

# A nova lei de falências e recuperação de empresas e seus reflexos nas relações com as instituições financeiras

**Elenise Peruzzo dos Santos**

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul.  
Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS.*

**RESUMO:** A Lei 11.101/05 foi promulgada com o objetivo de satisfazer interesses de credores e devedores. Para tanto adotou os princípios clássicos que sempre inspiraram a disciplina, e apresentou novos conceitos, como o da preservação da empresa e da maximização do valor dos ativos. Diante de tal quadro surgem as instituições financeiras como maiores credoras e como principais responsáveis pela concessão do crédito para o soerguimento da empresa. O presente estudo procura questionar a possibilidade de convivência harmoniosa dos sujeitos envolvidos no processo de crise empresarial, ante a existência de propósitos dicotômicos.

**Palavras-chave:** Lei de Falências. Recuperação de Empresas. Princípios Falimentares. Instituições Financeiras.

## Introdução

O propósito do presente trabalho surgiu da necessidade de valorar a nova lei de falências e recuperação de empresas diante da relação com instituições financeiras, consideradas como principais responsáveis pelo insucesso das reabilitações dos negócios em crise.

Uma década de longa espera - o projeto de reforma da lei falimentar foi de iniciativa do Poder Executivo em 1993 - e promulgou-se, em fevereiro de 2005, a Lei nº 11.101, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A sociedade, em especial a comunidade jurídica, aguardou ansiosamente a perfectibilização do ato do Poder Legislativo, que prometia, ao seguir a linha mestra do predito projeto de readequação da lei falimentar, desenvolver um plano de recuperação das empresas em crise, de acordo com o verificado na tendência mundial. Assim,

não apenas esperavam-se normas que atentassem à celeridade da justiça ou à maior eficácia dos provimentos jurisdicionais<sup>1</sup>, mas remédios processuais e extraprocessuais que promovessem a salvaguarda da empresa viável, de forma que a decretação da falência fosse o último instrumento a ser lançado mão.

A demora até o sancionamento da lei, além dos inevitáveis desentendimentos entre as Casas Legislativas, justificou-se pela complexidade das questões tratadas, obrigando à realização de pesquisas de campo junto a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, instituições financeiras, representantes dos trabalhadores e empregadores, associações de classe, entre outros. A lei pretendia ser inovadora em seu contexto, com a missão de dar conteúdo social à matéria e respeitando os interesses dos mais fracos, o que o Decreto-Lei 7.661/45, há sessenta anos em vigor e tramitando sob a égide de procedimentos morosos, não conseguiu lograr.

No que tange à antiga lei, que Valverde caracterizou como sendo a quarta fase histórica do instituto da falência no direito brasileiro<sup>2</sup>, vale lembrar que, ao ser elaborada, provavelmente não contava com tamanha modificação da realidade econômico-social: proteção aos micro e pequeno empresários, intensificação da prestação de serviços e tercerização de mão-de-obra; desestatizações e conseqüentes privatizações, surgimento de grupos societários (e, com eles, as cisões, fusões e incorporações de empresas), massiva interferência do mercado externo nas negociações, em razão da globalização e da integração entre os países. Os contratos, que outrora vinculavam-se ao papel assinado pelos contratantes e testemunhas, ora formalizam-se por meios eletrônicos e virtuais, amparados pela recente certificação digital, o que dá validade ao instrumento. A antiga noção de propriedade é mitigada por figuras como *leasing* e alienação fiduciária, fazendo com que os bens integrantes do patrimônio da empresa não sirvam, efetivamente, para a garantia dos demais credores, não vinculados a tais contratos.

Concomitantemente, o novel Código Civil sepultou a arcaica lei comercial de 1850, modernizando os conceitos de empresa e empresário, em que pese "já ter nascido velha", na opinião dos juristas pátrios, considerando o tempo que levou para ser levada a efeito, sem ter previsto questões ligadas à bioética e *internet*, por exemplo<sup>3</sup>.

Por esses motivos, *data maxima venia*, a relutância de renomados doutrinadores da antiga lei falimentar ante a idéia de sua modificação<sup>4</sup>, em especial pelas alterações nas relações obrigacionais ocorridas nos últimos dez anos, não subsistiria à simples leitura do novo diploma legal, que muito se esforça para oportunizar um novo fôlego às empresas em crise passíveis de recuperação.

Note-se que este alento dado ao empresário individual e à sociedade empresária não fazia parte do texto da lei revogada: a intenção

da norma era única e exclusivamente de liquidação da empresa, distribuindo - de forma pouco eficaz, diga-se - o diminuto ativo existente entre as famigeradas classes de credores trabalhistas e fiscais, restando remota esperança aos privilegiados e nem isso aos quirografários. A figura da concordata, compreendida como sendo a recuperação judicial proporcionada pela lei, na prática permitia apenas a dilapidação do patrimônio. Não raro associava-se a palavra "concordatária" à "falida", visto que seria o caminho inevitável da empresa.

Surgiu, pois, a Lei 11.101/05 com o objetivo de equilibrar interesses, sejam os da empresa em dificuldades que ainda se sente em condições de gerar rendas e empregos - em atendimento à homenageada função social que deveria encerrar a sua existência - sejam das diferentes classes de credores, que esperam da legislação o resguardo de maiores garantias e de efetivo pagamento de seus créditos. Denota-se, pois, que ao legislador, coube a tarefa difícil de harmonizar dois direitos conflitantes, existindo um limite tênue entre a recuperação da empresa e a recuperação do crédito.

Diante de duas diferentes grandezas - de um lado a empresa em dificuldade que deseja manter a atividade econômica e continuar contribuindo para o desenvolvimento do país, de outro a sociedade, os empregados, o fisco, as instituições financeiras e os credores em geral - faz-se necessária a análise de cada um dos princípios que pautaram a criação da lei<sup>5</sup>, a fim de verificar-se se as reais expectativas dos sujeitos envolvidos serão atendidas, ou se à norma restarão as mesmas agruras da antiga lei de quebras.

Em um segundo momento, cotejados os princípios clássicos e novos do direito falimentar, serão estudadas as atividades bancárias, diferentes opções de obtenção de crédito junto às instituições financeiras, a posição destas frente à empresa em crise, a forma como foram recepcionadas pela nova legislação e, por fim, a possibilidade de convivência harmoniosa entre recuperação do crédito e preservação da empresa.

## 1 Os princípios falimentares

### 1.1 Princípios clássicos

Ainda que a lei falimentar de 1945 tenha sofrido duras críticas por parte de seus operadores, seria impossível que uma trajetória de sessenta anos não tivesse deixado marcas. Assim é, que, embora o desiderato da nova lei fosse a inovação, alguns princípios mantiveram sua importância no novo texto legal - *par conductio omnium creditorum*, celeridade e publicidade -, os quais serão especialmente tratados nas linhas que seguem.<sup>6</sup>

### 1.1.1 O princípio da *par conditio omnium creditorum*

É consabido que, ao tornar-se o empresário (ou sociedade empresária) devedor, este responderá às obrigações assumidas com o seu próprio patrimônio, que é prontamente perseguido pelo credor, judicial ou extrajudicialmente, com o intuito único de satisfazer o seu crédito.

Verificando-se que o devedor tornou-se insolvente, ou seja, que o patrimônio está aquém do valor de suas dívidas, não podem persistir execuções individuais, sob pena de se beneficiarem alguns credores - os mais velozes - em detrimento dos outros. Para tanto, a lei determina que se instaure uma execução coletiva, uma universalidade, que é o concurso de credores.<sup>7</sup>

Este procedimento seria inócuo se não houvesse satisfação proporcional e tratamento igualitário a todos os credores da mesma categoria. Para que seja observada esta equidade, busca-se no direito romano o princípio da *par conditio creditorum*<sup>8</sup>, regra-meio<sup>9</sup> no processo falimentar, sem a qual não se estaria fazendo a devida justiça.<sup>10</sup>

Bessone<sup>11</sup> esclarece que o festejado princípio derogou o do *prior in tempore, potior in iure*, de tal forma que o credor que se antecipa aos outros não mais obtém qualquer vantagem sobre estes. Assim, a concorrência será paritária entre os que estejam em idêntica situação.

A operacionalização da comentada regra é possível em vista da universalidade do juízo falimentar, estampada no art. 76 da atual lei de quebras. À exceção de algumas causas elencadas no referido artigo, como as trabalhistas e fiscais, para todas as demais ações, torna-se o juízo da falência ou da recuperação judicial preventivo para a apreciação da matéria. Isso significa que as diferentes questões postas pelas diversas categorias de credores serão analisadas de forma una, sem que haja a insegurança de provimentos jurisdicionais conflitantes.<sup>12</sup>

O juiz da falência, portanto, possui o grande desafio de presidir o processo que transformará o patrimônio do devedor em crédito para o atendimento dos interesses de insaciáveis credores. Tão logo é aberto o procedimento, configura-se uma situação em que cada parte espera obter o melhor proveito - incluindo-se o próprio devedor.

A exceção à regra da *par conditio creditorum* decorre da existência de bens do devedor que não ficam sujeitos à execução falimentar, bem como de créditos que, por sua natureza e qualidade, recebem tratamento diferenciado, na medida em que a *lei* o estabeleça expressamente.<sup>13</sup> A atual lei de falências promove tal diferenciação no art. 83, classificando os créditos segundo uma ordem de pagamento, qual seja: trabalhistas (compreendendo os decorrentes de acidente de trabalho), com garantia real, tributários, com privilégio es-

pecial, com privilégio geral, quirografários, decorrentes de multas e penas pecuniárias, e subordinados.

Todavia, é importante repisar que, não obstante a classificação constante da norma legal, o princípio da *par conditio omnium creditorum* permanece firme e forte na observância dos direitos existentes dentro da mesma classe de credores. Nessa linha, é defeso a uma categoria instaurar privilégios entre si, sob pena de ferir à predita regra máxima.

Quando da consolidação da recente lei falimentar no Senado Federal, muitas foram as Emendas oferecidas pelos legisladores como substitutivo ao trabalho apresentado pela Câmara dos Deputados. O princípio da *par conditio creditorum* impôs sua importância sobre algumas pretensões, tal como a apresentada na Emenda nº 97, que tinha por escopo a possibilidade de a Justiça do Trabalho executar seus próprios julgados, sem a necessidade de habilitação ou inscrição desses créditos no quadro geral de credores, o que foi rechaçado pela Casa.<sup>14</sup>

Cumpra, assim, zelar pela observância do princípio, de forma a tornar o processo falimentar - visto muitas vezes como instrumento traumático - o mais satisfatório possível a todos que compõem a chamada massa falida subjetiva.

### 1.1.1.1 A proteção aos trabalhadores

Dentre os credores que detêm a chance de recuperação do crédito, encontram-se os trabalhistas, em especial face à incolumidade conferida pela lei, determinando o recebimento de seus direitos em primeiro lugar. Todavia, a hipótese de recuperação da empresa visa a evitar o pior dos efeitos sociais, que é o desemprego.

A ruína de uma empresa leva consigo os postos de trabalho, que tem por consequência a descapitalização da população, a redução do poder de compra e a quebra de outras empresas. Por isso, o simples pagamento em primeiro plano ao trabalhador torna-se uma solução de cunho paliativo, que apenas não atingirá a sociedade se a empregabilidade for mantida.

Para que a empresa em dificuldades financeiras seja atrativa a pretensos compradores, a Lei 11.101/05 impõe que ao adquirente não sejam sucedidos, entre outros, os créditos trabalhistas. A idéia partiu do pressuposto de que o novo empresário (ou sociedade empresária) deverá iniciar suas atividades sem o infortúnio do passado, sob pena de incidir nos mesmos problemas, culminando em nova falência.<sup>15</sup>

Ainda é cedo para afirmar que o benefício ao adquirente de fato atenderá ao seu fim social, mas nada garante que os empregos serão preservados<sup>16</sup>. Talvez a norma ideal fosse aquela que exigisse uma contraprestação do adquirente, ou seja, os débitos trabalhistas ape-

nas não serão assumidos se os novos sócios se comprometerem a manter os postos de trabalho. Em todo o caso, a lei possibilita a reunião dos empregados para a aquisição da empresa, utilizando, para tanto, os créditos derivados da relação de trabalho.

Interessante é a recomendação da Comissão de Insolvência da Fundação Acadêmica Argentina de Direito Econômico<sup>17</sup>, que contesta o instituto dos privilégios da lei concursal, sugerindo a criação de um seguro coletivo de trabalho contra a insolvência do empresário, eliminando o trabalhador do quadro geral de credores. Tal instrumento cobriria não mais de três meses de salário e a metade da indenização por antigüidade, exigindo atitude atenta e vigilante do empregado enquanto estiver em atividade.

Aproximando-se dessa idéia, a lei brasileira, em seu art. 151, como medida de tutela da dignidade do empregado, determina que, havendo valores em caixa, devem ser antecipados aos trabalhadores os créditos vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador. Contudo, o pagamento somente será efetuado se todos os credores da mesma classe puderem recebê-lo, sob pena de responderem aos prejuízos enfrentados por aqueles que não forem atendidos.

Por fim, é salutar que a lei tenha delimitado o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho em cento e cinquenta salários mínimos, remetendo o que extrapolar esse valor aos créditos quirografários. Além de os próprios trabalhadores serem beneficiados - na medida em que concorrem colegas de salário mais elevado - resta a oportunidade de que algum *quantum* seja destinado às demais classes de credores nem tão privilegiados. Ademais, a regra leva à coibição da velha prática fraudulenta de alguns empresários, que consistia no registro de familiares com salários exorbitantes tão logo verificada a possibilidade de quebra, fazendo com que os poucos ativos da empresa revertissem indiretamente em favor das mesmas pessoas que ocasionaram a crise.

### 1.1.2 O princípio da celeridade

Na lei anterior ou no novel instituto falimentar, embora várias décadas os separem, é notória a atenção do legislador para com a celeridade e a eficiência dos procedimentos. A propósito do tema, basta uma simples pesquisa na doutrina para constatar-se que o modelo legislativo a que sempre se buscou é aquele que, da forma mais rápida, chega ao seu ápice - agora, preferencialmente, o que recupera a empresa e paga os seus credores do modo menos gravoso quanto for possível.

Os modelos anteriores sofreram inúmeras críticas pelos operadores da lei, repletos de incidentes fraudulentos e protetivos ao empre-

sário devedor. O Código Comercial de 1850 e os regulamentos que se seguiram, ofereciam um processo demasiado lento, oneroso, que não satisfazia aos interesses do comércio e não defendia suficientemente o crédito.<sup>18</sup>

A fraude, acima mencionada, fora o maior obstáculo a todas as normas oferecidas à época. De fato, parece situação difícil operacionalizar um instituto recente como o da falência, num período em que o comércio era praticado por poucos e em círculo corporativista restrito, onde a complacência, a amizade, o receio ou a inércia dos credores falavam mais alto.<sup>19</sup> Assim sendo, o Decreto de 1945 nasceu com um objetivo bem traçado, que foi o de alicerçar a parte penal referente aos crimes falimentares, até então conduzida pela Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41), para que, então, o processo conseguisse alcançar rapidamente o nobre fim de satisfação da coletividade<sup>20</sup>.

Modificado substancialmente o cenário com o passar dos anos, delineando-se relações jurídicas com pessoas desconhecidas e muitas vezes entre ausentes, aspectos somados à necessidade de saneamento da empresa, fez-se mister alterar novamente a lei, para o bem de seu funcionamento, mas não somente na esfera penal.

Exemplo disso é que, enquanto no art. 1º da lei revogada estava autorizado o pedido de falência para o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagava obrigação líquida constante de título legitimante de ação executiva, não importando o seu valor, a Lei 11.101/05 impôs os critérios objetivos de protesto e de valor mínimo (na soma dos títulos) de quarenta salários-mínimos, impedindo, assim, que o rito falimentar seja usado como ação de cobrança de dívidas de valores ínfimos, prática então corrente, que movimentava o Poder Judiciário de forma indevida.<sup>21</sup>

No que refere ao moderno instituto da recuperação judicial, procurou-se delinear o procedimento dentro de exigências técnicas e temporais factíveis, como é o prazo para a apresentação do plano de salvamento, não superior a sessenta dias. Ademais, a lei não poupa ameaças de convalidação da recuperação judicial em falência para aqueles atos que têm uma nota protelatória.

Vale reforçar que o processo de recuperação judicial não foi criado ao bel-prazer da empresa em crise, mas, sim, tendo por propósito o retorno da empresa à utilidade na economia geral. Quanto menos efetiva for a recuperação, mais custos sociais estar-se-á dispendendo.<sup>22</sup>

Já no âmbito falencial propriamente dito, sem a pretensão de esgotar as hipóteses, continua rezando a lei que tais processos e seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância (art. 79). Inovação é vista no art. 151, que determina o pagamento de créditos trabalhistas estritamente salariais assim que

houver dinheiro em caixa. Contudo, a lei é louvável pelo disposto no art. 139, que permite a realização do ativo assim que arrecadados os bens, com o fim de evitar depredação, desvalorização ou perda, e, conseqüentemente, prejuízo aos credores, o que será visto no novo princípio da maximização dos ativos.

Objetivando a observância dos prazos processuais e o princípio da celeridade, a lei de quebras argentina (Lei nº 24.522/95, alterada pela Lei nº 25.589/02), inusitadamente, responsabiliza o síndico e o juiz da causa pela demora na alienação de bens, prevendo a destituição do primeiro e a advertência, por mau desempenho do cargo, do segundo.<sup>23</sup> Cumpriria verificar se esta regra tem servido à eficiência processual no país vizinho.

Estes exemplos comprovam que a celeridade e a efetividade dos procedimentos judiciais falimentares - e agora de recuperação da empresa - nunca deixaram de ser a preocupação da lei.

### 1.1.3 O princípio da publicidade

Dos princípios da *par conditio creditorum* e da celeridade decorre a necessidade de que os atos no processo falimentar sejam de conhecimento geral, para que todos os interessados se habilitem, na medida de seus créditos. A publicidade é medida que se impõe.

É necesserário, seja na decretação da quebra (para que se tome conhecimento dos seus efeitos), seja na convocação que aspira à habilitação dos credores para o salvamento da empresa, sob pena de benefício a alguns e prejuízo a outros, que o procedimento se realize com transparência. É ainda mais importante no atual estágio das relações jurídicas, onde a maioria das obrigações ultrapassa o âmbito da sede social da empresa.

Sendo pedido de autofalência ou de processamento de recuperação judicial, o próprio devedor deverá, com a petição inicial, apresentar relação dos credores com a discriminação do crédito e a classificação de cada um deles. Da mesma forma ocorre quando a falência é pedida por terceiro, onde o juiz determinará ao devedor, sob pena de crime por descumprimento de ordem judicial, o oferecimento da predita listagem. Providenciar-se-á a sua publicação no órgão oficial, para que dela tenham conhecimento os credores, se habilitem, e impugnem o rol, caso necessário.

A nova lei não mudou a responsabilidade do administrador judicial (antigo síndico) pelo envio de correspondências a todos os devedores, que comunique a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, bem como que indique o local em que poderão ser examinados os documentos do devedor. Valverde esclarece que não escusa a mora do credor a alegação de não haver recebido o convite do "síndico", mas que terá ação contra este para a repa-

ração do prejuízo se conseguir comprovar que não foi expedido ou que o fez tardiamente, quando não era mais possível tomar as medidas para a habilitação.<sup>24</sup>

Para todos os casos é prevista, também, a publicação dos atos do processo na imprensa oficial, ou em jornal e revista de grande circulação - se o devedor comportar tal gasto.<sup>25</sup> Quanto à alienação dos ativos em leilão, além da publicação em jornal de ampla circulação, faculta a legislação que se publique o edital em todos os meios que contribuam para o conhecimento da venda e que despertem no maior contingente de empresários o interesse pela empresa ou em seus bens<sup>26</sup>.

Demonstra-se, dessa forma, que o princípio da publicidade também faz parte de um núcleo imutável do direito falimentar e de recuperação da empresa, respeitado na lei revogada e na atual.

## **1.2 Os novos princípios da lei de recuperação de empresas e falência**

O foco da nova lei é, sem dúvida, a reunião de esforços para o salvamento da empresa viável. Assim sendo, aos princípios tradicionais foram somados outros tantos - preservação da empresa, viabilidade e maximização do valor dos ativos -, essenciais para o atendimento da função social insculpida no diploma substantivo civil de 2002. Passa-se, pois, a elencá-los.

### **1.2.1 O princípio da preservação da empresa**

Ao adotar a teoria da empresa, em detrimento à dos atos de comércio oriunda do *Code de Commerce* napoleônico, o Código Civil tratou o empresário como sendo quem desenvolve profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços. A definição legal de empresa é extraída da leitura do conceito de empresário, no art. 966, da lei civil.

É um erro comum, principalmente de quem não possui o conhecimento técnico-jurídico, confundir os sócios com a figura do *empresário*.<sup>27</sup> Aqueles, uma vez reunidos com o objetivo recíproco de contribuir para o exercício de uma atividade econômica, visando ao lucro, formam uma sociedade empresária. Conseqüentemente, consoante enfatiza Pacheco<sup>28</sup>, a falência, ainda que a sociedade seja solidária ou em nome coletivo, não atinge os sócios, senão indiretamente.

Quis o legislador, ao sinalar a separação dos conceitos, reconhecer quais os agentes que são responsáveis pelo infortúnio do negócio, possibilitando que, no seu afastamento, outros empresários (ou sociedades empresárias) idôneos assumam eficazmente a atividade. A possibilidade de seguimento das atividades foi tendência que ini-

ciou timidamente, amparada não na letra fria da legislação anterior, mas nas inovadoras decisões dos juízes monocráticos, que ainda viam chances de continuidade da empresa, não obstante a decretação da falência.<sup>29</sup>

Pois bem, desde o surgimento do projeto de lei que pretendia modificar a lei de quebras até sua efetiva sanção pelo Presidente da República, outra coisa não se debateu no mundo jurídico a não ser o objetivo de preservação da empresa, pautado na idéia da sua função social, que abriga a geração de riquezas, os postos de trabalho, a renda e o desenvolvimento do país.

As experiências negativas trazidas pelo Decreto de 1945 fizeram compreender que a decretação da falência *manu militari* não seria a melhor solução, tanto para devedores quanto para credores. Os primeiros, por razões óbvias, encontravam na lei falimentar a operacionalização da derrocada; os segundos sabiam que, uma vez decretada a quebra, remota seria a possibilidade de recuperação do crédito, diante da inoperância da empresa, da escassez de bens e da demora no processo judicial<sup>30</sup>, costumeiramente eivado de incidentes protelatórios.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que não apenas a empresa - pessoa física ou jurídica - possui interesse na preservação das próprias atividades. Como bem assevera Coelho<sup>31</sup>, o risco de falência assusta mais os credores do que o devedor, pois a quebra significa, no mais das vezes, a perda do crédito, enquanto que o deferimento da recuperação judicial garante o recebimento de parte dele, nem que seja através de eventual venda com deságio do direito creditório.

A empresa recuperável necessita das forças de produção para continuar operando, as quais configuram-se em capital, insumos, tecnologia e mão-de-obra. O capital, especialmente obtido junto ao mercado financeiro, fomenta a atividade econômica; os insumos e a tecnologia são adquiridos através de operações com outras empresas - o que também confere mobilidade às relações -, e a mão-de-obra, não sendo dispensada, contribui para a circulação das riquezas<sup>32</sup>. O primeiro passo, portanto, é observar se tais fatores ainda podem ser operacionalizados pela empresa em dificuldades econômicas, com vistas a obter-se crédito no mercado.

De acordo com Macías e Grillo<sup>33</sup>, doutrinadoras espanholas que se dedicaram ao estudo da empresa em crise na Comunidade Econômica Européia e em alguns países americanos, o tema merece importâncias *quantitativa e qualitativa*. No que tange ao primeiro aspecto, as pesquisadoras lembram que a crise não escolhe o tamanho da empresa: sejam grandes ou pequenas, as dificuldades assolam uma e outra, razão pela qual justificativas nesse sentido (*v.g.* a empresa não prosperou porque é pequena) não são relevantes para a compreensão do estado falimentar. Já no que diz respeito à segunda característica,

é inegável que a coletividade acaba por responder pela empresa em dificuldade, o que se reflete no cessar da produção, no aumento do passivo e na demissão de trabalhadores.

Denota-se que todos os pontos acima referidos convergem para o atingimento da coletividade, não retringindo as conseqüências da crise apenas ao âmbito da empresa e de seus sócios<sup>34</sup>, donde justifica-se o maior interesse na sua preservação.

O art. 50 da lei falimentar, em rol meramente exemplificativo, que não exclui outras hipóteses aplicáveis ao caso concreto, elenca meios de recuperação judicial da empresa, sendo os mais expressivos: concessão de prazos e condições especiais para pagamento de obrigações, operações societárias (cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade), aumento do capital social, redução salarial, venda parcial de bens e usufruto da empresa.

No inciso VII do referido artigo, permite-se, ainda, o trespasse ou arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, como meio de recuperar judicialmente a empresa. Oportuniza-se, dessa forma, que outros agentes assumam a atividade, afastando as pessoas que foram infelizes na administração do negócio.

Ademais, uma das principais inovações legais, que justamente vai ao encontro do interesse da preservação da empresa, consiste na possibilidade de o devedor propor e negociar com seus credores<sup>35</sup> a recuperação extrajudicial, na forma do art. 161 da Lei 11.101/05. *In casu*, uma vez rejeitada a proposta de recuperação extrajudicial, ou não homologada pelo juiz, simplesmente permanece o *status quo ante* ao plano. Relembre-se que a antiga lei de quebras, em seu art. 2º, III, previa que caracterizava o estado de ruptibilidade comercial, ensejando a decretação judicial da falência, o fato de o devedor convocar seus credores para pedir ou propor dilação, remição ou cessão de bens. A presunção do estado falimentar por atos suspeitos, nos termos desse inciso, era a maior prova de que a legislação não tinha a menor boa vontade em facilitar a preservação da empresa.<sup>36</sup>

Contudo, a grande crítica que recebe a lei está no teor do art. 73, que vincula o insucesso da recuperação judicial à decretação da falência, não oferecendo meio termo ao devedor: quem requer o benefício da recuperação judicial ou o obtém e cumpre, ou terá sua falência decretada. Ora, com a simples negativa do plano, se o empresário estivesse efetivamente em crise, a falência não tardaria a vir, sendo desnecessária a convalidação; caso contrário, manteria suas atividades, pagando normalmente seus credores.<sup>37</sup> Somente o tempo e a experiência demonstrarão se a opção de decretar a falência, sem oportunizar maiores chances ao devedor, foi a mais acertada.

Afora este aspecto pontual, parece a lei realmente preocupar-se com o princípio da preservação da empresa.

## 1.2.2 O princípio da viabilidade

Cumprido, a partir da análise do princípio da recuperação da empresa, questionar quais são os limites para socorrê-la da crise, eis que o saneamento deve evitar a quebra, não dilatá-la. Verificando-se que a empresa, por maiores que sejam as benesses concedidas, não retorna aos fatores de produção, emprego, atividade e, conseqüentemente, função social, tem-se por bem decretar a sua quebra, repartindo-se os bens com vista à satisfação dos credores.

Conforme se infere da análise dos princípios anteriores, a manutenção da empresa é de interesse público, sendo que a crise e a insolvência são de importância geral. A lei oferece soluções plausíveis para a preservação do negócio, razão pela qual, verificando-se que todos os meios proporcionados foram esgotados, a expropriação concursal revela-se a única saída. Ora, o sistema concursal deve estar organizado a favor do empresário e não voltado a intenções escusas de administradores ineficientes que, aproveitando-se da tolerância dos credores, podem criar situações mercadológicas constrangedoras, como a concorrência desleal.

Rivera comenta os fracassos da Lei nº 19.551/72 (revogada norma argentina de quebras) ante a insistência na continuação de empresas quando estas eram visivelmente carentes de viabilidade. Para mantê-las em atividade evitava-se o pagamento de impostos, de algumas obrigações, ou eram, ainda, subsidiadas pelo Estado, o que refletia num fator de distorção do mercado em que participavam. Pretendia-se que as alienações das empresas fossem vantajosas, o que levava as licitações a sucessivos fracassos. Geravam-se passivos caracterizados como créditos da massa, cuja satisfação, por ser antecipada aos demais credores, corroía eventual valor recuperado.<sup>38</sup>

Há casos em que a decretação da quebra vem ao encontro dos interesses do empresário. Não havendo mais possibilidades econômicas para a continuidade, tais como a reorganização, a conferência de vantagens fiscais e de financiamentos bancários, não há razão para a protelação da atividade. O pedido de autofalência é a solução legal<sup>39</sup>, embora não seja adotado na prática, principalmente porque a lei não mais prevê qualquer sanção ao empresário que desatenda à recomendação do artigo 105 e seguintes.

Quiçá nesta idéia de retirada do mercado de empresários não recuperáveis, sob pena de agravamento da situação, esteja a justificativa para o indigitado art. 73, que reza a decretação da falência quando desaprovado o plano de recuperação judicial ou descumpridas as obrigações nele assumidas. De qualquer forma, a medida ainda parece desproporcional quando existe a potencial possibilidade de salvamento da empresa. Espera-se, contudo, que a experiência argentina, supra referida, não seja vivenciada no Brasil.

### 1.2.3 O princípio da maximização do valor dos ativos do falido

A idéia da nova lei de falências é a de que grande parte dos credores, uma vez decretada a quebra, possa ter seu crédito satisfeito, ainda que, na prática, seja difícil essa operacionalização. Os bens arrecadados, quando existem, geralmente são alvo de depredação e desvalorização, de forma que as garantias pouco acabam representando à massa falida subjetiva.

Diante da quebra modifica-se o foco de interesse, passando os credores a desenvolverem, nas palavras de Satta, citadas por Pajardi<sup>40</sup>, uma *natural solidariedade econômica*, unindo esforços para que cada pedaço de patrimônio do devedor seja da melhor forma possível aproveitada, convertendo-se em renda. Esperam os diferentes credores, também, o atendimento à regra máxima da *par conditio creditorum*, já comentada.<sup>41</sup>

Para que a maximização seja alcançada, quanto mais rápido for o procedimento falimentar, mais chances terão os credores de verem pagas as obrigações e menos riscos a empresa estará oferecendo ao mercado. Carvalho<sup>42</sup> cita como exemplo notório de reorganização ineficiente e perda de ativos a *Eastern Airlines*, nos Estados Unidos, em 1989, quando o juiz da causa aprovou o pedido dos administradores para manutenção da empresa, em atendimento ao interesse público, que, no seu entender, seria maior do que o dos credores. Em 1991, liquidando-se finalmente a empresa por falta de viabilidade, os credores receberam apenas uma fração do que teriam recebido se a empresa tivesse sido prontamente liquidada dois anos antes.

Tais efeitos negativos procuraram ser administrados pela nova lei falimentar. O mais interessante da norma diz respeito à venda judicial dos bens do falido, cujo art. 139, já referido no princípio da celeridade, determina a venda dos bens para a realização do ativo assim que estes forem arrecadados, independentemente da formação do quadro geral de credores (art. 140, §2º). Aponta, inclusive, uma ordem de preferência, confiando que a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco, seja a hipótese mais favorável.

De fato, pode ocorrer que um bem vendido sozinho não tenha o mesmo valor de quando está agregado aos demais, perdendo, inclusive, a sua função. É o caso de um maquinário caro, feito especialmente para ocupar determinado espaço, que, uma vez avaliado, recebe valor ínfimo por estar sendo vendido independentemente do imóvel. A lei age positivamente quando privilegia a licitação em bloco.

A novel legislação percebeu que a possibilidade de pedido de concordata suspensiva no decorrer do processo falimentar muito obstaculizava a liquidação imediata. Era necessário esgotar a primei-

ra fase, de verificação de ativos e passivos mediante a arrecadação de bens, para só então passar-se à segunda, de liquidação e distribuição de proventos. E, para o empresário, a demora na tramitação processual tornava-se interessante, na medida em que os bens tangíveis (imóveis) valorizavam-se com o passar do tempo, enquanto as dívidas, por força da ordem de que não correm juros contra a massa falida, não aumentavam. Todavia, em relação aos bens intangíveis (como marca, ponto comercial, clientela etc.), à produção e ao emprego, havia dura desvalorização.<sup>43</sup> A substituição do instituto pela recuperação judicial evitou a utilização desse artifício.

Derradeiramente, sem a pretensão de esgotar as possibilidades oferecidas pela lei falimentar, refere-se sua novidade mais atrativa. Com o objetivo de despertar o interesse de terceiros pelos bens, a norma resguarda o objeto da alienação de quaisquer ônus, sendo que o arrematante não será responsabilizado pelas obrigações do devedor, sejam elas de natureza tributária, trabalhista ou decorrentes de acidente do trabalho. A medida é um verdadeiro incentivo à aquisição dos bens do falido ou da própria empresa, pois a compra não culminará numa segunda falência, desta vez do adquirente.<sup>44</sup>

Espera-se que possam ser colhidos os frutos das novas medidas adotadas, e que a maximização dos ativos reflita positivamente nas relações econômicas, reduzindo o custo de crédito, fomentando o mercado e concedendo um alento aos credores.

## 2 As atividades financeiras

### 2.1 Identificação e importância

Lembra Jiménez Sanches<sup>45</sup> que, do mesmo modo que a atividade comercial surgiu para colocar no mercado o excesso de bens que não são consumidos pelo produtor originário, os bancos são especializados em facilitar a circulação de riquezas, admitindo os excedentes de numerário desfrutados por alguns e colocando-os à disposição de quem necessita de financiamento. Esta intermediação no crédito se denomina atividade bancária e os instrumentos jurídicos para desenvolvê-la chamam-se contratos bancários.

Historicamente, no Brasil, antes mesmo de o conceito de empresa como atividade tomar seu espaço na legislação através do Código Civil de 2002 (em detrimento da *teoria dos atos de comércio* abarcada pelo Código Napoleônico), a lei comercial de 1850 já considerava banqueiro o comerciante que tinha por profissão habitual as operações chamadas de banco, indicando que a qualificação de empresário financeiro exigiria algo mais do que a simples prática isolada de operações típicas do ramo.<sup>46</sup> Até o advento da Lei nº 4.595/64, sucessivos decretos<sup>47</sup> procuraram definir o que seria a atividade bancária. Hoje,

a conceituação encontra-se no art. 17 da referida lei<sup>48</sup>, alvo de críticas pela sua imprecisão, já que poucas seriam as atividades que não envolvem a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos próprios ou de terceiros.<sup>49</sup>

Com o ânimo de solucionar a problemática, Salomão Neto<sup>50</sup>, após discorrer sobre os meandros da interpretação teleológica, conclui que, para a caracterização de atividades privativas de instituições financeiras, exige-se, cumulativamente: (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual.

Para a consecução de seu mister, as instituições financeiras, revestidas da forma de sociedades anônimas, dividem-se, tipologicamente, em bancos comerciais, bancos de investimentos ou desenvolvimento e bancos de crédito.<sup>51</sup> Estes entes podem organizar-se em pelo menos duas dessas atividades específicas, captando recursos para, seja a curto, médio ou longo prazos, dependendo de sua natureza, financiar o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas, ou, ainda, os programas e projetos que visem a promover o desenvolvimento econômico e social.

Denota-se, pois, que a importância das instituições financeiras transcende a economia individual dos cidadãos, interferindo na economia do País, pois servem de ligação entre poupadores e agentes econômicos necessitados de recursos para a satisfação de necessidades pessoais ou expansão de atividades empresariais.<sup>52</sup>

Direcionando o estudo especificamente a este último aspecto - fomento de atividades empresariais - conta o público com diversos instrumentos para a obtenção de crédito, sendo mais utilizados os contratos de mútuo mercantil (sob modalidade de repasse de recursos governamentais, de captação vinculada a empréstimo específico, de financiamentos cedulares e de abertura de crédito), as cessões de créditos (como *factoring* e operação de desconto), a alienação fiduciária, os adiantamentos sobre contrato de câmbio, os empréstimos internacionais concedidos por pluralidade de bancos (*Syndicated Lending*) e os financiamentos de projetos com recursos internacionais (*Project Finance*), entre outros<sup>53</sup>. Faz-se, a seguir, um resumido exame de cada um deles.

### 2.1.1 Os contratos de mútuo

Não raro diante da realidade econômica que se impõe no País, as empresas necessitam de empréstimos para a compra de matéria-prima, aumento do parque industrial, aquisição de bens para o desenvolvimento das atividades, pagamento de credores e funcionários ou

tão-somente para o incremento do capital de giro. A decisão de obter um financiamento no mercado é muitas vezes difícil, mas apresenta-se como a única solução para que o empresário suporte o momento de crise, ou simplesmente a evite.

São poucas as opções para a captação de crédito sem socorrer-se às instituições financeiras. Podem as empresas oferecer a terceiros a participação no capital social, através de sua abertura, valer-se da emissão de debêntures, ou, ainda, dos *commercial papers*, que nada mais são do que notas promissórias emitidas pela companhia para a obtenção de dinheiro a curto prazo.

Se resolve a empresa valer-se da ajuda de instituições financeiras, por lhe parecer a solução mais razoável, encontra no mercado uma gama de produtos e serviços, a maioria deles tendo por base o contrato de mútuo. Já entendia J.X. Carvalho de Mendonça que "não precisamos encarecer a influência considerável que exerce o contrato de mútuo nas relações mercantis" e que "sem ele, muitas empresas não poderiam desenvolver-se nem atingir ao escopo que visassem"<sup>54</sup>.

Ainda na fase de requisição do financiamento com vistas ao sucesso da empresa, há contratos que, no seu bojo, contam com o repasse de recursos governamentais a taxas mais módicas, como é o caso dos proporcionados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e sua subsidiária, a Agência Especial de Financiamento Industrial (BNDES/FINAME), voltados para a aquisição de máquinas, equipamentos e fomento de exportações.<sup>55</sup> Entre as instituições financeiras credenciadas pelo BNDES/FINAME - chamadas de agentes - formaliza-se um contrato de comissão, consoante previsto nos arts. 693 e seguintes do Código Civil, que autoriza o repasse dos recursos a empresa terceira tomadora final do empréstimo, agora, sim, através de um contrato de mútuo.

Outra saída financeira que culmina em contrato de mútuo é a captação vinculada a empréstimo específico, realizada pela instituição financeira junto a terceiros, na forma do art. 1º e incisos da Resolução CMN nº 2.921/02. Nesta modalidade, o banco coloca-se como intermediário, onde sua remuneração será suficiente para cobrir os custos da operação de captação. Como lembra Eduardo Salomão Neto<sup>56</sup>, a adoção do regime faz com que a operação de empréstimo não seja considerada risco para a instituição, pois o banco somente retornará o depósito recebido se houver o adimplemento do tomador.

Recurso comumente utilizado pelos empresários são as cédulas e notas de crédito, que podem ser dos tipos bancário, comercial, industrial, rural e à exportação. Consistem em títulos executivos extrajudiciais, representativos de operações de financiamento, através dos quais os bancos disponibilizam valores ao emitente, que deve comprovar a aplicação na forma exigida pelo financiador, sujeitando-se inclusive à fiscalização.<sup>57</sup>

De outra parte, tem-se também no contrato de abertura de crédito, o mais utilizado, a possibilidade de dar impulso ao desenvolvimento da empresa, porque, através, dele, o creditado pode ter reservados recursos financeiros em vista de projetos ou necessidades futuras, para os quais não necessite de descaixe imediato.<sup>58</sup> É uma promessa de mútuo, através da qual as empresas se suprem de numerário na medida de suas necessidades, utilizando o valor posto à sua disposição pelo banco, por período determinado ou sem prazo, resgatando-o nos prazos e de acordo com as condições estipuladas.<sup>59</sup>

Vistos os contratos de mútuo mais expressivos, passa-se ao exame de operações bancárias de cunho moderno.

### **2.1.2 A alienação fiduciária, o arrendamento mercantil, a operação de desconto e o adiantamento sobre contrato de câmbio**

Além do mútuo propriamente dito, acima visto, há outras maneiras eficazes para a aquisição de crédito junto ao meio bancário.

Contrato de surgimento relativamente recente, mas de grande aceitação no mercado, a alienação fiduciária em garantia propicia à empresa o seu desenvolvimento e a sua modernização, ao transmitir à instituição financeira a propriedade do bem adquirido, enquanto detém a posse direta, utilizando-o livremente no negócio, até que a dívida seja saldada.

Já, o arrendamento mercantil (ou *factoring* - faturização), liga-se à necessidade de reposição do capital de giro nas empresas, geralmente nas pequenas e médias<sup>60</sup>. Necessitando de crédito imediato, o empresário coloca a totalidade de seus créditos à disposição do faturizador - que, vale registrar, pode ou não ser instituição financeira, de acordo com acirrada discussão<sup>61</sup> -, os quais serão antecipadamente pagos, com desconto, se optado pela modalidade convencional deste tipo de contrato.

Também contrato de cessão, mas comumente utilizado pelas instituições financeiras, está o desconto. Tem o mesmo objetivo do *factoring*, mas é realizado com créditos isolados ou parte deles, sendo o cedente responsável até que seja satisfeito o crédito cedido, "não podendo ele pretender sua liberação perante o banco pela antecipação recebida, porque dá uma coisa diversa daquela devida, isto é, um crédito seu para com terceiro"<sup>62</sup>. Assim como a faturização, o desconto permite aos empresários uma liquidez imediata.

Ainda na linha das antecipações de crédito, podem as instituições financeiras proporcionar adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC). *In casu*, a compra e venda mercantil tem por objeto uma moeda estrangeira, sendo que a sociedade bancária vendedora do câmbio pode adiantar a empresário exportador parte do preço a ser

pago pela moeda estrangeira, antes do pagamento do valor da exportação pelo importador no exterior.<sup>63</sup>

Para os empresários individuais, as micro, pequenas e médias empresas, os contratos supramencionados constituem interessantes ferramentas para dar impulso às atividades que desenvolvem.

### 2.1.3 A captação de empréstimos vultosos

Breve comentário merecem as situações contratuais mais complexas operacionalizadas por grandes empresas, que além de valem-se dos contratos acima nominados, necessitam de instrumentos especiais para lançar mão de empréstimos vultosos. Em geral, solicitam financiamento exclusivo as concessionárias de serviços públicos, as empresas contratadas mediante licitação para a construção de obras de engenharia (como hidroelétricas, usinas de geração de energia e estradas), as sociedades com filiais e sucursais em diferentes países, entre outras.

A solução eficaz para este tipo de necessidade configura-se na tomada de empréstimos internacionais através das instituições financeiras, que pode ser operacionalizada através de remédios contratuais como o *Syndicated Lending* e o *Project Finance*.

O primeiro, de acordo com o ensinamento de Salomão Neto<sup>64</sup>, consiste, em suma, na cooperação interbancária, onde uma instituição financeira agente, mandatária do financiado, forma um sindicato de mutuantes ou opera com as demais instituições bancárias através de participações, como cessão de crédito e cessão de contrato. O objetivo desta associação, para os mutuantes, é a divisão dos riscos de um empréstimo significativo que, por outro lado, lhes interessa economicamente.<sup>65</sup>

O segundo, que significa o financiamento de projetos com recursos internacionais, é, resumidamente, um contrato de mútuo em que os tomadores aceitam que o crédito deva ser pago com o resultado gerado pelo próprio projeto. Sua principal característica é a necessidade de firmar contratos operacionais para a construção, operação do empreendimento e venda do produto final.<sup>66</sup> É uma espécie de contratação especialmente utilizada nas parcerias público-privadas (chamadas PPPs), estabelecidas de acordo com a Lei nº 11.709/04.

Ambos os institutos, de construção doutrinária recente, embora consistam em ferramentas voltadas para um pequeno grupo, despertam interesse pelos significativos valores que movimentam.

## 2.2 O relacionamento entre a instituição bancária e a empresa: a concessão de crédito

O primeiro e inevitável requisito para a sobrevivência de uma empresa é a possibilidade de obtenção de crédito no mercado.

Valverde, nas primeiras décadas do século passado já afirmava que "crédito é tudo"<sup>67</sup>. Aprimorando substancialmente o conceito, Arnaldo Rizzardo<sup>68</sup> assevera que "possibilita o crédito a própria existência das indústrias e do comércio", sendo ele que move a engrenagem para que estes alcancem os objetivos de constantes demandas, aperfeiçoamento e expansão no ramo em que atuam, onde o banco consiste no principal elemento técnico propulsor para circulação e acumulação de riquezas.

Os bancos, assim como qualquer outra instituição, têm a prerrogativa de contratar com quem lhes convier, sendo que a inobservância de cautelas na concessão de empréstimos pode configurar crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, da Lei nº 7.492/86. Por isso, não é com qualquer sociedade empresária que contratam, mas com aquela que procura bem observar o binômio da relação sinalagmática, *i.e.*, deveres-obrigações.

No atual estágio das relações mercantis, onde pouco se conhecem os contratantes, a confiança pessoal de outrora cede lugar às pesquisas em cadastros de inadimplentes, às certidões dos registros de imóveis e às consultas de processos judiciais. Ou, como frisa Mamede<sup>69</sup>, se não há como conhecer a parte adversa, há de se confiar nos instrumentos jurídicos que o Estado coloca à disposição para que se aceite o débito conservando-se o crédito.

Para que haja a contrapartida da concessão de crédito, as instituições necessitam de segurança, que acaba por materializar-se na exigência de garantias pessoais, como aval e fiança, e reais, estas últimas divididas entre penhor, hipoteca e anticrese, vinculadas ao cumprimento da obrigação e decorrentes de contrato. Henry Lesguillons<sup>70</sup> frisa a necessidade de que as garantias estejam próximas de uma liquidez perfeita, lembrando que, na Europa, são utilizadas, ainda, as garantias bancárias *documentárias* e *abstratas* ou *automáticas* (dadas por outros bancos no comércio internacional, por exemplo), que não são mais um compromisso acessório ao principal da empresa, mas um compromisso autônomo e passível de ser executado diretamente, sem outra demonstração do eventual descumprimento do devedor principal na operação de base.

Se, contudo, para aquelas sociedades empresárias que não estão em dificuldades financeiras já é difícil oferecer garantias pessoais e reais, mais penoso ainda se torna para o empresário em crise, sujeito a inúmeros preconceitos que o impedem de lograr empréstimos no mercado. Nesse aspecto, procurou a nova lei de recuperação de empresas e falência facilitar os mecanismos de acesso ao crédito sem que isso representasse, necessariamente, prejuízo às instituições financeiras mutuantes. É o que será visto a seguir.

### 2.2.1 O empréstimo para a empresa em crise

Como lembra Carvalho,

insolvência financeira não significa falta de viabilidade econômica para a empresa. Por exemplo: uma empresa pode encontrar-se em insolvência financeira devido a uma crise temporária no setor em que opera. A dificuldade também pode ser resultado de má gestão que pode ser corrigida. Uma vez superadas as dificuldades, a empresa pode voltar a ser lucrativa.<sup>71</sup>

Pensando nisso é que a nova lei de recuperação de empresas fora criada. Até seu advento, o fato de a empresa possuir bens, para a garantia de seus contratos, pouco significava para os credores no momento em que esta se revelava em crise. Isso porque o arrolamento de créditos trabalhistas e fiscais consumia, senão integralmente, grande parte dos bens da empresa, de modo que a segurança que se tentava obter com a redobrada precaução dos credores caía por terra.

Como conseqüência, sabedoras dessa realidade, as instituições financeiras, principais responsáveis pela circulação de riquezas, obrigam-se a conceder empréstimos de médio e longo prazo a juros elevados, que acabam sendo empecilho ao soerguimento da empresa. Maior exemplo é a incidência da comissão de permanência, cláusula de inadimplência, que é calculada com base no *spread* bancário, ou seja, a diferença entre a taxa à qual os bancos captam recursos e aquela cobrada em empréstimos a instituições não financeiras<sup>72</sup>. Sobre os juros somam-se outros encargos, como a taxa de rentabilidade, com o fim de apurar um percentual que reflita o prejuízo monetário suportado pela instituição bancária face ao não recebimento dos valores financiados.

Empréstimos a juros altos, inadimplência, bens insuficientes: a união desses fatores tendem à negativa de crédito no mercado, razão pela qual optou-se por readequar a posição dos credores de garantia no quadro geral, colocando-os logo abaixo dos trabalhistas e antes dos fiscais.<sup>73</sup>

A medida recebeu diversas críticas, chegando-se a mencionar que a lei trabalhava apenas no interesse das instituições financeiras<sup>74</sup>. Como contrapeso, também ouviram-se elogios à nova investida do legislador<sup>75</sup>, no sentido de que a valorização da garantia real beneficiária não só aos bancos, mas aos provedores de crédito em geral, com o decréscimo progressivo dos juros e do endividamento das sociedades empresárias.

A idéia básica do legislador, ao modificar substancialmente a situação das instituições financeiras, foi atender ao objetivo de redu-

ção do risco de crédito, fazendo com que os os financiamentos pudessem ser concedidos a encargos mais atrativos, visto que, em caso de inadimplência, as garantias serão, em um primeiro momento, facilmente executáveis. Da parte do mutuante, a obtenção de empréstimo a juros baixos e a possibilidade de contratação mesmo em período de crise, traz expectativas de progresso que não se viam outrora.

Veja-se, pois, como a lei operacionalizou o relacionamento das empresas com o meio bancário.

### 2.3 As instituições financeiras diante da lei 11.101/05

Para fortalecer as garantias dos contratos bancários, facilitando de forma oblíqua a obtenção de crédito e agradando ao Sistema Financeiro, a nova lei falimentar e de recuperação de empresas alterou pontos importantes da legislação de 1945.

A ação de maior destaque fora a nova classificação dos créditos, que, conforme já dito, antecipou aqueles com garantias reais aos demais, até o limite do bem gravado, somente perdendo na ordem para os créditos trabalhistas e decorrentes de acidente do trabalho.

Uma vez proporcionada a recuperação judicial à empresa em crise, também são os credores fiduciários, os titulares de determinadas garantias reais e os arrendadores mercantis excluídos dos efeitos do plano de recuperação, para que estes - leia-se "instituições bancárias" - "possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico".<sup>76</sup>

Havendo o infortúnio da decretação de falência, a lei prevê uma justa limitação: assegura-se o privilégio ao credor com garantia real até o *valor arrecadado* com a venda do bem dado em garantia, e não sobre esse bem especificamente ou sobre o produto de sua venda.<sup>77</sup> Assim, se o bem for vendido por valor menor, o crédito que sobejá-lo será considerado quirografário. Do contrário, se o produto da venda for maior, poderá o credor, a teor do parágrafo único do art. 124, cobrar inclusive os juros, encargos que são suspensos em relação aos demais credores quando da sentença declaratória de quebra.

Outro ponto da novel legislação que favorece os investimentos diz respeito à não-submissão dos créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial. Na eventualidade de decretação da falência, estes serão considerados extraconcursais, precedentes a qualquer outro, uma espécie de "premiação" às instituições que, diante da empresa em dificuldades, arriscam a sua reabilitação concedendo empréstimos.<sup>78</sup>

Pergunta-se, contudo, como fica tal regra diante do art. 129, III, da lei de quebras, que considera ineficaz em relação à massa falida a

constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, seja ou não intenção de fraudar credores. De fato, parece contraditório o incentivo à busca de crédito se, de outra parte, não se pode ofertar qualquer segurança. *In casu*, explica Salomão Neto<sup>79</sup> que o oferecimento de garantia suplementar - inclusive aquela prevista no art. 477 do Código Civil, que pode ser exigida se verificada a diminuição do patrimônio do devedor - não é passível de revogação, porque não haveria prejuízo para a generalidade de credores, já que o desembolso de recursos, em especial os contratados através de abertura de crédito, beneficiaria o devedor comum.

Ainda no tocante ao mútuo, como contrato unilateral que é (eis que prevê a obrigação apenas do mutuante), sobrevindo a falência da empresa no decorrer da contratação, não se aplicaria o art. 117, da Lei 11.101/05, que privilegia com a não-resolução apenas os contratos *bilaterais* do falido. A nova lei, entretanto, contemporizou a situação dos contratos unilaterais ao acrescentar, no art. 118, a possibilidade de o administrador dar cumprimento também a estes se a atitude reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, ou for necessária à manutenção e preservação dos ativos, mediante a autorização do Comitê de Credores<sup>80</sup>.

Situação curiosa surge em exemplo trazido pela doutrina argentina<sup>81</sup>: o que ocorre em caso de falência da empresa quando a garantia do contrato de mútuo consiste em cessão de créditos? Entendem os juristas vizinhos que, diante dessa realidade, o banco não pode cobrar o crédito do devedor cedido, pois isso implicaria a violação da sobredita regra da igualdade dos credores.

Aposta-se que a falta de capital de giro para a continuidade dos negócios, das causas endógenas para a configuração da crise da empresa, não seja mais a grande responsável pela falência, embora se saiba que a adaptação do mercado às novas regras apenas vingará se contar com a contribuição dos credores.<sup>82</sup>

Outro tipo de serviço oportunizado pelos bancos e que mereceu especial atenção por parte da lei de quebras, consiste no já comentado ACC (antecipação de crédito derivado do contrato de câmbio). O instituto legal prevê a expressa restituição em dinheiro da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente desses adiantamentos (art. 86, II), consistindo o crédito da instituição financeira em extraconcursal. De acordo com Coelho<sup>83</sup>, se assim não fosse, os juros cobrados dos exportadores nesse tipo de operação teriam de ser maiores para absorverem o risco associado à eventualidade de falência. Registre-se que, pela mesma justificativa, esta espécie de contrato, assim como o de *leasing*, alienação fiduciária e os que envolvam outras garantias reais, não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial.

Conforme se vê, alinhadas ao antigo costume de constituir garantias pessoais às obrigações (e assim ensinar que a expropriação

prossiga contra os co-devedores, já que pouco se extraía das empresas) estão as novas possibilidades de proteção ao crédito das instituições financeiras, desta vez adaptadas à idéia de recuperação e preservação da atividade econômica.

### 2.3.1 Tendências sobre recuperação de empresas com a participação de instituições financeiras

Desde há muito, o Superior Tribunal de Justiça fala acerca da necessidade de recuperação da empresa em crise, evitando seu falimento. Exemplo disso é o teor do Recurso Especial nº 16.910, publicado em 03/08/92<sup>84</sup>, onde o Ministro Fontes de Alencar deixou expresso que

não se pode supervalorizar norma não explícita em detrimento da massa, do falido e do próprio sistema jurídico, prestigiando privilégio, sobretudo quando se sabe que o direito falimentar, nos países mais desenvolvidos, tem por escopo principal a recuperação da empresa, para a preservação da atividade econômica e dos empregos por estas gerados.

Por ser norma recente, a Lei nº 11.101/05 ainda aguarda as conseqüências de sua efetiva aplicação. Contudo, já adotado o modelo de recuperação da empresa em alguns países, pode-se ter uma idéia de como operacionalizá-la, utilizando-se as instituições financeiras como grandes aliadas.

Os americanos utilizam o *Bankruptcy Code*, que prevê a figura do *Cramdown* (Capítulo 11), consistindo na imposição a todos os credores, pelo juiz, de um plano de reorganização que este considera justo e equitativo, mesmo quando não tenha as maiorias legais. Inspirado nessa figura, surgiu o *Salvataje* argentino (art. 48, Lei nº 25.589/95), que tem por finalidade regular a intervenção de terceiros distintos do devedor que desejam adquirir a empresa e evitar sua liquidação.<sup>86</sup> Para empresas com dificuldades conjunturais, o direito italiano criou a *amministrazione controllata* (art. 187, Real Decreto nº 267/42), viabilizando a conservação e a continuidade do negócio se a interrupção vier a provocar danos graves e irreparáveis aos credores. Vários outros países, como Portugal, Alemanha e Inglaterra, também prestigiam a recuperação da empresa, contando com a ajuda das instituições financeiras.

Solução não concursal para que a empresa permaneça operando, mas com outros administradores, os Estados Unidos da América também desenvolveram o instituto do *leveraged buy-out*, que tem por objetivo a absorção, por grandes grupos, de empresas em dificuldades financeiras. Consiste o instrumento na criação de uma nova

empresa, com capital inferior, que solicita crédito a uma instituição financeira, oferecendo como garantia as ações da sociedade a adquirir, sendo que o custo da operação será saldado em grande parte com os seus próprios recursos patrimoniais.<sup>86</sup> Se a aquisição da empresa é feita pelos próprios empregados - o que também é viável -, o instituto é chamado de *leveraged employee buy-out*.

Resta a esperança de que, consolidada no ordenamento pátrio a hipótese de transferência da administração da empresa em condições favoráveis aos terceiros interessados, os remédios extraprocessuais da legislação alienígena também sejam incorporados às nossas práticas.

## Conclusão

Assim como os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna cedem espaço entre si ou são mitigados quando se confrontam, os princípios falimentares protetivos não podem ser focalizados de forma absoluta, de modo que a preocupação com a recuperação da empresa deixe os credores desamparados, ou o pagamento a estes deixe a empresa sem condições de reerguer-se.

A lei anterior pouco se esforçava para recuperar a empresa, mas também, ao contrário do esperado, não trazia soluções para os problemas dos credores. As dificuldades enfrentadas sob sua égide, precipuamente a perda das garantias quando proposta a concordata ou decretada a falência, foram suas características determinantes. Mesmo que o credor se cercasse do maior número de garantias, estas se esvaíam no pagamento das dívidas da massa, trabalhistas e fiscais, tornando inócua toda a cautela precedente. Se existissem bens a serem vendidos, o fator "tempo" acabava por deteriorá-los, tamanha a demora no procedimento. Uma vez levados a leilão, o produto obtido sequer pagava os que encabeçavam o rol de credores. Em suma: um círculo vicioso que culminava na negativa de crédito e elevação de juros para o empréstimo ao setor empresarial em crise.

A Lei 11.101/05 emergiu com o objetivo de harmonizar direitos de devedores e de credores, fazendo com que princípios protetivos de uns não se sobrepujassem aos demais. Contudo, deve-se registrar que a idéia de recuperação da empresa e pagamento a contento de todos débitos é tarefa, salvo melhor juízo, de árdua consecução, demandando a colaboração e paciência de todos os envolvidos.

Por isso, bem obrou o legislador ao quebrar regras consolidadas pelo longo Decreto de 1945. Enquanto diversos setores bradavam pela manutenção da incolumidade de créditos trabalhistas e fiscais, dizendo que havia troca de interesses escusos com banqueiros, ponderou o criador da lei que, sem crédito, não haveria recuperação da empresa.<sup>87</sup> Nessa linha de raciocínio, optou por distribuir melhor a classe de credores, mantendo os mais fracos em primeiro lugar (tra-

balhadores), com alguns limites que vêm a facilitar o seu pagamento, ao mesmo tempo que assegurou a possibilidade de atendimento aos credores com garantia, remetendo para terceiro plano os créditos tributários.

A intenção da lei para com os credores, revelada no Projeto nº 71/2003, não apenas cingiu-se a oportunizar o recebimento dos créditos como meros espectadores, mas a exigir sua participação ativa, para o fim de otimizar os resultados a serem obtidos com o processo e evitar fraudes ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.<sup>88</sup> Para Mamede<sup>89</sup>, a lei moderna tomou os credores como expressão de uma coletividade (*universitas creditorum*) limitadora do arbítrio individual, e não como uma pluralidade de individualidades estanques e isoladas como a do decreto revogado. Permite uma interferência, através de assembléia geral ou comitê, que vai ao encontro também dos interesses do devedor, ao mesmo tempo que ajuda no soerguimento da empresa.

As linhas que seguiram, procuraram demonstrar que a valorização dos credores, em especial das instituições financeiras, não é necessariamente motivo para o desencadeamento do estado falimentar, mas uma oportunidade para o salvamento dos devedores.

## Notas

- 1 Lembra COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p.VII, que o projeto "era tímido, embora já contemplasse inovações de real alcance como a alienação imediata dos bens do falido e normas de profissionalização da administração falimentar. Preocupava-se em demasia com a mudança nas denominações (chamava a concordata preventiva de recuperação judicial e a falência, de liquidação, mas era tecnicamente bem-feito e atendida, em boa parte, à necessidade de atualização da lei falimentar)."
- 2 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1. p.19.
- 3 O Prof. Miguel Reale esclarece que, dentre as diretrizes assentes para a elaboração do anteprojeto ao antigo Código Civil, fora firmada a orientação pela Comissão Revisora e Elaboradora, em 1969, de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, "transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam o Código Civil". (REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. In: NOVO Código Civil Brasileiro. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.11)
- 4 Conforme PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**: Comentários à Lei de Falências

- as. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.7: "Vê-se, pois, que a nossa lei, embora de 1945, tem os caminhos de soluções razoáveis, que bem podem ser seguidos mediante interpretação, à luz das novas idéias, tendo em vista as tendências do mundo atual. Desse modo, não se há de ficar no plano das invectivas contra a nossa lei ou nas proclamações em favor de reformas, mas tomar atitude mais consentânea com a realidade, e, objetivamente, interpretar e aplicar a nossa lei falencial, que, em diversos dispositivos, tem o germe de soluções razoáveis para os problemas críticos das empresas." A opinião do festejado doutrinador fora exarada pouco depois da notícia do projeto de lei.
- 5 Os referidos princípios foram extraídos da doutrina e adaptados do Parecer nº 534/2004, "Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências." (TEBET, Ramez. *Parecer nº 534/2004*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7o%20de%20empresas.pdf>>).
  - 6 VALVERDE, **Comentários...**, p.19, aduz que, ao elaborar o anteprojeto da lei de falências, que mais tarde culminou no Dec. Lei 7.661/45, não substituiu os princípios gerais que, desde o Dec. nº 917, de 1890, dirigiam o sistema falimentar brasileiro.
  - 7 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Lecciones de derecho mercantil**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1998. p.523) explica que "al estímulo individual o egoísta, propio del sistema de las ejecuciones aisladas, se pone un principio de equidad; el régimen del azar o del favor debe sustituirse por el de comunidad de pérdidas y el tratamiento paritario de todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta para satisfacer a todos ellos íntegramente en sus créditos".
  - 8 Nas palavras de COELHO, **Comentários**. p.215, que denomina o princípio de "tratamento paritário dos credores", a falência é, a rigor, a tentativa de justa distribuição dos insuficientes bens do devedor entre os credores.
  - 9 PAJARDI, Piero. **Derecho concursal: naturaleza, crisis, presupuestos y proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991, p.113. O fim buscado por esta regra-meio, segundo o autor, é a satisfação proporcional dos direitos dos credores.
  - 10 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p.23-24 alia tal princípio com o do saneamento do meio empresarial, dizendo que ambos constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, não se sobressaindo um ao outro, mas se constituindo como imprescindíveis à garantia geral do crédito.
  - 11 Citado por BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.569.
  - 12 Nesse sentido, VALVERDE, **Comentários...**, p.14: "Na sua base (do instituto da falência), estão os princípios da unidade do juízo da falên-

cia e da universalidade desse estado jurídico, que garantem, pela fixação do processo de execução perante uma única autoridade, pela generalidade de seus efeitos, a par conditio creditorum."

- 13** PACHECO, **Processo...**, p.479, esclarece: "Ocorre, porém, que a lei, tendo em vista a natureza ou condição da pessoa do credor ou a natureza do crédito ou a conveniência de ordem pública ou qualquer outro critério relevante, pode em caráter excepcional, conceder a certos credores a qualidade ou a faculdade de serem pagos com a preferência a outros." Complementa VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1948, v. 2, p.65 que "surge, assim, no concurso de credores, o problema da classificação dos créditos, cuja solução se há de procurar com extremo cuidado, a fim de que não resultem tratamentos iníquos".
- 14** A Emenda fora apresentada pelo Senador Eduardo Suplicy e sofreu análise do Relator do Projeto nº 534/04, nos seguintes termos: "A Emenda nº 97 não deve prosperar, pois viola a par conditio creditorum, princípio fundamental do direito falimentar segundo o qual os credores de mesma classe devem concorrer em igualdade de condições ao recebimento do valor apurado na falência. Tal princípio, que não se aplica somente à falência, mas a toda execução concursal ou coletiva, existe para evitar que sejam beneficiados os credores que primeiro exigirem seu crédito, o que não constitui um critério adequado de diferenciação entre indivíduos em situação jurídica semelhante. Assim, não se deve permitir que os bens da massa falida sejam penhorados para pagamento de credores trabalhistas específicos, que obtiveram mais rapidamente suas sentenças judiciais, por terem contratado melhores advogados ou por terem tido mais sorte no andamento de seu processo. Se prevalecer essa situação, os maiores prejudicados serão os demais trabalhadores, que poderão ver sua perspectiva de recebimento diminuída sobremaneira. Por isso é que, muito embora prevaleça a competência constitucional da Justiça do Trabalho para julgar conflitos derivados da relação de emprego, o juiz que reconhecer o crédito trabalhista deverá determinar sua inscrição no quadro geral de credores da falência, para que não haja tratamento injustificadamente diferenciado entre os empregados da sociedade falida."
- 15** COELHO, **Comentários...**, p.368-370, relata que a questão da sucessão na lei partiu de intervenção sua junto à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em fev/04, obtendo a irrisignação da maioria dos presentes, o que foi revertido após as justificativas que apresentara. Aduziu que "*a separação entre 'empresa boa' e 'empresa ruim', para vender a primeira a empresários capazes de mantê-la e atender os credores apenas com os recursos da segunda é expediente que parece injusto e ardiloso*".
- 16** No caso brasileiro mais recente (VARIG), a empresa adquirente (VARIG Log), em atendimento ao plano de recuperação, dispensou mais de 4.000 funcionários assim que assumiu a administração (jul/06), sem que fossem apresentados critérios que justificassem a ordem das demissões. Em contraponto, a adquirente recebeu a empresa com poucas aeronaves, estando os empregados sem qualquer aproveitamento, "inchando" seus quadros.

- 17 KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.19), Recomendaciones de La Comisión de Insolvencia de La Fundación Académica Argentina de Derecho Económico.
- 18 Nas palavras de VALVERDE, **Comentários...**, p.16.
- 19 *Ibidem*, p.18. O autor dedica a frustração da lei à autonomia excessiva de que gozavam os credores no processo falimentar.
- 20 FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 15, p.408 explica que houve abandono da antiga classificação de crimes fraudulentos ou culposos para dar lugar à concepção de crime de perigo, sendo o prejuízo dos credores, determinável por eles, "inerente à sua prática, quer haja tal decorrência, quer seja mesmo casual a insolvência."
- 21 Alertam BERTOLDI; RIBEIRO, **Curso...**, p.522 que, "na prática, o fato de o devedor não pagar uma dívida vencida pode ter sido provocado pela insolvência, mas pode também ser decorrência do esquecimento, perda dos dados relativos à dívida, ou até uma opção administrativa do devedor. Não há vínculo necessário ou lógico entre a impontualidade e a insolvência."
- 22 Pertinente a observação de Arnoldo Kleidermacher, a título de 'Recomendaciones de la Comisión de Insolvencia de la Fundación Académica Argentina de Derecho Económico' (KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.15): "Ha sido valor entendido de la Comisión que el principal objetivo de una ley concursal y su mayor campo operativo debe ser lograr el más amplio espectro posible de soluciones preventivas a la quiebra, ya que ésta, por su parte, debe alcanzar dos conocidas premisas fundamentales: una liquidación rápida y eficaz, por un lado, y el regreso a la sociedad de los bienes liquidados, por el otro, con la mejor posibilidad de volver a ser factores de producción, empleo y actividad, en función social."
- 23 JUNYENT BAS, Francisco. El instituto de la quiebra. procedimientos para su declaración. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 2, n. 11, [s.d.], p.10) refere que, para evitar a crônica mora judicial, a solução da lei não dará resultados efetivos, já que esta não pode modificar a evidente insuficiência da infraestrutura judicial, "*no sólo a nivel de la justicia nacional sino con mayor razón en las provincias*." RIVERA, Julio César. Fines y principios estructurales de la nueva Ley de Concursos. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 1, n 1, [s.d.], p.31) aduz que, a seu juízo, "ello va a traer un acostumbramiento a la infracción de la norma y por ende a su derogación por desuetudo".
- 24 VALVERDE, **Comentários...**, v. 2, p.8.
- 25 COELHO, **Comentários...**, p.417, considerada a internet atende à figura de jornal de periódico de circulação nacional.
- 26 *Ibidem*, p.372. Alerta o autor que "se a massa não dispuser de recursos suficientes para essa publicação, não deve fazê-la, inclusive porque costuma ser bastante custosa e sua eficácia é por vezes questionável".
- 27 COELHO, **Comentários...**, p.10, assevera que "empresa, por ser ativi-

- dade, nem se confunde nem com quem a exerce (o empresário, que pode ser pessoa física ou jurídica), nem com o local em que é explorada (estabelecimento empresarial)".
- 28 PACHECO, **Processo**. p.81. Nas palavras do estudioso: "Isso quer dizer que não são os sócios considerados falidos, ainda que solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais."
- 29 O art. 74 do Decreto-Lei nº 7.661/45 previa que o falido poderia requerer ao juiz a continuação do seu negócio, ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público, em hipótese excepcionalíssima. PACHECO, **Processo...**, p.407, dizia que a lei, em lugares diversos, tinha o germe de soluções razoáveis, "à luz das novas idéias de recuperação econômica da empresa".
- 30 Destaca-se o pensamento do jurista argentino RICHARD, Efraín H. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.3, irresignado com a falibilidade da lei concursal argentina, que muito se assemelha(va) à situação brasileira: "La crisis es hoy de inseguridad jurídica. Una visión cortoplacista y economicista actúa en la coyuntura, mientras no se enfrenta la estructura del problema, delineando un orden social. Un exceso de normas atenta contra la economía del derecho y un sistema de justicia lento alienta un incumplimiento ya sociológico. Debe volverse al viejo corazón del derecho comercial: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia inmediata para devolver la riqueza al circuito económico."
- 31 COELHO, **Comentários...**, p.XIII.
- 32 A relevância dos preditos fatores de produção remonta da interpretação do art. 966, do Código Civil, que, em atendimento à teoria da empresa, considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada.
- 33 CANDELARIO MACÍAS, María Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa en crisis: derecho actual**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996. As autoras adotam a terminologia "*empresas em crise*" para aquelas que já estão em situação concursal, e "*empresas em dificultades económicas*" para as quais a solução é de índole extraconcursal.
- 34 CANDELARIO MACÍAS; RODRÍGUEZ GRILLO, **La empresa...**, resumem a questão ao transcreverem a opinião de GARCIA MARTINEZ, R. Principios de derecho concursal: la igualdad de los acreedores. Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, n. 3, 1984: "Y por eso el fin prioritario del concurso no es la liquidación del patrimonio, su desintegración o desmembración, sino su recuperación, como medida de defensa de la producción y del empleo".
- 35 Excluem-se do plano, pela lei, credores trabalhistas, tributários (art. 161, §1º), proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio (art. 49, §3º) e instituição financeira credora de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (art. 86, II).
- 36 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.626, ante a lei anterior, afirmava que o chamamento de credores para o pedido de prorrogação da dívida ou perdão (total ou parcial) era sintoma mais do que evidente da morbidez patrimonial, lembrando que o consentimento da totalidade dos credores configurava

a *concordata branca*, ou seja, mera acorandança extrajudicial excludente da falência.

- 37 Nesse sentido, COELHO, **Comentários...**, p.189, para quem a falta de alternativa da lei cria ambiente propício ao desenvolvimento da "indústria da recuperação judicial", onde o devedor lança mão desse instrumento apenas para obter condições favoráveis e a tolerância dos credores, sem efetivamente configurar-se uma empresa em crise.
- 38 RIVERA, **Fines...**, p.14-15. Comenta que "en alguna oportunidad se llegó a la insolvencia de las empresas 'continuadas', lo que fue calificado como el impensado fenómeno de 'la quiebra de la quiebra'."
- 39 COELHO, **Comentários...**, p.296, afirma que o empresário honesto tem o direito de transferir ao Estado a liquidação de sua empresa frustrada, por meio do pedido de autofalência.
- 40 PAJARDI, **Derecho...**, p.42, afirma que: "En suma, entre los acreedores se establece una 'natural solidaridad económica'; ésta a ojos vista, existía ya en el momento fisiológico de la empresa deudora en el que surgieron los créditos, porque quienquiera que otorga un crédito afronta el riesgo y lo afronta junto a todos aquellos que otorgan créditos al mismo deudor; pero se acentúa en el momento patológico de la empresa deudora y se traduce en la distribución proporcional de las pérdidas eventuales en el caso (normal para un deudor en estado de insolvencia), en que el patrimonio del deudor, una vez liquidado, no satisfaga integramente el importe de los derechos crediticios." A expressão 'natural solidaridad económica' adotou de SATTÀ, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. 3. ed. Turin, 1954, p.29.
- 41 *Ibidem*, p.114: "El proceso de quiebra, por lo tanto, se caracteriza como proceso colectivo tendiente a la regulación de relaciones intersubjetivas sobre la base de una regla de justicia, que tiene el mérito de ser *realista porque toma nota de una situación patrimonial de ineficiencia, y apunta a garantizar un tratamiento igualitario a todos los acreedores.*"
- 42 CARVALHO, Antônio Gledson de. **Lei de falência: acesso ao crédito empresarial e taxas de juros no Brasil**, maio 2003, p.5. texto preparado para a FEBRABAN, "
- 43 CARVALHO, **Lei de...**, p.27.
- 44 Interessante construção de COELHO, **Comentários...**, p.367.
- 45 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, **Lecciones...**, p.414.
- 46 SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005. p.13.
- 47 Veja-se a Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860 (regulamentada pelo Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860) e o Decreto nº 14.728, de 16 de março de 1921.
- 48 "Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.  
Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exer-

- çam quaisquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual."
- 49 O problema, ao que se vê, também faz parte do sistema jurídico argentino. ROMERO, José Ignacio. **La Actividad bancaria: derecho comercial y de las obligaciones**. Buenos Aires: Depalma, 2002, p.110-111 adverte que, partindo da aplicação de um critério objetivo, entendendo como atividade bancária a realização habitual de intermediação no crédito, se entende necessariamente que qualquer pessoa que realize a atividade está compreendida no sistema, o que, na prática, não corresponde à realidade.
- 50 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.27.
- 51 Neste trabalho, focaremos apenas estes três tipos, lembrando que o §1º do art. 18, da Lei 4.595/64, aponta que as instituições financeiras são os estabelecimentos bancários oficiais ou privados, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, caixas econômicas ou cooperativas de crédito, além de mencionar quais são as entidades equiparadas a instituições financeiras.
- 52 SYMONS JR., Edward L.; WHITE, James J. **Banking law**. 3.ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1991. *apud* SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.117.
- 53 Rol elaborado de acordo com os principais contratos mencionados por SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.167-476. e ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 54 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, t. 4, parte 2, p.318-319.
- 55 ABRÃO, **Direito...**, p.21-25 não poupa elogios ao BNDES, dizendo que "tem desempenhado um papel de peculiar relevância nos investimentos sociais e de toda a ordem, auxiliando empresas e diversos segmentos das atividades econômicas, sendo importante órgão na política pública e social do Governo, cuja capacitação e recurso adquirido ao longo dos anos se lhe permite a manutenção da pesquisa e a exploração de áreas que dependem fundamentalmente do incentivo dessa organização".
- 56 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.188.
- 57 MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.349 cita acórdão do STJ, Recurso Especial nº 162.032/RS, que considera situação fraudulenta a utilização do financiamento via cédula de crédito que não destinado à contraprestação contratada na forma da legislação aplicável, que são: Lei 8.929/94 e Decreto-Lei 167/67 (cédula rural), Decreto-Lei 413/69 (cédula industrial), Lei 6.840/80 (cédula comercial) e Lei 6.313/75 (cédula exportação).
- 58 SALOMÃO NETO, *op.cit.*, p.212.
- 59 BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.587.
- 60 *Ibidem*, p.541.
- 61 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.262-268.
- 62 ABRÃO, **Direito...**, p.109, em menção Giacomo Molle, I Contratti Bancari.
- 63 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.320.
- 64 *Ibidem*, p.359-377.
- 65 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.363 explica que "o benefício econômico

co para o banco inicialmente ligado ao tomador é a liberação total ou parcial dos fundos empregados na operação, para outros negócios ou necessidades mais lucrativos e convenientes".

- 66 *Ibidem*, p.377-417 explica pormenorizadamente o instituto, e lembra que, no Brasil, "o mecanismo para se obter o efeito de imputação da dívida do projeto a seus próprios resultados é a formação de uma sociedade separada para tomar os recursos emprestados e deter a propriedade dos ativos financiados", sociedade esta sem dívidas e normalmente controlada pelos empreendedores que tiveram a iniciativa da montagem do projeto. Também PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 01 out. 2006 diz que: "De acordo com essas estruturas de financiamento, os financiadores olharão sobretudo para a estabilidade e consistência do fluxo de caixa da empresa financiada. Em outras palavras, não se estará fundamentado no valor dos ativos incorporados ao projeto em si, mas na capacidade atrelada a esses ativos de gerar receitas decorrentes da operação e manutenção do projeto. Essa modalidade de financiamento altera substancialmente a ótica de análise de risco dos financiadores. Assim sendo, quaisquer riscos inerentes ou relativos ao projeto, em geral de grande importância na avaliação dos financiadores, assumem uma importância maior, na medida em que a sua materialização fatalmente afetará a estabilidade e consistência do

fluxo de caixa, o que vale dizer - a capacidade de repagamento das obrigações relativas ao empréstimo pelo tomador".

- 67 VALVERDE, **Comentários...**, v. 1, p.6. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.360, também valoriza o conceito, alegando que "a importância do crédito na atividade empresarial é inegável. Os empresários necessitam de crédito para usufruir ao máximo seu potencial de crescimento e produção e principalmente nos dias atuais de globalização, tornar seus empreendimentos competitivos".
- 68 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.13.
- 69 MAMEDE, **Direito...**, p.28.
- 70 LESGUILLONS, Henry. **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p.3-4.
- 71 Cf. CARVALHO, **Lei de...**, p.4.
- 72 Definição dada por CARVALHO, **Lei de...**, p.9.
- 73 Do Parecer nº 534/2004, p.55, consta que "é necessário que a garantia real do crédito no Brasil - a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países desenvolvidos - seja efetiva, a fim de que haja estímulo à concessão de financiamentos e, assim, promova-se o investimento dos recursos financeiros na atividade produtiva, a expansão do acesso ao crédito e seu barateamento, com a redução do chamado spread bancário".
- 74 PENTEADO, Mauro Rodrigues. [Comentários] In: SOUZA JÚNIOR, Fran-

- cisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.59, menciona que, para avaliar a direção política de que provém a lei de falências, basta examinar o dispositivo que estabelece a escala de classificação de créditos: "é despidiendo acrescentar que somente os grandes credores privados, ou aqueles de que depende o devedor, são os que conseguem agregar aos seus créditos garantias reais [...]."
- 75 Na defesa da alteração legal: SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.360; BIOLCHI, Osvaldo. [Introdução]. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.XIV; JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. [Comentários]. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.231-232.
- 76 Cf. COELHO, **Comentários...**, p.132.
- 77 Cf. SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.361, que arremata dizendo que conclusão em sentido contrário levaria à violação da par conditio creditorum.
- 78 Fábio Ulhoa Coelho defende que "há que se reconhecer que esses, ao abrirem crédito a empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis". (COELHO, **Comentários...**, p.180).
- 79 SALOMÃO NETO, **Direito...**, p.224-226.
- 80 FRONTINI, Paulo Salvador. [Comentários.] In: SOUZA JÚNIOR, Francis-
- co Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.437 afirma que, se o Comitê de Credores recusa a autorização do administrador judicial, "este pode e deve requerer ao Juízo da falência que lhe conceda".
- 81 SPAGNOLO, Lucía. Cesión de derechos en garantía de un mútuo y concurso preventivo. In: CONFLICTOS actuales en sociedades y concursos. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002, p.499-503.
- 82 COELHO, **Comentários...**, p.219. "Somente após algum tempo, a contribuição da nova lei de falências irá se traduzir em dados estatísticos que influem a composição dos juros. Mas mesmo depois de a reforma frutificar, haverá banqueiros mantendo seus juros altos alegando um outro pretexto qualquer".
- 83 *Ibidem*, p.246.
- 84 BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial n. 16.910. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.aspregistro=199100244040&data=03/08/1992>>
- 85 Ambos estudados por JUNYENT BAS, Francisco; CHIAVASSA, Eduardo. **El salvataje de la empresa, el cramdown en la Ley 25.589**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- 86 Apontam essa solução CANDELARIO MACÍAS, María Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa...** lembrando que medida já é adotada por outros países, inclusive a Espanha, com o nome de "apalancamiento" (aquisição alavancada).
- 87 SOUZA JÚNIOR, **Comentários...**, p.360, afirma que "a importância do crédito na atividade empresarial é inegável. Os empresários necessi-

tam de crédito para usufruir ao máximo seu potencial de crescimento e produção e, principalmente nos dias atuais de globalização, tornar seus empreendimentos competitivos."

**88** Circunstância lembrada por MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.26.

**89** MAMEDE, **Direito...**, p.127.

## Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIOLCHI, Osvaldo. [Introdução]. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel; RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa. **La empresa en crisis: derecho actual**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996.

CARVALHO, Antônio Gledson de. **Lei de falência: acesso ao crédito empresarial e taxas de juros no Brasil**, maio 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 6, t. 4, parte 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15.

FRONTINI, Paulo Salvador. [Comentários.] *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA MARTINEZ, R. Principios de derecho concursal: la igualdad de los acreedores. **Revista Jurídica Española La Ley**, Madrid, n. 3, 1984.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Lecciones de derecho mercantil**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. [Comentários]. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JUNYENT BAS, Francisco. El instituto de la quiebra. procedimientos para su declaración. **Revista de Derecho Privado y Comunitário, Concursos y Quiebras**, v. 2, n. 11, [s.d.].

JUNYENT BAS, Francisco; CHIAVASSA, Eduardo. **El salvataje de la empresa**, el cramdown en la Ley 25.589. Buenos Aires : La Ley, 2004.

KLEIDERMACHER, Arnoldo. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.

- LESGUILLONS, Henry. **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata: Comentários à Lei de Falências**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PAJARDI, Piero. **Derecho concursal: naturaleza, crisis, presupuestos y proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. [Comentários] In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 01 out. 2006.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: NOVO Código Civil Brasileiro. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- RICHARD, Efraín H. **Conflictos actuales en sociedades y concursos**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.
- RIVERA, Julio César. Fines y principios estructurales de la nueva Ley de Concursos. **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras**, v. 1, n 1, [s.d.].
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ROMERO, José Ignacio. **La Actividad bancaria: derecho comercial y de las obligaciones**. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SATTA, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. 3.ed. Turin, 1954.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SPAGNOLO, Lucía. Cesión de derechos en garantía de un mútuo y concurso preventivo. In: CONFLICTOS actuales en sociedades y concursos. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2002.
- TEBET, Ramez. **Parecer nº 534/2004**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei/empresas.pdf>>
- VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. 2.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1.