

A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CRÉDITO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: Uma análise de eficiência da Lei nº. 11.101/2005 no que diz respeito à proteção do mercado de crédito

LEGAL SECURITY IN CREDIT RELATIONSHIPS AND JUDICIAL BUSINESS REORGANIZATION: An efficiency analysis of Law 11.101/2005 with regard to the protection of the credit market

Sarah Morganna Matos Marinho¹

Resumo

A Lei nº. 11.101/2005 foi inovadora em relação à antiga lei falimentar, pois criou a recuperação judicial de empresas, instituto acolhido com otimismo pela comunidade jurídica, por propor possibilidades amplas à reestruturação de atividades empresariais que, embora em crise, ainda se mostram viáveis. A Lei de Recuperação e Falência estabeleceu como parâmetros de viabilidade da empresa sua avaliação pelos credores e a exclusão de certos créditos dos efeitos da recuperação judicial, demonstrando que seu objetivo final é a manutenção de um mercado financeiro ativo. Nesse contexto, este artigo se propôs a identificar quais os gargalos da Lei nº. 11.101/2005 que visam preponderantemente conferir segurança jurídica às relações de crédito, assim como analisar, numa perspectiva de primeira instância em comparação à jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, se o Judiciário vem tratando a situação dos credores no processo de recuperação judicial de maneira eficiente. O trabalho está dividido em três tópicos, excluindo-se a introdução e a conclusão, tratando o primeiro de uma breve explanação sobre as relações entre Direito e Economia e a análise de eficiência legislativa, o segundo, de uma apreciação mais aprofundada dos dispositivos da Lei que visam preponderantemente conferir segurança jurídica às relações de crédito, e o terceiro, dos resultados encontrados no estudo prático realizado com os processos de recuperação judicial que tramitaram no Estado do Ceará desde a promulgação da Lei nº. 11.101/2005 até o dia 31 de dezembro de 2011, em comparação com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema e o com enunciado nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial. No que concerne à parte empírica da pesquisa, envolveu a coleta de dados dos processos analisados relacionados ao tema em estudo. Após, os resultados encontrados no Estado do Ceará foram comparados à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao enunciado nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial para subsidiar as conclusões extraídas. Já no que tange à parte teórica da pesquisa, envolveu a análise da literatura das áreas de Direito Empresarial e relações entre Direito e Economia, com especial atenção aos estudos sobre as transformações na economia, notadamente no tocante ao crédito.

Palavras-chave

Recuperação de empresas; Direito e economia; Análise de eficiência legislativa; Segurança jurídica nas relações de crédito.

Abstract

The Law number 11.101/2005 was innovative as compared with the old Bankruptcy Law because this has created the judicial business reorganization, an institute greeted with optimism among the legal community for proposing broad possibilities of restructuring companies in crisis, which still seems to be viable. The Reorganization and Bankruptcy Law established the assessment by creditors as a viability parameter, as well as the exclusion of certain credits of the effects of judicial business reorganization, demonstrating that its ultimate goal is the maintenance of an active credit market. In this context, this study aimed to identify the bottlenecks of Law 11.101/2005 that mainly aimed giving legal security to credit relationships, as well as analyze, from a perspective of first instance compared to the settled case law in the Superior Court of Justice, if the Judiciary

¹ Discente do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Beneficiária da bolsa Mário Henrique Simonsen da Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

has been treating the situation of creditors in the bankruptcy process in an efficient and satisfactory manner. The work is divided into three topics, excluding the introduction and the conclusion. In the first one was made a brief explanation of the relationship between Law and Economics and the efficiency analysis of law, then the second talked about a deeper analysis of the provisions of Bankruptcy Law that mainly aimed giving legal security to credit relationships, and the third exposed the results found in the case study conducted with practical judicial processes that were processed in the State of Ceará since the enactment of the Law number 11.101/2005 until December 31, 2011, compared with the consolidated case law in the Superior Court of Justice on the subject and the 42th Enunciation of I Journey of Commercial Law. With regard to the empirical part of the research, it involved data collection of the processes analyzed that concerns with the topic discussed. After, the results found in the state of Ceará were compared to the case law of the Superior Court of Justice and the 42th Enunciation of I Journey of Commercial Law to support the conclusions drawn. Regarding the theoretical part of the research, it involved the analysis of the literature in the areas of Business Law and the relationship between Law and Economics, with special attention to studies on the changes in the economy, particularly with respect to credit.

Keywords

Bankruptcy; Law and economics; Efficiency analysis of law; Legal security in credit relationships.

Introdução

A Lei n^o. 11.101/2005 foi promulgada numa conjuntura social e econômica na qual já se mostrava urgente a substituição do Decreto Lei n^o. 7661/1945. De fato, a antiga lei falimentar pertencia ao contexto pós-II Guerra Mundial, em que a economia brasileira ainda se encontrava em uma fase embrionária de industrialização e as relações empresariais e creditícias se mostravam bem mais simplificadas que nos dias atuais.

Com o decorrer dos anos e a crescente modernização da atividade industrial no País, os arranjos contratuais e empresariais tornaram-se mais arrojados e as garantias tradicionais, como a hipoteca e o penhor, foram substituídas por contrapartidas como a alienação fiduciária em garantia e a securitização de recebíveis, mais condizentes com o porte das operações financeiras que passaram a ser realizadas e com a intangibilidade de ativos que começou a caracterizar certas atividades.

Nesse contexto, a Lei n^o. 11.101/2005 criou a recuperação judicial de empresas e, em conjunto com ela, trouxe duas características marcantes em relação à antiga concordata, as quais deixam claro o intuito de fazer com que as empresas viáveis realmente sejam recuperadas através de instituto adequado à complexidade que permeia a atividade empresarial e ao contexto econômico e social em que está inserido.

A primeira das características é que a recuperação judicial inclui todos os créditos existentes contra o devedor na data do pedido, exceto os que são excluídos pela própria Lei n^o. 11.101/2005², e permite que o empresário utilize os mais diversos meios de recuperação

² Os créditos legalmente excluídos do regime da recuperação judicial são os de titularidade da Fazenda Pública, do 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 irretroatividade,

que forem lícitos, como a venda de ativos, a mudança no quadro de administradores, a alteração do controle societário, o trespasse ou arrendamento de estabelecimentos e até mesmo a permissão para que os credores tenham direito a eleger administradores separadamente e vetar matérias relacionadas ao plano de recuperação. A concordata, em contrapartida, somente incluía os credores quirografários e apenas permitia um prolongamento no prazo de pagamento dos débitos.

A segunda característica é que o plano de recuperação apresentado será aprovado ou rejeitado pelo conjunto de credores a ele submetidos. Essa peculiaridade da Lei nº. 11.101/2005 demonstra que, não obstante se tenha elaborado um arcabouço legal amplo e condizente com a complexidade das relações empresariais modernas para proporcionar uma possibilidade concreta de que a atividade empresária em crise se recupere, não são parâmetros jurídicos que determinarão a viabilidade da recuperação, e sim o próprio mercado. Na concordata, ao contrário, era o juiz que decidia se esta seria ou não concedida, com base em parâmetros jurídicos preestabelecidos.

As características atribuídas ao instituto da recuperação judicial nos permitem elaborar duas premissas. A primeira delas é que o direito brasileiro concede amplas possibilidades para que as atividades em crise se recuperem, não cabendo à lei estabelecer limites para os meios de reestruturação a ser utilizados. A segunda é que apenas as empresas viáveis devem ser recuperadas, e também não é o direito que determina os parâmetros desta viabilidade, mas sim o conjunto de credores.

A partir da última premissa, tem-se que a Lei nº. 11.101/2005, no que diz respeito à recuperação judicial, pretende conferir segurança ao mercado de crédito, excluindo do concurso certos créditos – por serem dotados de características que não aderem a um regime falimentar, ainda que vise a reestruturação da empresa – e determinando que são os credores que decidirão acerca da viabilidade ou inviabilidade da atividade empresária, ainda que tenha permitido que seus créditos se submetessem ao plano de recuperação.

Nesse íterim, este trabalho pretende reunir os gargalos existentes na Lei nº. 11.101/2005 que têm a finalidade preponderante de conferir segurança jurídica ao mercado de crédito e verificar se o Judiciário tem aderido às premissas deles decorrentes ao aplicar o diploma legal.

É importante ter em mente que a aplicação eficiente da Lei nº. 11.101/2005 não diz respeito à efetiva reestruturação de uma empresa submetida à recuperação judicial enquanto

inclusive em incorporações imobiliárias, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, e os relativos a adiantamento de contrato de câmbio para exportação.

unidade de produção isolada, mas ao respeito dos valores contidos no diploma legal, que visam à manutenção do mercado de crédito como um todo.

O estudo teórico serviu para demonstrar quais são as condutas esperadas do Poder Judiciário para que se tenha uma aplicação eficiente da Lei no que diz respeito à segurança jurídica das relações de crédito. Já o estudo prático serviu para verificar quais são os comportamentos efetivamente observados no mundo real.

Assim, determinou-se os seguintes pontos para se analisar a eficiência da recuperação judicial de empresas no que diz respeito à segurança jurídica que pretende conferir às relações de crédito: o cumprimento do prazo de suspensão de 180 dias do curso da prescrição e de todas as ações e execuções movidas em face do empresário, determinado como improrrogável pelo artigo 6º, §4º, da Lei nº. 11.101/2005, e a exclusão dos créditos constantes no artigo 49, §§3º e 4º, do mesmo diploma legal³.

O trabalho encontra-se dividido em três tópicos, excluindo-se a introdução e a conclusão, tratando o primeiro de uma breve explanação sobre as relações entre Direito e Economia e a análise de eficiência legislativa, o segundo, de uma apreciação mais aprofundada dos dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas que visam preponderantemente conferir segurança jurídica às relações de crédito, descritos no parágrafo anterior, e o terceiro, dos resultados encontrados no estudo prático realizado com os processos de recuperação judicial que tramitaram no Estado do Ceará desde a promulgação da Lei nº. 11.101/2005 até o dia 31 de dezembro de 2011 em comparação com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema e o enunciado nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial.

No que concerne à parte empírica da pesquisa, envolveu a coleta de dados dos processos analisados relacionados ao tema em estudo. Após, os resultados encontrados no Estado do Ceará foram comparados à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao enunciado nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial para subsidiar as conclusões extraídas.

Já no que tange à parte teórica da pesquisa, envolveu a análise da literatura das áreas de Direito Empresarial e relações entre Direito e Economia, com especial atenção aos estudos sobre as transformações na economia, notadamente no tocante ao crédito. O eixo do estudo de caráter bibliográfico contemplou revisão sobre as pesquisas acerca da temática e serviu de ponto de partida para a reflexão sobre a aplicação da Lei nº. 11.101/2005 no Judiciário

³ Tratam-se dos créditos de titularidade do 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, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, e os relativos a adiantamento de contrato de câmbio para exportação.

brasileiro.

1 A análise econômica do direito e a eficiência da Lei n.º 11.101/2005 no que diz respeito à proteção do mercado de crédito

A análise da eficiência da legislação deriva da escola denominada “Law and Economics”, desenvolvida na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, tendo ganhado força na década de 1960.

O debate em Direito e Economia foi iniciado por Ronald Harry Coase, a partir da publicação do artigo “The Nature of the Firm” em 1937 (COASE, 1988). Foi com a publicação de “The Problem of Social Cost”, do mesmo autor, no entanto, em 1960, que as discussões ganharam impulso. Além de Coase, Richard Posner, com “Economic Analysis of Law”, e Guido Calabresi, com “The Cost of Accidents” contribuíram para o início do movimento “Law and Economics” (SZTAJN, 2005, p. 74).

Chamada de Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito no Brasil, esta escola examina a ciência jurídica a partir da utilização de conceitos emprestados da ciência econômica, sendo uma via de mão dupla para a Economia, que passa utilizar institutos jurídicos no estudo do comportamento dos agentes econômicos (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005, p.3).

A interdisciplinaridade entre Direito e Economia permite ao jurista enxergar a lei não apenas no seu aspecto de alcançar a justiça, mas como incentivo para buscar novos comportamentos (COOTER e ULLEN, 2010, p.33).

Estudar a eficiência legislativa consiste em analisar quais são os incentivos trazidos por determinada lei e verificar se estão sendo obtidos os comportamentos pretendidos, necessários para que se alcance um determinado objetivo, constituindo, portanto, importante elemento, uma vez que o arcabouço legal pode facilitar ou dificultar investimentos empresariais e influenciar os preços e as variações de taxas de juros em determinado país ou estado, por exemplo.

A análise da eficiência da legislação não se trata apenas de um estudo hermético na ciência jurídica ou na ciência econômica, posto que suas conclusões, bem como suas sugestões, possuem elevada relevância social, sobretudo no que concerne ao mercado financeiro, ao mercado de trabalho e ao fomento da atividade produtiva.

Nesse sentido, a introdução da Lei n.º 11.101/2005, revogando o antigo Decreto-Lei n.º 7.661/1945, se voltou a aspectos outros do que o antigo regulamento, sobretudo retirando o foco do processo falimentar da figura do devedor, passando a analisar com mais

profundidade a atividade econômica desenvolvida pelo empresário em crise e sua possibilidade ou não de recuperação, objetivando propiciar um mercado de crédito ativo a custos baixos.

A partir da revolução industrial do final do século XIX e do desenvolvimento do capitalismo financeiro, passaram a ser necessários grandes volumes de capital para que a atividade empresarial se desenvolvesse, passando a economia moderna, conforme afirma Tullio Ascarelli (2003, p. 32), a ser “uma economia creditória, essencialmente baseada no crédito”.

Schumpeter (1997, p. 107) dizia que o empresário:

[...] só pode tornar-se empresário ao tornar-se previamente um devedor. Torna-se um devedor em consequência da lógica do processo de desenvolvimento, ou, para dizê-lo ainda de outra maneira, sua conversão em devedor surge da necessidade do caso e não é algo anormal, um evento acidental a ser explicado por circunstâncias particulares. O que ele quer primeiro é crédito. Antes de requerer qualquer espécie de bens, requer poder de compra. É o devedor típico na sociedade capitalista.

Considerando que a própria existência da empresa e do empresário depende do crédito, pode-se afirmar então que “é sobre a tutela do crédito, da sua circulação, que se estruturam as leis que dispõem sobre a permanência, ou não, do comerciante ou empresário em face da crise da atividade” (FRANCO e SZTAJN, 2008, p. 1). O objetivo final de uma lei falimentar, portanto, é proteger o mercado de crédito.

Desde a fase legislativa – em sua exposição de motivos –, o projeto de lei que culminou por dar origem à mencionada Lei n.º 11.101/2005 já trazia como princípios norteadores do diploma legal a preservação da empresa, a recuperação apenas das sociedades e empresários economicamente viáveis, a redução do custo do crédito no Brasil, a celeridade e a eficiência dos processos judiciais, a segurança jurídica e a participação ativa dos credores na falência e na recuperação judicial (TEBET, 2005, p. 20-21).

O relatório que ficou conhecido como exposição de motivos da Lei n.º 11.101/2005 deixa claro ainda que sua elaboração foi contextualizada com a complexidade que as atividades empresariais e as relações contratuais adquiriram ao longo do tempo.

O Decreto-Lei n.º 7661/1945 havia sido editado em fase de estabilidade e forte regulação na economia brasileira. Conforme Tebet (2005, p. 09), as características e instituições que marcaram aquele período foram:

- a) a paridade dólar-euro, cuja extinção por ato unilateral dos Estados Unidos, em 1971, pode ser vista como o réquiem do período;
- b) a restrita movimentação internacional de capitais financeiros, condizente com um baixo nível de flutuação das várias moedas internacionais;
- c) o Fundo Monetário Internacional, no papel de prestador internacional de última instância, em casos de grave desequilíbrio no balanço de pagamentos dos países-membros.

O cenário bucólico a que pertence a antiga lei falimentar, no entanto, se transformou profundamente. De um ponto de vista macroeconômico, as moedas passaram a apresentar flutuações consideráveis em curtos interregnos temporais, a movimentação de capitais a nível internacional passou a ser significativa e o FMI, embora ainda exista, teve sua importância diminuída (TEBET, 2005, p. 09).

Em relação a aspectos microeconômicos, os arranjos societários tornaram-se cada vez mais complexos, com a formação de aglomerados decorrentes de sucessivas fusões e aquisições, os ativos tangíveis passaram ser dispensados em certas atividades, que podem ser caracterizadas apenas como centros de decisões de negócios ou de desenvolvimento de tecnologia, e relações contratuais mais fluidas que o direito de propriedade começaram a florescer, o que ocasionou a proliferação de diferentes formas de garantia (TEBET, 2005, p. 10).

Os impactos positivos da nova Lei foram sentidos logo após sua promulgação, conforme o relatório “Doing business in 2006”, publicado em coautoria pelo Banco Mundial e pela Corporação Financeira Internacional, no qual se observa a agilidade prometida pelo novo procedimento de habilitação, um moderno sistema que visa à recuperação de empresas viáveis através de mudanças estruturais na atividade e a submissão do plano de recuperação ao voto dos credores numa nova lei falimentar como parâmetros indicadores de que o Brasil se tornou um país mais adequado para investimentos financeiros (WORLD BANK e INTERNACIONAL FINANCE CORPORATION, 2006, p. 67).

Nesse contexto, observar se o Judiciário vem aplicando a lei falimentar de forma técnica é indispensável, pois, quando se trata da legislação de direito empresarial, pode ser preferível que se tenha foco na eficiência das relações. Ademais, a aplicação técnica da lei garantirá a alocação dos riscos àqueles que esperam suportá-los, obtendo-se o que Cooter e Ullen (2010, p. 31) chamam de redistribuição eficiente.

Assim, uma única atuação do Judiciário destoante dos objetivos da Lei n.º 11.101/2005, ainda que supostamente fundada na redistribuição, pode servir de precedente para que agentes envolvidos na recuperação judicial se comportem de modo a desvirtuar o instituto, buscando a satisfação de interesses individuais.

Cooter e Ullen (2010, p. 30) explicam que:

os economistas são especialistas em dois valores relacionados à definição de políticas públicas - a eficiência e a distribuição. A resolução da maioria das disputas jurídicas - como, por exemplo, se o réu precisa pagar ressarcimento de danos ou se ele tem de desistir de uma atividade específica - tem valor monetário. O valor monetário que está em jogo é o risco na disputa. Decidir um litígio jurídico quase sempre implica alocar o risco entre as partes. A decisão a respeito de quanto do risco

cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, não só das partes específicas envolvidas nessa disputa, mas de todas as outras que estiverem numa situação semelhante.

Como tradução das consequências que a legislação e a atuação do Poder judiciário geram no comportamento dos investidores, Pinheiro e Saddi (2005, p. 201-202) explicam a importância de uma lei falimentar e de uma aplicação eficiente:

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 o crédito e o PIB é maior, o que se observa igualmente na comparação entre países. Também há indicações de que o fato de a Lei de Falência 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 de cobrança judicial de dívidas, o custo no Brasil é estimado em 15,5% do valor da dívida, próximo às médias para a América Latina e os países em desenvolvimento; mas o tempo médio necessário para completar esse processo, estimado em cerca de um ano e meio, é longo, de acordo com os parâmetros internacionais. Também em relação ao processo de falência, o Brasil se destaca pela morosidade do processo. (Esperamos que a nova lei possa mudar isso).

Os autores fizeram a ressalva no final, uma vez que utilizaram como dado de pesquisa o relatório "Doing business in 2005", também do Banco Mundial, em coautoria com a Corporação Financeira Internacional e a Oxford University Press.

Conforme mencionamos acima, no relatório "Doing business in 2006", as perspectivas do Banco Mundial para o Brasil em relação ao sistema falimentar mudaram, pois nessa publicação foi levada em consideração a Lei n.º 11.101/2005, a qual, para os especialistas que elaboraram o relatório, tornou o Brasil um país mais interessante para investimentos estrangeiros, principalmente por conta da criação do instituto da recuperação judicial, que gera maiores possibilidades de pagamento dos créditos, e da expectativa de redução no tempo de tramitação dos processos (WORLD BANK e INTERNACIONAL FINANCE CORPORATION, 2006, p. 67-71).

No relatório "Doing business in 2006" (WORLD BANK e INTERNACIONAL FINANCE CORPORATION, 2006, p. 67) afirma-se que:

Brazil joins 88 countries with major reforms to bankruptcy law since World War II. More than half the reforms happened in the past 10 years, and most in rich countries. The reforms have typically worked. Recovery rates for bankruptcy claimants - creditors, workers and government - are significantly higher for the reformers, even controlling for country income levels. The reason: reformed bankruptcy regimes allow viable business to weather a short-term liquidity crisis, and insolvent businesses are rapidly liquidated.

Dessa forma, verifica-se que a Lei n.º 11.101/2005 se propõe eficiente em relação à

preservação da empresa e ao favorecimento do desenvolvimento de um mercado de crédito sólido. Resta saber se os agentes envolvidos no processo de recuperação judicial, principalmente o Poder Judiciário, têm conferido ao diploma legal uma aplicação que traduza eficiência econômica.

2 Os dispositivos da Lei nº. 11.101/2005 que visam à proteção do crédito no âmbito da recuperação judicial

Após cuidadosa análise da Lei nº. 11.101/2005, levando-se em consideração as discussões que a precederam e o contexto econômico em que está situada, extraiu-se duas premissas do instituto da recuperação judicial ali inserido.

A primeira delas é que, diante do diploma legal em análise, o direito brasileiro concede amplas possibilidades para que as atividades empresárias em crise se recuperem, não cabendo à lei estabelecer limites para os meios de reestruturação a ser utilizados neste intento.

De fato, o artigo 50 da Lei nº. 11.101/2005 enumera várias medidas que podem ser propostas pelo empresário no plano de recuperação a ser apresentado em juízo, mas sua redação deixa claro que o rol é apenas exemplificativo: “constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros (...)”.

A segunda premissa é que apenas as empresas viáveis devem ser recuperadas, e também não é a lei que determina os parâmetros desta viabilidade, mas sim o conjunto de credores.

Um dos parâmetros de viabilidade da empresa consiste na exclusão de certos créditos do regime da recuperação judicial. Se o empresário considerar que seu plano de reestruturação só terá êxito se nele forem incluídos créditos que a Lei determinou que não deverão se submeter a concurso de credores, como os decorrentes de alienação fiduciária em garantia e adiantamento a contrato de câmbio, sua atividade empresarial não é viável, pelos motivos que serão explicitados no item 2.2⁴.

O outro parâmetro de viabilidade é exatamente o método de avaliação da proposta de reestruturação. De acordo com o artigo 56 da Lei nº. 11.101/2005, “havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação”. Como ao juiz não cabe julgar o mérito das propostas de reestruturação apresentadas pelo empresário, caso nenhum devedor venha a

⁴ Nesse sentido, o enunciado nº. 44 da I Jornada de Direito Comercial: “a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Isto confirma que um plano de recuperação aprovado que contém ilegalidades, como a inclusão de um crédito não submetido ao regime sem a anuência do respectivo credor, pode ser revisto pelo juiz no ato da homologação.

oferecer objeções, o plano de recuperação restará mesmo assim aprovado por homologação judicial⁵.

Assim, a partir da segunda premissa extraída do instituto da recuperação judicial, considera-se que a Lei nº. 11.101/2005 pretende conferir segurança ao mercado de crédito de duas maneiras. Primeiramente, ao excluir do concurso certos créditos, por serem dotados de características que não aderem a um regime falimentar, mesmo que vise a reestruturação da empresa. Por outro lado, por determinar que são os credores que decidirão acerca da viabilidade ou inviabilidade da atividade empresária.

Nesse ínterim, foram identificados dois pontos na Lei nº. 11.101/2005 que visam preponderantemente à proteção do mercado de crédito. O primeiro deles, tratado no item 2.1, é o prazo de suspensão de 180 dias do curso da prescrição e de todas as ações e execuções movidas em face do devedor, que o art. 6º, §4º, da Lei nº. 11.101/2005 considera improrrogável. Esse dispositivo é indispensável à proteção do mercado de crédito, pois confere aos credores submetidos à recuperação judicial a segurança de que a tramitação do processo tem prazo para acabar.

O outro ponto identificado como preponderantemente voltado à proteção do mercado de crédito, tratado no item 2.2, foi o artigo 49, §§3º e 4º, da supracitada lei, que excluiu da recuperação os comumente chamados credores proprietários e os créditos derivados de adiantamento a contrato de câmbio, por possuírem características que não aderem a um regime falimentar.

Nos itens seguintes, passa-se à análise destes gargalos identificados na Lei nº 11.101/2005.

2.1 O cumprimento do prazo de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções movidas em face do devedor

Após deferido o processamento da recuperação judicial, nos moldes do artigo 52, inciso III, da Lei de Recuperações e Falências, o juiz

ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei⁶.

De acordo com o artigo 6º da mesma Lei:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação

⁵ Nesse sentido, o enunciado nº. 46 da I Jornada de Direito Comercial: “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

⁶ Art. 52, III, da Lei nº. 11.101/2005.

judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

A suspensão do curso da prescrição e das ações e execuções em face do devedor em recuperação judicial justifica-se para que a atividade adquira foco enquanto o plano de recuperação é elaborado e os credores são chamados ao concurso.

Ademais, iria de encontro ao princípio da economia processual executar tais créditos, pois, de acordo com o artigo 59 da Lei n.º 11.101/2005⁷, concedida a recuperação judicial, eles serão novados, ou seja, serão extintos, vindo o plano de recuperação a substituí-los.

É verdade que, conforme o artigo 61, §2º, da referida lei, “decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”, o que demonstra que a novação operada está submetida a uma condição resolutiva.

O objetivo do diploma legal, no entanto, é que a recuperação judicial tenha êxito, não vindo a ser necessária a decretação da falência, a não ser que a atividade empresarial seja inviável. Seria então um desperdício da atividade jurisdicional dar impulso à execução de créditos que serão fatalmente extintos caso a recuperação da empresa tenha sucesso.

A ideia, portanto, é que, terminado o período de suspensão na recuperação judicial, as ações e execuções suspensas sejam extintas, uma vez que os créditos nelas existentes terão sido substituídos pelos constantes no plano de recuperação aprovado.

Visando à máxima eficiência da Lei e com o objetivo de lhe dar maior sistematicidade, corroborando com o período de não mais que 150 dias para a deliberação dos credores sobre o plano de recuperação⁸, de modo a evitar que o devedor fique na cômoda situação de não poder ser acionado judicialmente por seus débitos por tempo indeterminado, o §4º do artigo 6º da Lei n.º 11.101/2005 prevê que a suspensão das ações na recuperação judicial se dará pelo prazo improrrogável de 180 dias, conforme abaixo transcrito:

§4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

No regime que o Decreto-Lei n.º 7.661/45 previa para a concordata, a prescrição, as ações e execuções dos créditos a ela sujeitos também ficavam suspensas após o deferimento

⁷ Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

⁸ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinqüenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

do seu processamento, mas por prazo indeterminado⁹.

Na exposição de motivos da Lei n.º 11.101/2005, o então Senador Ramez Tebet (2005, p. 23-24) justifica tal prazo por se adequar aos objetivos de eficiência econômica e à necessidade de se garantir segurança jurídica ao processo de recuperação judicial, informando ainda que sua redação foi modificada em relação ao projeto de lei original para não deixar nenhuma dúvida ao intérprete acerca da impossibilidade de prorrogação:

Modificamos, ainda, a redação do § 5º do art. 7º do PLC n.º 71, de 2003, não só para torná-lo mais objetivo, mas também e principalmente para dar-lhe redação que deixe claro que o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial é absolutamente improrrogável, mesmo que o atraso na aprovação do plano não se dê por responsabilidade do devedor. A suspensão das ações é medida gravíssima em relação aos direitos dos credores, que só se justifica excepcionalmente, pela necessidade de se conceder ao devedor alguma tranquilidade para negociar sua recuperação. Abrir a mínima possibilidade de que uma decisão judicial, dessintonizada dos objetivos de eficiência econômica da lei, prorogue a suspensão – em um processo que seja – significa prejudicar a credibilidade e a avaliação do risco de todas as empresas brasileiras, pois jamais se saberia com certeza por quanto tempo essa suspensão de cunho legal poderia arrastar-se. A melhor solução é o estabelecimento de um prazo único, de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, findo o qual as ações e execuções voltam a correr normalmente, independentemente de pronunciamento judicial. Dessa maneira, a lei estimula a conduta diligente do devedor, que deverá apresentar a seus credores um plano viável e envidar seus melhores esforços para que seja aprovado em 180 dias, já que, se não o for, as ações e execuções iniciarão ou continuarão seu curso, reabrindo-se a possibilidade de decretação da falência por inadimplemento de obrigações anteriores ao pedido de recuperação.

Dessa forma, resta esclarecido que o prazo de suspensão de 180 da prescrição e de todas as ações e execuções movidas em face do devedor jamais deve ser prorrogado, pois é o instrumento chave trazido pela Lei n.º 11.101/2005 para conferir uma segurança jurídica mínima aos credores submetidos à recuperação judicial.

A importância do caráter improrrogável deste prazo reside, assim, em duas circunstâncias por ele proporcionadas. A primeira é que serve como incentivo para que o empresário empreenda seus melhores esforços na tramitação do processo de recuperação, conforme legalmente estabelecido. Como não existe uma sanção juridicamente estabelecida para os casos em que o processamento da recuperação judicial exceda os prazos legais, pode o devedor, numa hipótese de punição colateral, ser executado integralmente pelos créditos submetidos à sua proposta de reestruturação se não cumprir suas obrigações pontualmente.

A segunda circunstância que torna o caráter improrrogável indispensável está diretamente ligada à primeira, consistindo na garantia de uma mínima segurança jurídica aos

⁹ Art. 161 - Cumpridas as formalidades do artigo anterior, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao Juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, não vier devidamente instruído, ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, aberta a falência, observado o disposto no parágrafo único do art. 14 desta Lei.

§ 1º Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que:

II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata

credores, que, mesmo não podendo ter certeza acerca do dia em que o plano de recuperação será deliberado, saberão ao menos que, passados 180 dias de tramitação processual sem indícios de que a proposta de reestruturação será apreciada, podem se comportar como se não estivessem submetidos à recuperação judicial, podendo executar e demandar seus créditos conforme foram originalmente contratados diante na inércia processual.

2.2 Os créditos excluídos do regime da recuperação judicial

A quantidade de crédito ofertada e as taxas de juros são influenciadas pela facilidade de execução em caso de inadimplência, a qual gira em torno da eficiência do Poder Judiciário, e pela qualidade e segurança proporcionadas pelas garantias oferecidas. Por isso, uma das variáveis determinantes para tornar uma lei falimentar relevante para o bom funcionamento do mercado financeiro gira em torno de quais tipos de crédito estão sujeitos e quais estão excluídos da recuperação judicial (ARAÚJO e LUNDBERG, 2005).

No caso dos créditos que estão sujeitos à recuperação, é essencial que se tenha uma atividade jurisdicional eficiente e célere, uma vez que a saúde do mercado financeiro, como um todo, depende do sucesso da recuperação da atividade viável, e tal resultado satisfatório, se de fato ocorrer, deve se dar de maneira rápida. A aplicação do direito da empresa em recuperação, para ter bons resultados práticos, não tolera atrasos.

Existem outros créditos, por sua vez, que, pela segurança oferecida aos credores por suas modalidades ou garantias, não estarão sujeitos à recuperação judicial, pois ou são muito relevantes para que o mercado financeiro funcione de maneira adequada, ou suas garantias oferecem riscos nulos aos credores, fazendo com que a eventual não execução gerasse uma insegurança jurídica inaceitável até mesmo para períodos de instabilidade econômica.

As exceções existem, ainda, em função do respeito aos direitos de propriedade dos credores, que acabam por se tornar proprietários dos bens oferecidos no caso dos negócios fiduciários em garantia.

Há apenas um tipo de crédito que foi excluído dos efeitos da recuperação judicial pela Lei n.º 11.101/2005, mas que não se encaixa em nenhuma das justificativas expostas, quais sejam, aqueles decorrentes das relações tributárias.

Os créditos de titularidade da Fazenda Pública estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial por força da interpretação do artigo 6º, §7º da Lei de Recuperação e Falência¹⁰, em conjunto com o artigo 155-A, §3º da Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966 –

¹⁰ Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do

Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar n.º 118 de 09 de fevereiro de 2005¹¹.

O projeto n.º 4.376/93 do Poder Executivo, que deu origem ao Projeto de Lei da Câmara n.º 71/2003 no âmbito do Congresso Nacional, o qual tornou-se a Lei n.º 11.101/2005, previa a inclusão dos créditos fiscais no rol dos sujeitos à recuperação judicial. Segundo Osvaldo Biolchi (2010, p. 43), deputado relator do projeto,

Diante dessa pulsante realidade, fomos obrigados a submeter todo o passivo fiscal aos efeitos e à moeda da recuperação judicial. Somente a União tem ativos que se estimam superiores a 650 bilhões de reais. De nada adiantaria se cogitar da reorganização da empresa. (...)

Lamentavelmente, o projeto que alterou a Lei de Falências, em razão dos embates e dificuldades inerentes, tramitou junto ao Congresso Nacional por mais de uma década. Reconheço a extrema dificuldade de convencer as autoridades do Governo no que diz respeito à mudança da legislação tributária. Os prejuízos causados às empresas foram incalculáveis. Inúmeras empresas deixaram de existir em virtude da nossa precária e retrógrada legislação, provocando aumento do desemprego.

Assim, a partir das afirmações do relator do projeto iniciado no âmbito do Executivo, não houve justificativa jurídica para a exclusão do fisco dos efeitos da recuperação, o que se deu por mera intransigência das autoridades governamentais.

De qualquer forma, felizmente a ausência das Certidões Negativas de Débito tributárias, exigidas pelo artigo 57 da Lei n.º 11.101/2005¹², não tem obstado a concessão da recuperação judicial do parte dos juízes. De fato, em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas em todos os tribunais brasileiros, nenhum juiz havia deixado de deferir a recuperação por falta das certidões (FGV, 2011, p. 49).

Já o artigo 49, § 3º, da Lei de Recuperação e Falência é dispositivo legal claramente voltado a conferir segurança jurídica ao mercado de crédito, senão vejamos seu conteúdo:

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.

sócio solidário. (...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

¹¹ Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (...)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

¹² Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

No relatório elaborado pela Comissão Avaliadora do PLC 71/2003, o então Senador Ramez Tebet (2005, p. 27) afirma que:

não se pode negar aos credores proprietários o direito de reaver seus bens, sob pena de se comprometer a segurança que caracteriza esses contratos e, assim, reduzir a efetividade de instrumentos que, reconheça-se, têm proporcionado, nas modalidades de crédito com garantia mais segura, como a alienação fiduciária, taxas de juros bastante inferiores à média praticada no País.

Tem-se que a garantia, apesar de não essencial, é importante instrumento viabilizador da concessão de crédito, por lhe conferir maior segurança, na medida em que redistribui as perdas, diminui os riscos e estimula o empresário a se engajar no sucesso do empreendimento.

Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 204-205),

A qualidade da legislação e a proteção que ela confere a devedores e credores são importantes determinantes tanto da taxa de juros como 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 garantia redistribui as perdas entre a instituição financeira e a empresa caso fracasse o projeto financiado, sem a necessidade de auditar as contas do projeto. Se a garantia for elevada e de boa qualidade, o risco comercial pode desaparecer completamente, ou ficar limitado aos custos de transação. Em razão disso, os empresários com projetos mais arriscados estarão menos dispostos a oferecer garantias do que aqueles com projetos de baixo risco. A garantia funciona, por conseguinte, como um mecanismo de auto-seleção que ajuda a lidar com o problema da seleção adversa. Por fim, a maior perda para o empresário em caso de fracasso fará com que ele se esforce mais para que o projeto seja bem-sucedido, mitigando, também, o problema de perigo moral. São três e complementares, portanto, as maneiras pelas quais uma garantia reduz o risco do credor.

Há quem considere, contudo, o §3º do artigo 49 da Lei nº. 11.101/2005, assim como o §4º, que será adiante analisado, um óbice à viabilização da recuperação judicial, a exemplo de Bezerra Filho (2010, p. 148), o qual critica os dispositivos afirmando que:

Esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como “lei de recuperação de empresas” e passasse a ser conhecida como “lei de recuperação do crédito bancário” ou “crédito financeiro”, ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Ou seja, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária, arrendamento ou reserva de domínio estará englobado pela recuperação. Ficará extremamente dificultada qualquer recuperação se os maquinários, veículos, ferramentas etc., com os quais a empresa trabalha e dos quais depende para seu funcionamento, forem retirados.

Sem embargo de opiniões contrárias, no ponto em que diz visar a lei falimentar somente à proteção do crédito financeiro, e não à recuperação da empresa, Bezerra Filho se equivoca. A Lei nº. 11.101/2005 tem por objetivo a proteção dos dois, tanto da atividade empresária viável, como do crédito bancário.

Camilo Júnior (2011, p. 471), por sua vez, ao comentar as súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, critica a circunstância de terem se consolidado pela aplicação técnica da Lei nº. 11.101/2005 no que diz respeito ao seu art. 49, §3º:

A questão que se coloca para os juízes é se a posição privilegiada do crédito bancário na falência e recuperação judicial contribui ou compromete o propósito de sobrevivência da organização produtiva.

Para as empresas financeiras, a salvaguarda do crédito com garantia fiduciária é essencial para não se interromper o fluxo de financiamento para as empresas em crise.

O cobertor das garantias, no entanto, é demasiadamente curto, e o favorecimento a bancos amplia o risco para os credores quirografários, sem os quais tampouco a empresa sobreviverá.

Ocorre que a brevidade que envolve os prazos do processo de recuperação judicial se justifica exatamente para garantir o empenho do empresário no projeto de reestruturação e evitar que sejam realizados pedidos de recuperação de atividades inviáveis apenas para postergar um processo de falência.

Os prazos devem existir, pois são a única segurança jurídica conferida aos credores submetidos ao plano de recuperação, e são curtos porque o estado de recuperação judicial pode durar anos caso os credores assim aprovem, mas o processo judicial não, por ser um momento de aguda incerteza para as relações creditícias. Até que o plano de recuperação seja aprovado ou reprovado, os credores não podem fazer uma ponderação razoável de quando e como irão receber seus créditos.

Em relação às salvaguardas de crédito que envolvem a alienação fiduciária em garantia, as considerações feitas por Camilo Júnior na transcrição acima (2011, p. 471) são acolhidas por este trabalho.

De fato, a alienação e a cessão fiduciária em garantia são as contrapartidas que oferecem maior segurança no mercado, pois a propriedade do bem objeto do contrato é passada para o credor como garantia em caso de inadimplemento, justificando-se, assim, sua exclusão dos efeitos da recuperação judicial (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 205).

Neste ponto, então, considera-se que o legislador sopesou os princípios que regem a Lei de Recuperação e Falência, vindo a resolver a situação do crédito decorrente de negócios fiduciários de maneira que parece adequada à manutenção do equilíbrio no mercado financeiro, pois a submissão dos mesmos aos efeitos da recuperação judicial, com a impossibilidade de que o bem dado em garantia fosse apreendido ou que o direito cedido fiduciariamente fosse executado, traria menor grau de segurança a tal negócio, tornando inútil o patrimônio de afetação que ele cria para proteger o crédito de situações de insolvência do devedor. A recuperação da atividade empresária realmente não visa somente à prática comercial isolada, estando contextualizada no âmbito do mercado de crédito, de modo que tem como objetivo final sua proteção.

Nesse ínterim, os créditos derivados de arrendamento mercantil, compra e venda ou promessa de compra e venda de imóvel com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade,

ainda que em incorporações imobiliárias, e de venda com reserva de domínio também não estarão submetidos aos efeitos da recuperação judicial, pois, no caso do primeiro e do último, o credor é o proprietário do bem, e, no que tange à compra e venda ou promessa com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, esta circunstância vincula o contratante mesmo em épocas de instabilidade, o que torna tais negócios juridicamente tão seguros que nem mesmo a situação de crise financeira temporária do devedor seria capaz de afastar sua perfeita execução.

Por fim, de acordo com o que preceitua o artigo 49, §4º da Lei nº. 11.101/2005, “não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei”. Trata-se dos adiantamentos a contrato de câmbio para exportação. Por meio de tal negócio jurídico (BEZERRA FILHO, 2010, p. 128),

o exportador nacional promete vender mercadorias ao importador estrangeiro por meio de contrato de venda internacional, de tal forma que adquire crédito a ser pago, dentro de determinado prazo, pelo importador estrangeiro, ou seja, o preço da mercadoria prometida à venda. Ao fechar o contrato de câmbio com o banco nacional para a viabilização da entrada do dinheiro estrangeiro no País, o exportador brasileiro consegue do banco esse tipo de financiamento ou adiantamento de contrato de câmbio. Dessa forma, o banco adianta ao exportador brasileiro os reais relativos à moeda estrangeira que deverá ser entregue no prazo estabelecido no contrato de compra e venda firmado entre exportador brasileiro e importador estrangeiro.

De acordo com o Deputado Osvaldo Biolchi (2010, p. 37-38),

Recordo-me vivamente da virulenta insistência e grande ingerência do Poder Executivo enquanto relatávamos o processo de recuperação judicial no tocante aos contratos de adiantamento de câmbio. A preocupação que se fazia presente era procedente, porque as exportações são fundamentais para a economia brasileira como um todo.

Dessa forma, fica claro que também os adiantamentos a contrato de câmbio para exportação estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial em decorrência da importância que caracterizam para a economia nacional, sendo, assim, tal não sujeição justificada.

Conforme se vê, a exclusão de certos créditos dos efeitos da recuperação judicial ocorre pela importância do cumprimento pleno de determinados contratos para que o mercado financeiro funcione de maneira satisfatória, com oferta significativa de crédito e a taxas de juros aceitáveis. De fato, a recuperação da empresa não deve se dar a qualquer custo, mas apenas se sua sobrevivência for condizente com a manutenção de um mercado de crédito ativo.

3 Estudo prático: a amostra coletada no Estado do Ceará e o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e da I Jornada de Direito Comercial

Procurou-se realizar um estudo prático que envolvesse diferentes frentes do

Judiciário. Por um lado, optou-se por analisar todos os processos de recuperação judicial que tramitaram no Estado do Ceará desde a promulgação da Lei nº. 11.101/2005 até o dia 31 de dezembro de 2011, para se ter uma ponderação de como a Lei de Recuperação e Falência foi recepcionada em uma experiência em primeira instância.

Por outro, comparou-se os resultados encontrados na amostra coletada no Estado do Ceará com a jurisprudência que vem sendo consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito tanto do prazo de suspensão de 180 dias como dos créditos excluídos da recuperação judicial.

Enfim, mostrou-se indispensável apreciar o Enunciado nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial, que trouxe diretiva que vai de encontro à tese ora defendida no que diz respeito a uma das frentes de garantia de segurança jurídica às relações de crédito objetivadas pelo instituto da recuperação judicial.

No Estado do Ceará, foram analisados um total de doze processos de recuperação judicial. Destes, três tiveram o prazo de suspensão de 180 dias da prescrição e do curso de todas as ações e execuções prorrogado por decisões judiciais.

No processo n.º 47466-33.2009.8.06.0001, o prazo de suspensão foi prorrogado por 30 dias, com o objetivo de que o plano de recuperação fosse votado antes que a prescrição, ações e execuções voltassem a ter seu curso normal.

No processo n.º 30815-23.2009.8.06.0001, o prazo de suspensão foi prorrogado por 60 dias, sob a justificativa de que o devedor se mantivesse na posse dos bens essenciais ao exercício da atividade até que a assembleia de credores para votação do plano de recuperação ocorresse.

Por fim, no processo n.º 7250-76.2010.8.06.0136, o prazo de suspensão foi prorrogado duas vezes. Na primeira vez, por 90 dias, sob a fundamentação de que o processo era complexo, envolvendo muitos credores, o que ocasionou o atraso na realização da assembleia de credores para votação do plano de recuperação. Na segunda decisão, o prazo foi prorrogado por mais 60 dias, pelos mesmos motivos utilizados como justificativa para a primeira prorrogação.

Todas as decisões analisadas utilizaram, como fundamento, julgados encontrados em tribunais de justiça de outros estados da federação que também decidiam por prorrogar o prazo de suspensão de 180 dias.

No Superior Tribunal de Justiça, utilizou-se a ferramenta de pesquisa livre de jurisprudência do seu sítio eletrônico, mediante o emprego da palavra-chave “recuperação judicial”, que correspondeu a 598 julgados até 15 de março de 2013.

Destes, foram encontrados quinze a respeito do prazo de suspensão improrrogável de 180 dias, dentre os quais apenas três consideraram que este realmente não poderia ser prorrogado¹³.

Na linha da tese proposta neste trabalho, nestes três julgados, a Corte Superior considerou que o prazo não deveria ser prorrogado tendo em vista que o processo de recuperação judicial deve ser célere e efetivo, de modo a minimizar os prejuízos nos credores. Parece, no entanto, um dado importante a circunstância de que todos estes julgados foram proferidos mediante decisão monocrática em agravos regimentais, não demonstrando uma tendência geral do Superior Tribunal de Justiça.

Dos doze julgados restantes, em sete¹⁴ decidiu-se por autorizar que o prazo de suspensão fosse prorrogado, sob a fundamentação de que não é possível a retomada do curso das ações automaticamente na recuperação judicial, em observância ao princípio da preservação da empresa, utilizado como razão de julgar de forma genérica pela Corte Superior nestes casos.

Por fim, nos outros cinco¹⁵ julgados em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu por prorrogar o prazo de suspensão das ações na recuperação judicial, a fundamentação utilizada foi a de que, nos casos concretos analisados, não poderia ser imputada ao empresário devedor a demora na deliberação ou homologação do plano de recuperação, o qual não deveria ser punido se foi diligente em relação aos prazos legais.

De acordo com a fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos cinco julgados analisados, a I Jornada de Direito Comercial¹⁶, aprovou o Enunciado n.º. 42, com o seguinte teor: “o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n.º. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

Não obstante o posicionamento adotado pelos especialistas na Jornada, não parece adequado permitir a prorrogação, ainda que excepcionalmente, pelo motivo apresentado. Primeiramente porque os maiores prejudicados com a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções são os credores, e não o empresário, e, em segundo lugar, porque a demora do processamento da recuperação judicial dificilmente poderá ser àqueles imputada.

¹³ AgRg no CC 110.290/DF; AgRg no CC 108.955/SP e AgRg no CC 105.345/DF.

¹⁴ AgRg no REsp 1259411/DF; AgRg no CC 119.624/GO; AgRg no CC 117.211/GO; CC 112.799/DF; CC 68.173/SP; Rcl 2699/SP e CC 79.170/SP.

¹⁵ AgRg no CC 119.337/MG; AgRg no CC 113.001/DF; AgRg no CC 112.812/DF; AgRg no CC 111.614/DF e REsp 1193480/SP.

¹⁶ A I Jornada de Direito Comercial foi organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e reuniu especialistas em direito empresarial para elaborar os enunciados a respeito da lei falimentar.

A proposta de reestruturação da empresa tem seu mérito avaliado pelos credores, mas o impulso do seu processamento depende exclusivamente do administrador judicial e do juiz responsável.

De fato, o administrador judicial é responsável por analisar as habilitações de crédito apresentadas, mas tem um prazo de apenas 45 dias fazê-lo¹⁷. Do modo como da Lei foi elaborada, o dia em que o administrador fizer publicar o edital com a relação de créditos decorrente de sua avaliação das habilitações deve coincidir com aquele em que o empresário apresentará o plano de recuperação em juízo, senão vejamos.

Após realizado o pedido de recuperação judicial, se o empresário tiver apresentado todos os documentos exigidos em lei, o juiz deferirá seu processamento e fará publicar edital no órgão oficial de circulação com a lista de credores apresentada na petição inicial e o resumo do despacho que deferiu a tramitação do processo¹⁸.

A partir da data em que este edital for publicado, dois prazos processuais iniciarão seu curso. Um deles é o que o empresário tem para apresentar o plano de recuperação, que é de 60 dias¹⁹, e o outro é aquele concedido aos credores para que se habilitem ou peçam a retificação de seus créditos no edital, de 15 dias²⁰.

Quem aprecia as habilitações de crédito, nesta ocasião, é o administrador judicial, que, conforme acima afirmado, terá 45 dias para fazê-lo, contados a partir do término do prazo de 15 dias concedido aos credores. Assim, se o empresário e o administrador judicial forem diligentes em relação aos prazos legais, o edital com a relação de créditos resultante das habilitações será apresentado nos autos do processo ao mesmo tempo em que o plano de recuperação.

Se algum credor desejar impugnar o edital apresentado pelo administrador judicial, poderá fazê-lo perante o juízo da recuperação, mas em autos apartados, para que a tramitação do processo não seja prejudicada²¹.

Ademais, protocolado o plano de recuperação no prazo devido e apresentadas as objeções, se houverem, o juiz poderá marcar a assembleia geral de credores a qualquer tempo, independentemente do estágio em que se encontrarem as habilitações de crédito²².

Fica claro, portanto, que a Lei nº. 11.101/2005 foi elaborada de modo a não permitir que os credores tivessem meios para retardar o processo de recuperação judicial. O Enunciado

¹⁷ Art. 7º, §2º, da Lei nº. 11.101/2005.

¹⁸ Art. 52, §1º, da Lei nº. 11.101/2005.

¹⁹ Art. 53 da Lei nº. 11.101/2005.

²⁰ Art. 7º, §1º, da Lei nº. 11.101/2005.

²¹ Art. 8º, parágrafo único da lei nº. 11.101/2005.

²² Arts. 55 e 56 da Lei nº. 11.101/2005.

nº. 42 da I Jornada de Direito Comercial, dessa forma, assim como parte da jurisprudência consolidada no STJ, apreciaram a questão de forma insuficiente, pois olharam apenas para o empresário em recuperação, deixando de observar que a empresa também precisa dos credores para sobreviver e que estes dificilmente poderão ser causadores de retardamento na tramitação do processo.

Nesse ínterim, comparando-se os dados encontrados em primeira instância com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça e o Enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial, encontramos uma aplicação da lei falimentar tendente à ineficiência, no que diz respeito a garantir mínima segurança jurídica às relações de crédito que estão submetidas ao regime da recuperação judicial.

Em relação aos créditos decorrentes do art. 49, §§3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005, temos a seguinte situação no Estado do Ceará. Dos doze processos ali encontrados, os créditos legalmente excluídos do concurso de credores foram incluídos no plano de recuperação judicial em três ocasiões.

No processo nº. 47466-33.2009.8.06.0001, foram incluídos créditos derivados de contrato de “leasing” e adiantamento a contrato de câmbio no plano de recuperação. Apesar da ausência dos respectivos credores à assembleia de deliberação do plano, este restou homologado em juízo com a inclusão destes créditos. Neste caso, o juiz responsável deveria ter exercido o controle de legalidade do plano de recuperação, o que não foi verificado na prática.

No processo nº. 71141-25.2009.8.06.0001, foi incluído no plano de recuperação crédito decorrente de arrendamento mercantil. Apesar de o respectivo credor ter se feito presente na assembleia e discordado da submissão deste crédito aos efeitos da recuperação judicial, o plano restou homologado em juízo nos termos apresentados pelo empresário. O credor interpôs embargos de declaração, que foram julgados improcedentes, tendo o órgão julgador invocado a preservação da empresa como fundamentação.

Por fim, no processo nº. 7250-76.2010.8.06.0136, a cessão fiduciária de créditos foi submetida aos efeitos da recuperação judicial por decisão interlocutória proferida nos autos, sob a justificativa de que o artigo 49, §3º, da Lei nº. 11.101/2005 não inclui a cessão fiduciária em garantia no rol de créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, dos 598 julgados encontrados a partir da pesquisa com a palavra-chave “recuperação judicial” até 15 de março de 2013, apenas sete tratavam de créditos excluídos do regime da recuperação judicial pelos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei nº. 11.101/2005.

Destes, quatro²³ se referem aos créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio, nos quais a Corte Superior confirma que realmente não devem ser submetidos ao concurso de credores. Além disso, em três dos julgados²⁴, o STJ também decide que estes créditos devem ser executados mediante ação de restituição, suprindo uma lacuna existente no artigo 49, §4º, da Lei nº. 11.101/2005, o qual estabelece estarem estes créditos excluídos da recuperação judicial, sem especificar, no entanto, como os credores deveriam proceder para reavê-los.

Dentre os outros três julgados encontrados no Superior Tribunal de Justiça, em um²⁵ deles confirmou-se que créditos decorrentes de alienação fiduciária em garantia realmente não devem ser incluídos no regime da recuperação judicial. Neste caso concreto, o plano de recuperação já havia sido aprovado há quase um ano e as obrigações assumidas vinham sendo devidamente cumpridas pelo empresário, circunstância que foi utilizada pela Corte, como fundamentação, ao decidir pela aplicação técnica da Lei nº. 11.101/2005.

Em outro dos julgados encontrados²⁶, crédito decorrente de alienação fiduciária foi incluído no regime da recuperação, por ser o bem dado em garantia a própria sede da empresa. Esta fundamentação pode ser considerada excepcional, pois não foi invocada a preservação da empresa genericamente, utilizando-se um motivo mais específico e palpável para a relativização da Lei.

Por fim, no último julgado encontrado²⁷, crédito decorrente de alienação fiduciária em garantia foi incluído no plano de recuperação aprovado, o que foi mantido pela Corte sob a justificativa genérica de que a atividade econômica deve ser preservada.

Apesar de ter sido considerada presente uma tendência à inclusão, por decisão judicial, de créditos legalmente não submetidos à recuperação de empresas no estudo de caso em primeira instância, o Superior Tribunal de Justiça ainda não demonstrou possuir uma jurisprudência consolidada sobre o tema, a não ser no caso dos créditos derivados de adiantamento a contrato de câmbio, em relação aos quais, mesmo diante do número não expressivo de julgados encontrados, a Corte Superior demonstrou uma tendência de fundamentação uniforme para julgar pela sua não submissão à recuperação judicial.

De todo modo, uma aplicação eficiente da Lei nº. 11.101/2005, no que diz respeito à segurança jurídica das relações de crédito, exige que os direitos dos credores excluídos sejam

²³ AgRg no Ag 1197871/SP; AgRg no CC 113.228/GO; AgRg no CC 113.861/GO e REsp 1279527/PA.

²⁴ AgRg no Ag 1197871/SP; AgRg no CC 113.228/GO e AgRg no CC 113.861/GO.

²⁵ AgRg na MC 17.222/MT.

²⁶ CC 110.392/SP.

²⁷ CC 105.315/PE.

preservados.

Conclusão

A análise da eficiência legislativa é, atualmente, bastante difundida pela escola denominada "Law and economics" (Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito), desenvolvida na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Preceitos econômicos são utilizados para se medir e avaliar os incentivos dados pelas normas jurídicas e sua aplicação aos agentes econômicos, e se esses incentivos atendem os objetivos dos Estados de uma maneira geral.

Com efeito, os objetivos aceitos para uma legislação falimentar são, do ponto de vista da análise econômica do Direito, os de preservar empresas viáveis, realocar ativos para empresas mais eficientes e de devedores para credores e criar um sistema de incentivos para que os agentes econômicos ajam de acordo com o esperado pelo Estado.

Este trabalho teve por objetivo estudar a eficiência da recuperação judicial, sob o ponto de vista da segurança jurídica que a Lei nº. 11.101/2005 objetivou conceder às relações de crédito a partir da criação deste instituto.

Do ponto de vista teórico, parece evidente que a recuperação judicial é capaz de gerar os incentivos adequados para que se alcancem os objetivos da legislação falimentar. Do ponto de vista empírico, contudo, a aplicação da Lei nº. 11.101/2005 por parte do Poder Judiciário nem sempre se mostrou eficiente.

É importante salientar que a empresa não existe isolada, mas no contexto do capitalismo financeiro. Assim, se o Judiciário precisa diminuir a segurança das relações jurídicas existentes entre os agentes que atuam no mercado para que uma atividade se recupere, então esta empresa não é viável, devendo ser decretada sua falência.

O parâmetro que a lei utiliza, na regra geral, para descobrir se uma atividade empresária é viável ou inviável é verificar se os credores submetidos à recuperação judicial acreditam no sucesso do plano de reestruturação do empresário.

Como os credores submetidos ao regime da recuperação judicial encontram-se em situação de aguda incerteza durante a tramitação do processo, já que o empresário pode propor qualquer tipo de mudança lícita ao pagamento dos créditos, e o plano não será aprovado mediante a concordância individual de cada credor submetido, mas sim através da aceitação da maioria, estabelecer um prazo certo e improrrogável para que a prescrição, ações e execuções fiquem suspensas é uma garantia mínima de segurança concedida aos credores de que a tramitação da recuperação judicial tem data para acabar.

A prorrogação do prazo de suspensão da prescrição, ações e execuções abre uma porta para que o processamento da recuperação judicial não tenha fim. Este instituto, no entanto, foi elaborado para ter tramitação de curta duração, sob pena de seus objetivos se esvaírem. As obrigações assumidas no plano de recuperação podem durar por anos se os credores assim concordarem, mas a tramitação do processo não foi feita para demorar.

No caso dos créditos excluídos, por sua vez, temos outro parâmetro de avaliação, presumindo-se que a atividade empresária é inviável se o empresário precisa incluí-los no seu plano para possibilitar a recuperação da empresa.

Nesse ínterim, se o Judiciário vem a relativizar este parâmetro, esse comportamento causa insegurança entre as partes contratantes nas relações de crédito, o que pode prejudicar negociações futuras. Conforme a bibliografia utilizada, de um ponto de vista macroeconômico, a reiteração destas decisões judiciais pode vir a interferir inclusive nas taxas de juros.

Pode-se falar que a Lei n.º 11.101/2005 trouxe os incentivos necessários para que se atinja o objetivo de preservar a empresa, ao mesmo tempo em que se confere uma segurança jurídica mínima ao mercado de crédito. Do ponto de vista prático, no entanto, o Poder Judiciário vem descumprindo previsões legais centrais para uma aplicação economicamente eficiente da Lei nesse sentido.

Referências

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas - Confrontada e Breves Anotações**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

ARAUJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. A Nova Legislação de Falências – Uma Avaliação Econômica. PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Mizuno.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BIOLCHI, Osvaldo. Apresentação. “In” TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COLOMBO, Giuliano; COSTA, Patrícia Barbi. **Da Verificação e da Habilitação de Créditos**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Análise da Nova Lei de Falências**. Série Pensando Direito. Vol. 22. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>>. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

LOBO, Jorge. **Art. 35 à** . In TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANDEL, Julio Kahan. **Das Disposições Comuns**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PINHEIRO. Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SADDI, Jairo. **Considerações sobre o comitê e a assembléia de credores na nova Lei Falimentar**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TEBET, Ramez. **Lei de recuperação de empresas**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2011.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Art. 1º a 34**. In TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WORLD BANK; INTERNACIONAL FINANCE COORPORATION. **Doing Business in 2006: creating jobs**. 2006. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB06-FullReport.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____; _____. **Análise econômica do direito e das organizações**. “In” ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.