando a consecução de seus objetivos.(...) Inaceitável a exclusão de créditos detidos pelos bancos, quando revestidos das especiais condições estabelecidas nos parágrafos: 3, 4 e 5 do art. 49 da Lei de Recuperação de Empresas, com a conseqüente supressão do direito a voto na assembléia Geral de Credores que irá aprovar ou rejeitar o Plano de recuperação, pela disposição do artigo 39. (...) restou demonstrado que essas disposições inviabilizam a recuperação das empresas. Realmente, alcançado o desiderato dos bancos, tudo parecia estar a sua feição para fazer valer tais privilégios, escapando dos efeitos da medida judicial impetrada pela devedora. (...) No entanto a experiência colhida em plena vigência da lei revela que o poder conferido aos bancos foi tão grande que, hoje, eles mesmos hesitam em adotar rigorosas medidas de que dispõem em face do devedor, por saberem que, delas se valendo rigorosamente, levarão à sua quebra, ruínosa para todos...”

Em contraponto ao Dr. Elias Farah Katudjian e com toda vênua, entendemos seu argumento, porém ao analisar a situação da exclusão das operações provenientes da garantia fiduciária, do arrendamento mercantil e do adiantamento ao contrato de câmbio, necessário se faz, irmos além, analisando inclusive, a situação da inadimplência de nosso País e como morosa e insatisfatória se mostram os procedimentos extrajudiciais e judiciais de excussão de garantias e recuperação do

crédito concedido.

Para sintetizar, é válido compararmos a situação da inadimplência da Espanha com a realidade Brasileira, no país catalão, compreendendo sua visível situação de crise, em que recentemente se divulgou que 50%⁶³ dos jovens com idade até 35 anos estão desempregados e no índice geral sem discriminar a idade 27% da força produtiva está desempregada, uma situação caótica e dramática sem dúvida, que fazem as instituições financeiras locais amargarem uma inadimplência de 11% do total dos créditos concedidos naquele país.

Em contrapartida quando analisada a economia brasileira, no mesmo período e considerando o momento expansionista e de crescimento, em que o índice de desemprego é próximo a zero, a inadimplência em operações de crédito somam 5.5%⁶⁴, ou seja, mesmo em um cenário confortável o índice é elevado.

Pesa contra nós o fato de nosso judiciário ser extremamente moroso, no procedimento de execução e satisfação dos credores, claro, que não estamos diante de uma situação gravosa e epidêmica como a da economia espanhola, porém não se deve descartar tais dados e claro, que eles influem na precificação dos empréstimos.

Nosso pensamento, se coaduna ao dos Professores Jairo Saddi e

63

Disponível

em

<http://www.valor.com.br/internacional/3110068/novas-projecoes-economicas-tracam-quadro-sombrio-para-europa>, último acesso em 03 de maio de 2013.

64 Disponível em

<http://www.valor.com.br/financas/3110630/pesquisa-da-febraban-reduz-perspectiva-de-inadimplencia-em-2013>, último acesso em 03 de maio de 2013.

Armando Castelar Pinheiro⁶⁵, os quais tratam sobre o tema e indicam:

“...A qualidade da legislação e a proteção que ela confere a devedores e credores são importantes determinantes tanto na taxa de juros como o do tamanho e da composição do mercado de crédito. Idealmente, deve-se procurar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e tomar riscos - e para isso ele deve ter alguma proteção em caso de fracasso -, e estimular o credor a emprestar, de forma que haja empréstimos disponíveis em quantidade e nas condições apropriadas. (...) A evidência empírica indica que a boa proteção legal aos credores leva a juros mais baixos e a um mercado de crédito mais ativo. Há estudos que mostram, por exemplo, que a taxa de juros é mais alta nos estados norte-americanos cuja legislação oferece mais proteção aos devedores e que, nos estados brasileiros em que o Judiciário funciona melhor; a razão entre crédito e PIB é maior; o que se observa igualmente na comparação entre países. Também há indicações de que o fato de a Lei de Falências norte-americana favorecer os acionistas em relação aos credores, comparando com o que se observa na Europa, ajuda a explicar por que nos Estados Unidos os spreads de risco são mais altos que na Europa. As comparações internacionais revelam que a legislação que define os direitos de credores e devedores no Brasil é pouco eficiente, no que se refere ao favorecimento do desenvolvimento do mercado de crédito. Numa escala de 0 a 10, o Brasil tira nota 2, contra uma média de 3 para a média da América Latina, 4 para a média dos países emergentes e 7 para a dos países desenvolvidos. Em termos da cobrança judicial de dívidas, o custo no Brasil é estimado em 15,5% do valor da dívida (...) No que diz respeito à aplicação das leis, a lentidão do Judiciário é percebida como o

⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *in* Direito, Economia e Mercados. Campus. 2006. Rio de Janeiro.

maior problema. Em alguns casos, a simples notificação de um devedor pode levar três anos e as ações de conhecimento e execução, cinco anos cada. (...) Há também a percepção de que os juízes brasileiros têm uma atitude pró-devedor, fator que contribuiria para prejudicar o equilíbrio que deve ser buscado entre os direitos de devedores e credores, a fim de promover o bom funcionamento do mercado de crédito. (...)

Em análise as ambas as exposições, notadamente somam-se vários os fatores que indicam a necessidade de implemento de mecanismos na legislação falimentar que venham a possibilitar ou incentivar o fomento a empresas debilitadas.

Percebemos que a realidade em o nosso país está inserido, não se assemelha a nenhuma outra realidade internacional, mesmo países vizinhos da América latina, ou aqueles inseridos no grupo denominado BRICS dispõem de características melhores, ao que se refere a proteção dos credores e celeridade do judiciário, do que as ferramentas legais que disponho.

Como forma de clarificar a situação brasileira, com vistas a proteção do credor, apresentamos o presente quadro demonstrativo, originado em estudo elaborado pelo Banco Mundial e referendado pelos Professores Jairo Saddi e Armando Castellar Pinheiro, como segue:

País	Índice de proteção legal aos devedores e credores	Cobrança judicial de contratos			Custos do processo de falência		Práticas contábeis
		Tempo (em dias)	tempo (em anos)	Custos (% da massa falida)	Tempo (em anos)	Custos (% da massa falida)	
Países industrializados	7	165	9	2	2	7	6,4
Média dos emergentes	4	395	16	4	4	15	3,8
Médias regionais							
Emergentes asiáticos	5	286	22	4	4	17	6,5
Emergentes europeus	3	465	12	3	3	14	5,1
Emergentes latino-americanos	3	435	16	5	5	13	5,2
Brasil	2	566	15,5	10	10	8	5,4
Chile	4	305	10,4	5,6	5,6	18	5,2
México	2	421	20	1,8	1,8	18	6

Após a análise do quadro descritivo acima, é compreensível os motivos que levaram o legislador de 2005, a criação de uma classe de operações financeiras não inclusas no procedimento recuperacional.

Tal possibilidade se analisada em um primeiro instante pode soar contrária ao espírito da legislação de 2005, entretanto, entendemos que o que se buscou foi exatamente o contrário, visto que uma das maiores deficiências a ser combatida em uma empresa em situação de crise, é a falta de liquidez e incentivo a produção.

Se garantido o acesso ao capital, paralelamente a empresa em dificuldade, conseguirá obter meios para sua produção e com isso, realizar o giro de suas operações.

Além do acesso ao crédito o legislador de 2005, buscou garantir o acesso de modo mais favorável, vez que os juros a serem praticados em tais operações tendem a ser menores, ante a expectativa de retorno e recuperação do capital empenhado.

Em estudo veiculado pela Fipe, a pesquisadora Celina Ozawa⁶⁶, aborda a presente questão sob a ótica econômica e conclui que quanto maiores forem as garantias de retorno do capital emprestado, menor a taxa de juros aplicada ao crédito, senão vejamos:

“... As técnicas utilizadas indicam que a taxa de juros e garantias apresentam relação negativa nos empréstimos de Capital de Giro. Este resultado é compatível com *sorting-by-private-information* paradigm (Berger ;Ude II, 1990): como os bancos não conseguem distinguir os tomadores pelo risco, ofertam contratos com garantia e baixa taxa de juros e sem garantia e alta taxa de juros.(...) Num contrato de empréstimo para Capital de Giro, é provável que a garantia e a taxa de juros sejam determinadas conjuntamente. É provável que o sucesso na recuperação das garantias dependa da eficiência do Judiciário. De pouco adianta uma garantia que valha várias vezes o valor do empréstimo se o direito para a sua execução ocorre muitos anos mais tarde. A eficiência do Judiciário deve influenciar a recuperação da garantia, mas não deve afetar a taxa de juros (exceto indiretamente através da garantia). Um Judiciário pouco eficiente faz com que as garantias sejam muito custosas ou lentas para

⁶⁶ OZAWA, Celina. Relação entre taxas de juros, garantias e tempo de relacionamento, aplicação dos empréstimos de capital de giro no Brasil. Boletim de Informações Fipe, fev. 2009.

serem recuperadas e isso se traduz em alta carga de trabalho...”

Deste modo é de se concluir que em primeira análise, as operações tendentes a não participarem do procedimento recuperacional, quando consideradas na equalização da balança (vantagem X prejuízo), seu benefício é melhor sentido e propagado em toda sua coletividade.

Quando em contraponto, eventual prejuízo advindo da premente necessidade da empresa arcar com os pagamentos em momento diferido aos ajustados ao plano de recuperação judicial, implica em esforço adicional a geração de caixa, entendemos por dificultosa tal situação, porém o benefício auferido com tal previsão justifica sua imposição.

4) Conclusão

Do presente trabalho, buscamos apresentar ao leitor os mecanismos impostos pelo legislador de 2005 com o fito de proporcionar uma saída mais justa o possível, a qual atendesse o legítimo espírito da lei recuperacional e falimentar, de proporcionar e favorecer o soerguimento de empresas efetivamente viáveis.

Pretendeu ainda o legislador, atuando como verdadeiro fiel da balança, equilibrar os interesses de credores e devedores, os quais por sua vez foram atendidos, no aspecto do tratamento das operações oriundas de meios que não integram o patrimônio da empresa em recuperação judicial.

Deste modo e de forma contrária a legislação estadunidense, a qual como vimos, anteriormente e que ao lado da legislação francesa e italiana, foi uma das grandes fontes de inspiração para o desenvolvimento do PL 71, o qual originou a lei 11.101 de 2005, e diferentemente das legislações estrangeiras, privilegiou as operações garantidas pela propriedade fiduciária, assim entendidas: cessão fiduciária e alienação fiduciária, bem como resguardou os direitos de cobrança dos titulares de créditos provindos do arrendamento mercantil (leasing) e a operação financeira denominado adiantamento ao contrato de câmbio, popularmente conhecida como “ACC”.

Pensando em conceder meios hábeis a formulação de conclusões sobre se correta é a previsão legal do artigo 49 e sua combinação com o artigo 86 (ambos da lei recuperacional), tratamos de apresentar os argumentos econômicos que poderiam assim justificar a não inclusão de tais contratos no concurso de credores a ser desenvolvido por empresas em crise.

Em paralelo, tratamos de apresentar, os argumentos da ciência jurídica, analisando a origem de cada uma das operações, investigando e dotando de meios o trabalhos, a modo de robustecer a análise crítica e para apresentar um posicionamento imparcial e equânime.

Assim no decorrer do trabalho, analisamos o posicionamento do mercado financeiro e paralelamente o posicionamento do Poder Judiciário e suas recentes decisões acerca do tema, apresentando o desenvolvimento do pensamento jurídico, seus embasamentos e efeitos práticos, mediatos e imediatos sobre a sociedade.

Neste íterim realizamos o exercício sobre os efeitos de eventual alteração legislativa, a qual poderia culminar ao nosso entendimento com o empobrecimento da oferta de crédito e tornar ainda mais danoso o ambiente de empreendedorismo de nosso País.

Verificou-se que a confiabilidade requerida pelo sistema, quando consideramos a expectativa de retorno do capital entregue a empresa, reflete potencialmente no custo do dinheiro a ser devolvido.

Por fim, objetivamos a reflexão sobre o tema, defendendo que o tema, assim como a legislação recuperacional está em plena fase de maturação, sendo que somente a análise empírica dos efeitos de tal arcabouço legal, devem ser auferidos e assim verificados quais os seus resultados.

Não obstante, interpretando os dados coletados para este trabalho de pesquisa, o qual essencialmente e necessariamente apresentou o caráter multidisciplinar, ante a necessidade de se analisar a questão jurídica em conjunto com a questão econômica, entendemos que o momento atual legislativo, ao que se refere a lei recuperacional, não comporta qualquer alteração legislativa pontual, sendo que do contrário interpretaríamos como equivocada qualquer movimento de alteração legislativa, ao que se refere o tratamento despendido e combinado pelos artigos 49 e 86 da legislação recuperacional e falimentar.

Consideramos que o tratamento diferenciado concedido pelo legislador de 2005, é altamente justificado e encontra acolhida na doutrina jurídica e econômica, não representando qualquer vicissitude a lei as presentes previsões aqui debatidas.

Como forma de colaboração ao debate e estudo da lei, apresentamos, ao que nosso entender representa risco a lei recuperacional e poderá colocar sua vivência em cheque, ao que indicamos: a) a forma de comunicação dos atos recuperacionais, os quais devem partir do Poder Judiciário; b) reformulação do artigo 61 da lei 11.101 de 2005, de modo a possibilitar a extensão da fiscalização do Poder Judiciário até o último pagamento, ao último credor da empresa em recuperação judicial; c) Criação de mecanismos, que possibilitem a atuação

independente e imparcial do administrador judicial e por fim, ainda que “extra legem” apresentamos como risco a preocupante falta de cultura “*versus*” o oportunismos de alguns profissionais e empresários que enxergam a recuperação judicial como meio e forma imediata de locupletamento ao direito dos credores.

Ao nosso ver, estes são os verdadeiros pontos, que devem nortear o debate e a produção legislativa, ao contrário, qualquer outra alteração e principalmente ao que tange o tratamento das operações excluídas da recuperação judicial, se mostra extremamente delicado e deve ser provindo de intenso debate político com todas as classes afeitas ao tema, assim entendidos: Juristas, Advogados de empresas em crise, Advogados de empresas credoras, Juízes, Membros do Ministério Público, entidades de classe.

Não podemos ficar reféns do alvitre populista em tais questões, do contrário o estrago e a ruína econômica, ao nosso entender, muito se aproximam, e empresas que poderiam enxergar seu soerguimento irão sucumbir a falência, a qual sabemos, tem propósito inversamente proporcional ao que se almeja na recuperação judicial, ou seja, na falência evidencia-a-se a otimização dos ativos, por meio de uma rápida e satisfatória liquidação de ativos, ao contraponto a recuperação judicial que persegue a recuperação e soerguimento de empresas viáveis.

Deste modo, encerramos o presente trabalho, esperando ter colaborado com a produção acadêmica e possibilitando o debate acerca do tema, particularmente, nos posicionamos de forma favorável a legislação, a forma com a qual se encontra.

Porém mesmo com uma opinião formada sobre o assunto, nos prontificamos a continuar os estudos de forma empírica e acadêmica, de modo a se identificar se positiva ou não seus efeitos e se por ventura, viemos a entender de forma diferente o tema, quais as justificativas e quais os procedimentos que deverão ser seguidos, pelo nosso entender.

Muito Obrigado,

Marcelo Alves Muniz.

Referências bibliográficas:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. 140 p. (Série Pesquisas do CEJ; 11);

ALVES, José Carlos Moreira *in* DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 3 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1987;

AMBROSIO, Luis.; CRIPPA, Carla de Vasconcellos. O ACC e a Lei de Falências. Capital Aberto. Ano 4, n. 48, 2007 . p. 63. Disponível em http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&i=1535&sec=24. Acesso em 30/03/2013;

ASSUMPCÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem *in* A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. *Revista do Advogado*: AASP. (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX;

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco *IN* Dicionário de política. Vol.1. Imprensa Oficial e UNB, 2004. São Paulo;

CAMPINHO, Sergio. Falência e recuperação de empresa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010;

CARVALHO, Ernesto Antunes de. *in* Cessão fiduciária de direitos e títulos de

crédito (recebíveis). *Revista do Advogado*: AASP. (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX;

COELHO, Fábio Ulhoa. *in A trava bancária*. *Revista do Advogado*: AASP. (Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo. 105, Ano: XXIX;

DE PLÁCIDO E SILVA. (atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves). 15 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1999;

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *in*. Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Atlas, São Paulo. 2012;

FIUZA, César. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Ed. Aide. Rio de Janeiro. 2000;

FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado*: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), São Paulo: número 96, Ano XXVIII, Março de 2008;

FRAZÃO, Ana. *In*. Função social da empresa - repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Renovar. São Paulo. 2011;

GOMES, Orlando *in* CONTRATOS, 12 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1993.

_____; *in* DIREITO REAIS. 10 ed. Forense. Rio de Janeiro, 1992;

KATUDJIAN, Elias. Pela (Re) Inclusão dos créditos excluídos da recuperação. *Coor. Newton de Lucca ET alii. in* Direito recuperacional. Vol.2 - aspectos teóricos e práticos. Quartier Latin. 2012. São Paulo;

LACERDA, J.C. Sampaio de. *In* Manual de Direito Falimentar. 13 ed. Freitas Bastos. 1996. Rio de Janeiro;

LISBOA, Marcos de Barros, et alii, *in*. A Racionalidade da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Org. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo. 2005. Quartier Latin;

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *In* Tratado de Direito Comercial Brasileiro 7 ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1964;

MUNIZ, Marcelo Alves. Uma Nova Perspectiva Sobre a Lei de Falências, publicado em 18 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3008626/uma-nova-perspectiva-sobre-lei-de-falencias>;

NEGRÃO, Ricardo. *in* A preservação da Função Social como objetivo da recuperação judicial da empresa, artigo integrante de *Direito Processual Empresarial org. Gilberto Gomes Brushi “ET alii” - “estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças”*

OZAWA, Celina. Relação entre taxas de juros, garantias e tempo de relacionamento, aplicação dos empréstimos de capital de giro no Brasil. Boletim de Informações Fipe, fev. 2009;

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *in*. *A função dos princípios do direito recuperacional e falimentar brasileiro - artigo integrante de Direito Processual Empresarial org. Gilberto Gomes Brushi “ET alii” - “estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças”*;

PERIN JR, Écio. *In*. Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas. 4 ed, 2011. Saraiva. São Paulo;

PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *in* Direito, Economia e Mercados. Campus. 2006. Rio de Janeiro;

PONTES DE MIRANDA *in* TRATADO DE DIREITO PRIVADO – parte geral – tomo III. 4 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983;

PORTER, Michael. A vantagem competitiva das nações. 1989. Rio Janeiro. Campus;

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. Vol 1. 15 ed. Saraiva. São Paulo. 1993;

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *in*. GARANTIA FIDUCIÁRIA. 3 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000;

RICCI, Henrique Cavalheiro. Preservação da Empresa Não Impede Ação de Credores. publicado em 10 de novembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/henrique-ricci-preservacao-empresa-nao-i-mpede-ajuizamento-acao>. Último acesso em 10 de abril de 2013;

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *In* Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática. 2012. Forense. Rio de Janeiro;

SILVA, Luiz Augusto Beck. *In*. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 3. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1998;

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *in*. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro. Forense, 2008;

TZIRULNIK, Luiz. *In*. Direito Falimentar. 7 ed. 2005. Revista dos tribunais, São Paulo;

VALVERDE, Trajano de Miranda. *In* Comentários á lei de falências. Vol.1. 4 ed. Forense. Rio de Janeiro. 1999.

