

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA**

**(ASCES/UNITA)**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**JEFFERSON LUPE BARBOZA**

**AS PRINCIPAIS RESTRIÇÕES À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL DE EMPRESAS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO  
NACIONAL**

**CARUARU**

**2017**

JEFFERSON LUPE BARBOZA

**AS PRINCIPAIS RESTRIÇÕES À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL DE EMPRESAS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO  
NACIONAL**

Artigo Científico apresentado à Coordenação do Núcleo de Trabalhos de Conclusão de Curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), em requisito parcial para a aquisição de grau de Bacharel em Direito

Orientador: Especialista Jan Grunberg Lindoso

CARUARU

2017

## RESUMO

A recuperação judicial de empresas é um instituto jurídico que foi inserido em nosso ordenamento a partir da Lei 11.101 de 2005, tratando-se de matéria relativamente recente na realidade do direito pátrio. Apenas recentemente é que se nota uma ampliação do uso desse instrumento legal como forma de viabilização da reestruturação da empresa em crise. Embora seja possível identificar avanços com o sistema criado a partir da lei referida acima, é possível perceber que, na prática, ainda há muitos obstáculos à sua efetivação. Grande parte desses obstáculos estão relacionados à cultura do mercado brasileiro, principalmente quando se trata das instituições financeiras componentes do Sistema Financeiro Nacional, que ainda não conseguem desvincular-se da imagem negativa que têm os institutos que regulam a insolvência empresarial. Em determinadas situações é compreensível essa atitude dos bancos, diante dos casos de abusos cometidos por alguns empresários que deles se utilizam. A própria lei 11.101/05 traz normas que acabam por trabalhar contra a efetividade e eficiência do sistema recuperacional por ela criado. O presente artigo científico tem como objetivo realizar uma análise destas barreiras que têm dificultado a viabilização do instituto da recuperação judicial de empresas, especialmente no que diz respeito às suas relações financeiras e negócios bancários. Ao longo do trabalho se procura demonstrar o interesse público envolvido no reerguimento da atividade empresarial viável, que cumpra satisfatoriamente sua função social, de modo a tornar efetivo este instituto tão importante que compõe ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: recuperação judicial; crise econômica; função social da empresa; lei 11.101/2005.

## **ABSTRACT**

The Judicial Recovery of companies is a legal institute that was inserted in our legal order by the Law 11,101 of 2005, being relatively recent matter in the reality of the country's right. Only recently has there been an increase in the use of this legal instrument as a way of making feasible the restructuring of the company in crisis. Although it is possible to identify advances with the system created from the law referred to above, it is possible to realize that, in practice, there are still many obstacles to its effectiveness. Most of these obstacles are related to the culture of the Brazilian market, especially when it comes to the financial institutions that are components of the National Financial System, which still not unlink themselves from the negative image of institutes that regulate corporate insolvency. In certain situations is understandable this attitude of banks, due the cases of abuses committed by some businessmen who use them. The law 11.101 / 05 itself brings rules that end up working against an effectiveness and efficiency of the recovery system that it creates. This article aims to analyze these barriers that hinder the feasibility for the Institute from the Judicial Recovery of companies, especially in to their financial relations and banking business. Throughout the work we try to demonstrate the public interest involved in the reestablishment of viable business activity, which satisfactorily fulfills its social function, in order to make effective this institute so important that compose Brazilian legal order.

Keywords: judicial recovery; economic crisis; social function of the company; Law 11.101/2005.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	5
<b>1 O PENSAMENTO ECONÔMICO E AS LEGISLAÇÕES FALIMENTARES</b>	7
<b>2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E OS INTERESSES PRIVADOS DOS CREDORES FIDUCIÁRIOS</b>	11
<b>3 A VIABILIDADE ECONÔMICA DA RECUPERANDA FRENTE À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES</b>	16
<b>4 OS PRINCIPAIS ENTRAVES À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b>	19
4.1 Aspectos Culturais	20
4.2 Aspectos Legais	21
4.3 As restrições ao crédito impostas pelas Instituições Financeiras	23
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	27
<b>REFERÊNCIAS</b>	29

## INTRODUÇÃO

Desde a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da recuperação judicial de empresas, por meio da lei 11.101/05, tem-se verificado um baixo índice de eficiência e efetividade de processos dessa natureza em todo o território nacional. A partir de uma análise histórica e sistêmica é possível identificar os fatores que mais têm dificultado o alcance de melhores resultados nos processos judiciais de recuperação, o que pode ajudar no desenvolvimento de propostas que possibilitem a superação desses problemas em prol de sua maior efetividade. Mais de dez anos após a edição da lei de falências e recuperação judicial, é preciso desenvolver o instituto recuperacional, superando a visão negativa que o mercado tem em relação a institutos que cuidam da insolvência empresarial, sobretudo no âmbito das instituições financeiras, o que implica numa série de restrições impostas à empresa que se socorre de tais medidas na tentativa de se reerguer. Mostra-se necessária também uma evolução na própria legislação regente, de modo a favorecer a recuperação da empresa viável e cumpridora de sua função social.

O presente trabalho, a partir de pesquisa bibliográfica multidisciplinar, inicialmente apresenta um breve panorama histórico do desenvolvimento da atividade empresarial, sua relação com a economia de mercado capitalista e o modo como os governos ao longo do tempo foram lidando com os problemas da insolvência das empresas, muitas vezes em virtude das disfunções da economia. Sendo este o contexto em que surgiram as legislações falimentares, bem como aquelas preocupadas com a recuperação da atividade empresarial. Assim, busca-se apresentar os principais fundamentos das legislações que cuidam da recuperação de empresas através da tutela jurisdicional, buscando identificar o modo como se deu a evolução do pensamento jurídico acerca dos institutos da falência e da recuperação judicial.

No tópicos dois e três, realiza-se uma análise mais aprofundada das bases do atual sistema da recuperação judicial no Brasil. Nesse sentido identificam-se os fundamentos constitucionais que conferem o embasamento para que o Estado, através da função jurisdicional, intervenha em relações eminentemente privadas, bem como os principais entraves que têm dificultado o efetivo alcance daquilo que o sistema busca, ou pelo menos deveria buscar: a viabilização da superação da situação de crise econômica por parte da empresa viável e que realiza sua função social.

No quarto ponto, são analisados de forma mais detida os principais entraves que trabalham contra a efetividade do regime jurídico da recuperação judicial. Neste tópico são abordados aspectos culturais e legais, bem como restrições ao crédito no âmbito das instituições financeiras, que têm se mostrado os grandes responsáveis pela baixa efetividade do sistema recuperacional.

Neste trabalho buscou-se desenvolver uma análise dos principais obstáculos enfrentados atualmente por uma empresa que busca o benefício da recuperação judicial diante das Instituições Financeiras, bem como identificar alternativas que confirmem maior instrumentalidade a este instituto jurídico. Para tanto, foram utilizadas obras literárias e artigos de doutrinadores e especialistas do direito civil e empresarial; bem como pretendeu-se identificar posições jurisprudenciais que ofereçam parâmetros para a construção de uma solução factível que possa subsidiar essa proposta. Com isso buscou-se contribuir para o debate acerca do que pode ser melhorado no direito recuperacional a fim de garantir sua efetividade, produzindo resultados alinhados ao melhor interesse público.

## 1. O PENSAMENTO ECONÔMICO E AS LEGISLAÇÕES FALIMENTARES

Em 1776, ano em que os revolucionários norte-americanos assinaram a sua Declaração de Independência, Adam Smith, respirando os ares do idealismo liberal, publicou sua célebre obra “A Riqueza das Nações”, cuja principal tese era a de que “os indivíduos normalmente tomam melhores decisões se deixados a agir por conta própria, sem a mão opressiva do governo conduzindo suas ações” (MANKIW, 2009, p. 11). Nesta obra Adam Smith expõe seu pensamento a respeito de como as pessoas interagem numa economia de mercado, defendendo que o homem age segundo seus próprios interesses sem a intenção de promover o interesse público, mas acaba por promovê-lo quando busca sempre o melhor para si, conduzido por uma mão invisível, muitas vezes obtendo melhores resultados do que se buscasse o bem comum (MANKIW, 2009, p. 11). O pensamento de Adam Smith lançou as bases para a economia liberal que vigorou nos anos seguintes na América independente, afastando a interferência estatal nas relações comerciais, com vistas a permitir que o mercado criasse seus próprios mecanismos de regulação à medida que a livre concorrência e a lei da oferta e da procura conduzissem tais relações.

Adam Smith formulou sua teoria da “mão invisível” do mercado num contexto de expansão das relações comerciais. Segundo o historiador britânico Eric Hobsbawn (2011, p. 106-107), “os mundos do comércio e da manufatura, e as atividades intelectuais e tecnológicas que os acompanhavam, eram seguros de si e autônomos, e as classes que deles se beneficiavam eram ativas, determinadas e otimistas”.

Essas ideias ganharam ainda mais força com a Revolução Industrial e também com a Revolução Francesa no final do século XVIII, seguidas de uma onda de desenvolvimento econômico e científico e de progressos tecnológicos ocorridos nas principais potências europeias da época. Hobsbawn (2012, p. 69) leciona que foi a liberação da iniciativa privada o motor que promoveu o progresso da indústria, tornando-se um movimento que influenciou diversos Estados ao redor do mundo .

No entanto, todo o desenvolvimento promovido na esteira dos ideais liberais não foi capaz afastar e nem mesmo reduzir os impactos dos períodos de crise pelos quais passa toda economia. O ciclo econômico de boom e depressão é conhecido pelos comerciantes e governos desde muito antes das Revoluções dos séculos XVIII e XIX. Porém, nenhuma crise atingiu tão em cheio os defensores e principais beneficiários do liberalismo capitalista como a

Grande Depressão de 1929 nos EUA e as recessões que atingiram diversas potências ocidentais no período pós-Grande Guerra. E. K. Hunt e Mark Lautzenheiser (2013, p. 557-558) destacam, na obra “História do Pensamento Econômico”, como a frequência e intensidade das crises econômicas aumentaram entre estas potências na primeira metade do século XX, em comparação com o século XIX. Em trecho da obra referida acima, apresentam-se dados da Crise de 1929, dando conta de que entre 1929 e 1932, houve mais de 85.000 falências de empresas, mais de 5.000 bancos suspenderam suas operações, a Bolsa de Valores de Nova York sofreu uma estrondosa queda nos valores das ações, de 87 para 19 bilhões de dólares, e quase um quarto da população estava desempregada.

A partir do século XX, e mais especificamente após o período de Grande Depressão Mundial, houve uma crescente preocupação dos países ocidentais com a regulação do instituto da falência de empresas, como se verifica, por exemplo, nas alterações realizadas no *New Bankruptcy Code*, diploma legal que rege o processo falimentar norte-americano. É também nesse período que começam a ganhar destaque as ideias de John Maynard Keynes, que passa a questionar as teses liberais da “mão invisível” e da natureza automática e autorregulável do mercado, defendendo uma ampla e profunda participação do governo nos processos econômicos (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 638-640). Da mesma forma se destacaram as ideias neoclássicas liberais, sobretudo na segunda metade do século XX, defendendo que o “punho visível do governo” auxiliando a “mão invisível do mercado” é fundamental para reduzir os efeitos instáveis do sistema capitalista de livre-mercado, bem como para resolver problemas envolvendo externalidades (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 649).

As legislações falimentares editadas no mundo ocidental foram amplamente desenvolvidas nesse contexto de medidas políticas ora mais intervencionistas ora mais liberais, influenciadas pela dinâmica cíclica do mercado. Tais legislações refletem o pensamento contemporâneo que reconhece a atividade empresarial como fator social de desenvolvimento, buscando proteger a sua função social.

No que se refere à situação de crise econômico-financeira de empresa que demonstre sua viabilidade e importância social, tão ou mais importante para o equilíbrio da economia quanto o instituto da falência é a recuperação judicial, instituto jurídico que objetiva possibilitar a recuperação da empresa viável em crise. O artigo 47 da Lei 11.101/05 determina:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a

manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que o regime jurídico da recuperação judicial de empresas tem a pretensão de garantir a efetividade dos mecanismos que buscam viabilizar a recuperação da empresa em crise. No entanto, na prática, verificam-se vários obstáculos ao regular funcionamento do processo recuperacional e ao atingimento de seu objetivo. Nesse contexto impõem-se diversas restrições à recuperanda, termo utilizado para designar a empresa que obtém o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, sobretudo no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), que acabam por inviabilizar sua reestruturação.

Historicamente a falência, independentemente do termo usado para designá-la em diferentes partes do mundo, foi vista a partir de uma perspectiva negativa com relação à pessoa do empresário ou comerciante, muitas vezes tido como criminoso, sofrendo duras restrições, inclusive pessoais, conforme nos lembra Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2012, p. 175).

Hodiernamente, o instituto da falência, bem como o da recuperação judicial, têm sido estudados e aplicados nas legislações nacionais dentro de uma perspectiva econômica, no sentido de objetivar-se a proteção da fonte produtora e da função social da empresa.

É possível notar o esforço dos doutrinadores comercialistas no sentido de desconstituir a visão negativa que se tem do instituto da falência e, principalmente, da recuperação judicial da empresa. Nesse diapasão, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 170) defende que “nem toda falência é um mal”, sendo uma forma de proporcionar uma “seleção natural”, eliminando as empresas mal geridas, obsoletas ou descapitalizadas. Leciona ainda o autor que “para o bem da economia como um todo, os recursos - materiais, financeiros e humanos - empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza”.

Como visto acima, a recuperação judicial vem sendo desenvolvida nas legislações ocidentais como reflexo direto da evolução do pensamento jurídico no âmbito do Direito Comercial, em imediata relação com o desenvolvimento da teoria da função social da atividade empresarial, passando-se a vislumbrar uma alternativa para as empresa que enfrentam dificuldades para honrar com seus compromissos e obrigações relacionados ao seu

empreendimento. Essa evolução do escopo teórico do direito falimentar funda-se na percepção de que nem toda empresa em dificuldade econômica e financeira deve ser submetida à falência, afinal, em última análise, tal alternativa acaba por não ser interessante para nenhuma das partes envolvidas, atingindo inclusive, em última instância, o interesse público. Passou-se a pensar então em alternativas que pudessem auxiliar a empresa viável em crise a se reerguer. Não se mostrava mais adequada a postura legislativa que buscava privilegiar sobremaneira os interesses dos credores em detrimento da própria sobrevivência do devedor.

No entanto, ainda existe uma considerável dificuldade para que a recuperação judicial, conforme instituída pela lei 11.101/05, alcance um nível de eficácia satisfatório, sendo poucos os exemplos de empresas que conseguem se reerguer. Isso se dá principalmente em virtude das restrições que o mercado impõe a tais empresas, criando um círculo vicioso, semelhante àquele existente sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, que regulava os institutos das concordatas preventiva e suspensiva, onde as empresas retardam ao máximo o pedido de recuperação judicial, deixando para fazê-lo quando os danos já se mostram irreversíveis.

## **2. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E OS INTERESSES PRIVADOS DOS CREDORES FIDUCIÁRIOS**

Dentro da nova perspectiva dos institutos que cuidam da insolvência empresarial, em especial a recuperação judicial, ganha relevância a consideração da função social da empresa, constituindo-se em princípio constitucional, geral e implícito, sendo extraído do princípio da função social da propriedade. Nesse sentido, a função social da empresa serve como fundamento para a intervenção do Estado no âmbito das relações privadas, através dos Poderes da República, com vistas a favorecer um ambiente propício à recuperação da empresa viável que se encontra em crise. Isso dá respaldo, portanto, à edição de normas de ordem pública, relativizando, em certa medida, o regramento privado das relações comerciais em função do interesse público do qual se reveste a Recuperação Judicial de empresas.

Tratando da execução civil, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) determina em seu art. 797 que seja realizada no interesse do exequente buscando satisfazer sua pretensão que, na condição de credor, busca ver adimplida a obrigação por parte do executado. A norma processual, no entanto, em seu art. 805, resguarda ao devedor o direito de que a execução se realize do modo menos gravoso possível a ele. Tais normas têm caráter eminentemente privado, buscando conferir segurança nas relações entre particulares, mas o art. 797 faz expressa ressalva quanto a execução realizada em concurso universal de credores.

No âmbito da recuperação judicial, que é espécie de execução concursal, aplica-se o CPC de forma subsidiária aos seus procedimentos, conforme determina o art. 189 da Lei 11.101/05. No entanto, a satisfação dos interesses dos credores não se mostra como sua finalidade precípua, como ocorre na execução civil, figurando apenas como elemento balizador do sistema, de modo a impor certas limitações à proteção que é dada à recuperanda. Devido ao caráter constitucional da função social da empresa, confere-se à Lei de Recuperação de Empresas um certo grau de norma de ordem pública. Tal fato pode ser percebido pela própria dicção do art. 47 da lei de falência e recuperação, que é clara ao afirmar que o objetivo do processo de recuperação judicial é tornar viável a superação da crise pela empresa devedora, para que, dessa forma, possam ser atendidos os interesses dos credores.

Nesse contexto, o cumprimento da função social mostra-se como pressuposto processual para o deferimento do processamento da recuperação judicial pleiteada pela

empresa, de modo que aquela que não cumpre tal função não possa ter acesso aos benefícios deste instituto legal. Mas afinal, como se caracteriza a função social da empresa? É possível aferir seu adequado cumprimento por parte da empresa recuperanda?

Segundo Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 57), a empresa cumpre sua função social quando:

[...] gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

Conforme o autor citado acima, o princípio da função social da empresa tem como conteúdo o “interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos e insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas”. Para o autor, tal princípio “justifica que os mecanismos jurídicos de prevenção e solução da crise são destinados não somente à proteção dos interesses dos empresários, mas também, quando pertinentes, à dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial” (COELHO, 2012, p. 74). Desta forma, a continuação da atividade empresarial no cumprimento de sua função social é de interesse de toda a coletividade.

Fábio Ulhoa (2012, p. 57), defende também que a função social da empresa equivale à função social da propriedade dos meios de produção, sendo pertinente a ressalva feita pelo referido autor:

Embora sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objeto de leasing etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica. Esta decisão deve se orientar pelo atendimento da função social da empresa.

Perceba que, da ressalva citada acima, é possível extrair a ideia de que o próprio conceito de propriedade é de certa forma relativizado, assumindo uma nova feição quando se trata da empresa que faz uso dos meios de produção com vistas ao cumprimento de sua função social, mesmo que estes não sejam legalmente seus. Assim, num exercício de

ponderação de princípios, tal fato mostra-se apto a ensejar uma reformulação da regra contida no §3º do art. 49 da Lei de Recuperação e Falências, que determina a restituição dos bens ao proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, ao arrendador mercantil, ao proprietário ou promitente vendedor de imóvel que firmaram contratos com uma empresa que posteriormente veio a pedir recuperação judicial, desde que tais contratos possuam cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Ressalte-se neste ponto a exceção que o próprio dispositivo legal citado traz em sua parte final, determinando que não será permitida “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial” durante o chamado *stay period*, estabelecido no §4º do art. 6º da lei de recuperação judicial de empresas.

O §3º do art. 49 representa uma das principais incongruências da lei 11.101/05, afinal qual o sentido de, após demonstrada a viabilidade da empresa a partir de uma análise econômico-financeira e contábil qualificada, após verificar-se que a mesma cumpre sua função social satisfatoriamente, após reconhecer-se a essencialidade dos bens de produção por ela utilizados mas sobre os quais ainda não obteve o direito de propriedade, e após ter seu plano de recuperação aprovado pelos credores, permitir-se que esta empresa seja privada de tais bens?

Neste ponto reside um dos maiores problemas à efetividade da recuperação judicial da empresa, pois, a norma legal favorece os credores fiduciários em detrimento da própria sobrevivência da empresa que a pleiteia, numa clara demonstração do conflito entre os interesses privados de tais credores e o interesse público na recuperação da empresa cumpridora de sua função social. Valendo-se de tais normas, esta espécie de credores, formada em grande parte por Instituições Financeiras, efetua, por exemplo, a restituição dos bens alienados fiduciariamente, em virtude de financiamentos concedidos à empresa, o que tende a inviabilizar o processo de recuperação, bem como frustrar os interesses do demais credores. Tal previsão confere a estes credores um privilégio injustificável e incompatível com o instituto da recuperação judicial.

Na jurisprudência tem-se demonstrado o desenvolvimento de uma orientação que, a depender das circunstâncias do caso concreto, relativiza os interesses dos credores em função da preservação da empresa e do cumprimento de sua função social. O STJ, em sede de Agravo Regimental em Conflito de Competência (AgRg no CC nº 107.065), decidiu pela submissão da execução fiscal, que corria contra a empresa SATA - Serviços Auxiliares de

Transporte aéreo S/A, em recuperação judicial, ao juízo universal do processo de recuperação. No acórdão, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, defende que “[...] na execução fiscal não é permitida a prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial”. Entre os fundamentos de seu voto, o relator defendeu que: “A novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa”. Na mesma decisão foi reconhecida em favor da recuperanda o direito ao parcelamento dos créditos tributários. No mesmo sentido AgRg no CC 110.764-DF, também de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão.

No que se refere ao específico caso do credor fiduciário, na grande maioria dos julgados, os tribunais têm decidido de acordo com a previsão contida no §3º do art. 49 da Lei 11.101/05, inclusive ampliando o alcance da norma para abranger também a cessão fiduciária de direitos creditórios, oferecida como garantia em operações financeiras, que serão analisados mais adiante neste trabalho. A título de exemplo, tem-se a Apelação Cível nº 70046811733 TJ-RS, os Embargos de Declaração nº 70060220688 TJ-RS, o Agravo de Instrumento nº 20529104820158260000 SP 2052910-48.2015.8.26.0000 TJ-SP, o Agravo de Instrumento nº 5480324700 TJ-SP, o Recurso Especial nº 1.549.529 - SP julgado pela 3ª turma do STJ, dentre outros. Tem-se admitido, porém, que a recuperanda permaneça na posse direta do bem alienado fiduciariamente durante o *stay period*, quando tratar-se de bem essencial à sua atividade, como se percebe no Agravo de Instrumento nº 10042130027321001 TJ-MG, no Agravo de Instrumento nº 10477120005608001 TJ-MG, na Apelação Cível nº 70046811733 TJ-RS, no Agravo de Instrumento nº 70065876823 TJ-RS e no Agravo de Instrumento nº 70064318470 TJ-RS, este último permitindo o prosseguimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, em favor do credor, pelo reconhecimento de sua não essencialidade à atividade da devedora.

Há, no entanto, exemplos de decisões garantindo que a empresa em recuperação judicial continue na posse direta do bem objeto de alienação fiduciária, mesmo após o período de suspensão, quando essenciais ao regular desempenho da atividade empresarial, posicionamento este mais compatível com o sistema instituído na lei 11.101/05. Nesse sentido, a decisão monocrática do Desembargador Roberto Sbravati do TJ-RS em sede de Agravo de Instrumento (AI nº 70063543227). *In concreto*, o AI foi movido pelo Banco Bradesco S/A em face da COLFIX INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA, pretendendo que

fosse determinada a busca e apreensão de uma empacotadora automática em virtude do deferimento da recuperação judicial da devedora. Dentre os fundamentos da decisão, o desembargador defendeu que pela principiologia da lei de recuperação judicial, é possível vedar a retirada de bens essenciais à atividade produtiva da recuperanda, inclusive os que sejam objeto de alienação fiduciária, devendo qualquer expropriação submeter-se ao crivo do juízo da recuperação, inclusive após findo o prazo de suspensão (180 dias), buscando-se garantir a preservação da empresa através do cumprimento do plano de recuperação.

Cabe aqui a menção ao interessante posicionamento da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de Agravo de Instrumento (AI nº 2211899-55.2015.8.26.0000), relatado pelo desembargador Edgard Rosa, ao qual se negou provimento, tendo sido interposto pelo Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A. O agravante pedia a busca e apreensão de sete caminhões, uma carroceria furgão lonado e uma plataforma elevatória veicular, que foram objeto de contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária. No acórdão, manteve-se a determinação de cumprimento da liminar de busca e apreensão dos bens, mas, preservando-se a devedora-fiduciante na posse dos bens, na qualidade de depositária, garantindo-se a continuação de sua atividade empresarial. Nos fundamentos da decisão, o desembargador relator sustentou que a regra contida no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05, é excepcionada quando tratar-se de bens essenciais à atividade da empresa em recuperação, de modo a materializar e efetivar o que está disposto no art. 47 da referida lei, privilegiando-se, de um lado, o credor fiduciário, e, ao mesmo tempo, ao não permitir a venda nem a retirada do bem, preserva-se a empresa, diante de seu caráter essencial. O relator citou julgados nos quais se reconheceu que mesmo superado o período de 180 dias a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, é cabível a manutenção dos bens objeto de alienação fiduciária na posse do devedor, prestigiando-se a preservação da atividade empresarial.

Com a defesa da prevalência da preservação da empresa sobre os interesses privados dos credores fiduciários e dos demais que possuem direito de restituição, não se busca favorecer a empresa em recuperação judicial a qualquer custo, mas apenas privilegiar seu soerguimento, tendo em vista a função social que desempenha. Assim, a previsão do §3º do art. 49 da lei 11.101 acaba por punir a empresa recuperanda, tratando-a como se, ao pedir a recuperação judicial, buscasse se furtar do pagamento aos seus credores, visão esta que não se coaduna com o referido instituto jurídico.

### 3. A VIABILIDADE ECONÔMICA DA RECUPERANDA FRENTE À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

O processo de recuperação judicial instituído pela lei 11.101/05 demonstra também uma preocupação em que seja verificada a viabilidade da empresa. Tanto é assim que em seu art. 53 dispõe que o plano de recuperação apresentado pela empresa deverá conter, além da discriminação pormenorizada dos meios de recuperação e do laudo econômico-financeiro dos bens e ativos do devedor, a demonstração de sua viabilidade econômica.

No que se refere à aferição da viabilidade econômica, trata-se de uma tarefa que exige um elevado grau de conhecimento técnico, bem como representa um pressuposto fundamental para que se justifique o movimento da máquina estatal e as proteções concedidas à recuperanda em favor de sua reestruturação. Assim, não parece adequado que a análise de tal pressuposto fique ao exclusivo juízo da Assembleia Geral de Credores (AGC), pois se mostra mais prudente que tal análise seja realizada por ente imparcial e com expertise na matéria, deixando para os credores a tarefa de julgar se os meios de recuperação apresentados pelo devedor atendem ou não aos seus interesses, abrindo espaço para negociações entre as partes. Para tanto, o especialista iria auditar a empresa que pede a recuperação a fim de emitir parecer relativo à sua viabilidade, se possível indicando, conforme o art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas, os meios mais aptos para possibilitar sua recuperação, desta forma subsidiando o juízo competente, assim como os credores, de informações relevantes para a aprovação ou não do plano de recuperação. Tal parecer, no entanto, não poderia ter caráter eliminatório, mas apenas informativo, auxiliando no direcionamento das negociações conduzidas entre devedor e credores.

Partindo da ideia de que “nem toda empresa merece ou deve ser recuperada”, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 272) defende um modelo de verificação da viabilidade econômica, demonstrando que a recuperação judicial de uma empresa que não merece ser recuperada gera o que o referido doutrinador comercialista chama de “custos sociais”, pois tende a aumentar as taxas de juros praticadas pelos bancos, que passam a calcular um *spread* específico, associado à recuperação judicial, retardando o processo de desenvolvimento econômico do país.

Diante desse quadro, Fábio Ulhoa (2012, p. 273-274) defende que o judiciário seja mais criterioso ao decidir sobre o deferimento do processamento da recuperação judicial, não

sendo compatível com o objetivo da norma alçar a recuperação da empresa em crise a um nível de valor absoluto. Para tanto, o citado autor apresenta um modelo para aferição da viabilidade da empresa, por parte do judiciário, que tome em consideração cinco vetores básicos, quais sejam: a) Importância social, relacionada “à relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional”; b) Mão de obra e tecnologia empregadas, implicando dizer que “a recuperação da empresa tecnologicamente atrasada depende de modernização, que implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída a tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza”; c) Volume do ativo e passivo, neste caso deve-se identificar qual a natureza da crise, se econômica, financeira ou patrimonial, ou uma intercombinação destas espécies de crise, o que passa a exigir soluções mais complexas, sendo o volume do ativo e do passivo “importante elemento da análise financeira de balanço, que se faz comparando pelo menos dois demonstrativos dessa espécie”; d) Idade da empresa, não devendo tratar-se novos negócios, com pouco mais de dois anos, do mesmo modo que os antigos, devendo o maior ou menor tempo de constituição e funcionamento influir no peso a ser atribuído aos demais vetores, de modo que “empresas muito jovens só devem ter acesso à recuperação judicial se o potencial econômico e a importância social que apresentam forem realmente significativos”; e) Porte econômico, sendo este também um critério a justificar um tratamento diferente entre as empresas a serem recuperadas, assim, “as medidas de reorganização recomendadas para uma grande rede de supermercados certamente não podem ser exigidas de um lojista microempresário”, considerando, por outro lado, que “quanto menor o porte da empresa, menos importância social terá, por ser mais fácil sua substituição”.

Ante o exposto, mostra-se plenamente possível a aferição da viabilidade econômica da empresa a partir de critérios técnicos, de modo que seja garantido em favor da empresa viável e cumpridora de sua função social o acesso a um processo de recuperação judicial que efetivamente sirva de auxílio ao seu soerguimento. No entanto, em que pese o deferimento do processamento da recuperação judicial pleiteado pela empresa em crise, a lei de falência e recuperação atribui soberania as deliberações da AGC, possibilitando, conforme § 4º do art. 56, a decretação de falência da empresa pela simples rejeição do plano de recuperação judicial. Assim, em última instância, todo o sistema criado no âmbito da Lei 11.101/05, por esta previsão, é colocado nas mãos dos credores, que passam a ser os que efetivamente o controlarão. Cria-se, desta forma, um desequilíbrio e o objetivo da recuperação judicial,

analisado no tópico anterior, acaba sendo desvirtuado. Deve, portanto, ser relativizada a soberania das deliberações em AGC, privilegiando-se o interesse público na recuperação da empresa merecedora, conforme os pressupostos previstos na lei de recuperação judicial.

Nesse sentido, em sede de Recurso Especial (REsp nº 1.314.209), julgado pela 3ª Turma do STJ, relatado pela Min. Nancy Andriighi, reconheceu-se a possibilidade de cláusulas do plano de recuperação judicial ou mesmo de deliberações da AGC serem passíveis de controle pelo Poder Judiciário, mesmo no caso de o plano ter sido aprovado em assembleia. No caso, um dos credores interpôs agravo de instrumento perante o TJ/SP atacando a aprovação do plano de recuperação, sob a alegação de que foram feitas alterações, durante a AGC, buscando favorecer determinadas Instituições Financeiras. O recurso foi provido em parte, e os embargos de declaração movidos pelas agravadas-recorrentes, foram rejeitados, chegando o caso ao STJ em sede de Recurso Especial, interposto pela empresa recuperanda e pelos credores que aprovaram o plano, ao qual negou-se provimento.

#### **4. OS PRINCIPAIS ENTRAVES À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Diante de tudo que foi abordado até o momento é possível perceber que a Lei 11.101/05 inaugurou no ordenamento jurídico nacional a preocupação com a proteção da empresa em crise que possua viabilidade econômica e cumpra sua função social, objetivando, com o instituto da recuperação judicial, viabilizar a superação da situação de crise.

Mesmo contando com mais de dez anos de vigência, a Lei de Recuperação de empresas só passou a ser utilizada mais rotineiramente nos últimos quatro ou cinco anos, também em função do estado de recessão econômica pela qual passa o país. Mas não só por isso, afinal, desde que entrou em vigor, a economia brasileira já enfrentou outros momentos difíceis sem verificar-se aumento substancial dos pedidos de recuperação judicial e falência, como ocorre atualmente.

Conforme noticiado, no dia 11 de janeiro do ano corrente, no site Consultor Jurídico (2017), houve um crescimento de 44.8% no número de pedidos de recuperação judicial no ano de 2016 em relação a 2015, segundo dados divulgados pela Serasa Experian. Para a Boa Vista Serviço Central de Proteção ao Crédito o índice aponta um crescimento de 49,4% no total de pedidos comparando-se o mesmo período. Com relação aos deferimentos das recuperações judiciais, houve também um significativo aumento no ano passado quando comparado ao ano de 2015, representando um crescimento de 45% (para a Serasa, que aponta uma evolução de 1.044 para 1.514 deferimentos) a 59% (na contagem da Boa Vista). Ainda segundo os dados divulgados, as micro e pequenas empresas lideraram os requerimentos de recuperação judicial em 2016, com 1.134 pedidos, seguidas pelas médias e pelas grandes empresas, com 470 e 259, respectivamente. Tais dados nos revelam que a lei 11.101/05 começa finalmente a entrar na realidade jurídica e empresarial do Brasil, o que acaba por contribuir na construção de uma cultura de empresas mais preocupadas com a qualificação de sua gestão, observando os ditames legais, o que potencialmente aumenta as chances de sucesso desses processos ao longo do tempo. No entanto, na prática, a esmagadora maioria das recuperações judiciais não têm conseguido viabilizar a superação da crise por parte das empresas.

O jornal Folha de São Paulo (2016), informou em site que, das 946 empresas com processos encerrados até 2016, 218 foram recuperadas, representando um percentual de 23% do total, conforme dados da Serasa.

Como se percebe, apesar de ter representado um avanço quando comparada aos institutos das concordatas preventiva e suspensiva, a recuperação judicial de Empresas tem tido dificuldades para atingir a efetividade desejada. Dentre os principais fatores que trabalham contra o sucesso da recuperação é possível relacionar aspectos culturais, muito ligados à visão negativa que o mercado tem em relação a institutos que regulam a insolvência empresarial, influenciada pelo histórico de processos de falência e concordatas com resultados desastrosos; aspectos legais, com a existência de normas, dentro da própria lei de falência e recuperação, que destoam da estrutura principiológica do sistema recuperacional; e aspectos comerciais, sobretudo com as restrições impostas pelos agentes financeiros do SFN.

#### 4.1 Aspectos Culturais

No que tange aos aspectos culturais, é fácil perceber que os meios de comunicação transmitem uma ideia sombria a respeito da recuperação judicial. Isso pode ser notado, por exemplo, na matéria de capa da revista Exame, da Editora Abril, publicada em 14 de julho de 2016, intitulada “A história do maior calote da história”, referindo-se à recuperação judicial do Grupo OI S.A.

De fato, a recuperação judicial não é vista com bons olhos pelo setor privado, por isso, tanto credores como não credores evitam fazer negócios com empresas em recuperação judicial, mesmo diante da garantia de que, em caso de convolação em falência, seus créditos terão preferência, classificando-se como extraconcursais, como estabelecido nos arts. 67 e 84 da Lei 11.101/05. É comum, nos negócios firmados entre empresas, a inclusão de cláusulas contratuais que determinam o vencimento antecipado dos mesmos em caso de falência ou recuperação judicial. Muitas vezes, até mesmo a Administração Pública afasta tais empresas de certames licitatórios para contratar com o Poder Público pelo simples fato de estarem em recuperação judicial, exigindo Certidão Negativa de recuperação judicial. Tal atitude das autoridades administrativas é, conforme defende o advogado José Murilo Procópio de Carvalho (2017), “[...] incoerente, contraditória e ilegal”, excluindo a possibilidade de a empresa em recuperação contratar com o poder público, impactando de forma direta em sua reestruturação, fragilizando a manutenção de sua viabilidade e impedindo o alcance resultado útil almejado pela lei, qual seja, a superação da crise econômica por parte da recuperanda.

Nesse sentido, existem exemplos de decisões judiciais e posicionamentos de Tribunais de Contas que afastam cláusulas editalícias que exigem a apresentação de tal certidão, com a ressalva de que a empresa em recuperação deverá cumprir com todas as demais exigências oponíveis aos demais licitantes, como, por exemplo, capacidade para cumprir com as obrigações assumidas, caso vença o certame. Citem-se como exemplos o Parecer TC-008/2015 do TCEES e os TCs 3987.989.15-9 e 4033.989.15-3, do mesmo órgão; bem como o processo nº 0000588-94.2015.8.26.0094, que corre na Vara Cível da Comarca de Brodowski(SP), decisão que foi noticiada no site Consultor Jurídico, no dia 04 de abril de 2015. No entanto, a inclusão dessas cláusulas continua sendo prática amplamente realizada pelos órgãos da Administração Pública.

Diante do quadro acima descrito, percebe-se a necessidade de uma evolução cultural no âmbito das relações comerciais que envolvem empresas em recuperação judicial, sob pena de a Lei 11.101/2005 perder cada vez mais sua efetividade. No entanto, para que ocorra tal evolução, é preciso que a própria Lei de Recuperação de Empresas evolua, corrigindo, ou mesmo suprimindo, dispositivos que trabalham contra o objetivo do processo de recuperação. Faz-se necessário um processo de maturação do instituto da recuperação judicial, em prol de sua instrumentalidade.

#### 4.2 Aspectos Legais

O artigo 47 da lei 11.101/05 define qual o fim almejado pelo instituto jurídico da recuperação judicial de empresas, de modo que todo o sistema jurídico desenvolvido pela lei deve equipar a recuperação judicial de instrumentos aptos para o alcance da finalidade recuperacional, estabelecendo um regime que garanta sua instrumentalidade. Primeiramente é preciso que o ponto central do sistema da recuperação judicial seja a garantia da máxima preservação da empresa em crise, a partir da demonstração de sua viabilidade econômica e do cumprimento de sua função social. Deste modo, devem os interesses dos credores servirem como balizadores deste processo, ficando em segundo plano, diante do interesse social na recuperação da empresa. Já na falência a lógica se inverte, deve-se privilegiar os interesses dos credores, servindo a proteção da atividade da empresa falida apenas como forma de garantir a máxima valorização do seu ativo, criando mais condições para a satisfação dos créditos daqueles. Nesse sentido notam-se vários dispositivos na lei de falência e recuperação

que reforçam esta ideia, como a novação recuperacional (art. 59); o *stay period* (art. 6); a garantia de figurarem como extraconcursais os créditos surgidos durante o processo de recuperação no caso de convalidação em falência, privilegiando aqueles que mantenham relações comerciais com a empresa em recuperação (arts. 67 e 84), etc.

Dentro de todo esse sistema que busca “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, no entanto, existem normas que destoam desta finalidade, prejudicando a harmonia da sistemática recuperacional, o que acaba colocando em xeque a sua efetividade. É o caso do §3º do art. 49 da Lei 1.101/05, já citado anteriormente, que estabelece um privilégio injustificado a uma determinada categoria de credores, mesmo diante do reconhecimento da essencialidade de tais bens para a atividade da empresa. Tal dispositivo revela-se como verdadeiro corpo estranho no organismo do instituto da recuperação judicial, que, como um câncer, pode consumir toda a capacidade de sobrevivência da empresa em crise.

Cabe destacar, que o poder destrutivo deste “câncer” foi significativamente aumentado quando da edição da lei 10.931, promulgada em 02 de agosto de 2004, cerca de um ano antes da promulgação da lei 11.101, sendo que esta já se encontrava em tramitação desde o ano de 1993. O projeto de lei que deu origem à referida lei, tramitou de forma meteórica, sendo apresentado sob o nº 47, de 2004, convertendo-se em lei no mesmo ano. Passou a estar previsto desde então, a alienação fiduciária de coisa fungível, possibilitando a cessão fiduciária de direito creditório. Deste modo criou-se a chamada “trava bancária”, dando ao credor, cessionário do direito creditório, o privilégio de não se submeter ao processo de recuperação judicial, bloqueando valores de recebíveis em contas da empresa devedora. Desta forma, possibilitou-se às empresas firmarem contratos de crédito com Instituições Financeiras, para financiamento de sua atividade, cedendo a estas seus direitos creditórios, como forma de garantia da operação. Com isso, a credora fiduciária recebe, diretamente dos clientes da devedora, seus créditos. Assim, todo o fluxo de caixa da devedora fica sob controle da Instituição Financeira. Em caso de recuperação judicial da empresa devedora, a credora fiduciária escapa aos seus efeitos, retendo os créditos da recuperanda, o que muitas vezes acaba por inviabilizar sua recuperação, tendo em vista a essencialidade de tais créditos para sua atividade.

Tanto é assim, que já existem diversas sinalizações na jurisprudência no sentido de afastar as travas bancárias, sendo exemplo de tais decisões a proferida, em Agravo de

Instrumento, pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (AI nº 2077712-76.2016.8.26.0000), com o entendimento de que “a retirada, neste momento, de todos os recursos disponíveis pelas instituições financeiras, poderá inviabilizar o soerguimento das agravadas, principal objetivo do pedido de recuperação”; bem como a decisão proferida pela 1ª Câmara Cível do TJ-MG, em Agravo de Instrumento (AI nº 10382120174364002), onde manteve-se decisão de primeiro grau que havia determinado a devolução de valores bloqueados pelo Banco Daycoval S/A na conta da empresa H.I Transportes Ltda, em recuperação judicial, e que o Banco não se apropriasse de qualquer valor creditado na conta bancária da recuperanda. No entanto, o STJ já se posicionou em sentido diverso em julgamento de Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança (EDcl no RMS 41.646/PA), sustentando que as Instituições Financeiras, em caso de ajuizamento de recuperação judicial da devedora, podem amortizar a dívida utilizando-se dos recebíveis depositados em contas vinculadas às operações de crédito. Em que pese a orientação do TJ-SP, exposto nos julgados acima citados, inclusive tendo sido objeto da súmula nº 60 do deste tribunal, a 3ª Turma do STJ se posicionou de modo diverso, por ocasião do julgamento de Recurso Especial (REsp nº 1412529), entendendo, a partir do voto no Min. Marco Aurélio Bellizze, que todos os direitos e prerrogativas do credor fiduciário, a partir da cessão fiduciária, “[...] são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro”.

Manoel Justino Bezerra Filho (2016, p. 165) defende a necessidade de que seja feito um juízo de ponderação por parte do juiz da recuperação judicial, que, entendendo pelo caráter essencial de tais créditos para a recuperanda, determine sua liberação parcial em favor do devedor, funcionando o sistema de forma próxima à penhora de porcentagem de faturamento.

#### 4.3 As restrições ao crédito impostas pelas Instituições Financeiras

Se de um lado as Instituições Financeiras travam os recebíveis, de outro impedem o acesso ao crédito às empresas em recuperação judicial, tratando-as da mesma forma que empresas com falência decretada, o que demonstra uma clara incompatibilidade com o instituto legal da recuperação judicial, de modo injustificável. Isso se dá, em grande medida, devido à política de gestão dos níveis de risco de crédito aplicada no âmbito do SFN.

A resolução 2.682/99 do Banco Central do Brasil (BACEN) define os critérios para a classificação das operações de crédito e regras para a constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Na sistemática estabelecida na referida resolução, as Instituições Financeiras devem classificar as operações de crédito em ordem crescente de risco, da seguinte forma: AA, A, B, C, D, E, F, G e H. Em seu art. 2º, a resolução determina que “a classificação da operação no nível de risco correspondente é de responsabilidade da instituição detentora do crédito e deve ser efetuada com base em critérios consistentes e verificáveis, amparada por informações internas e externas”. No mesmo artigo são estabelecidos os critérios básicos que devem ser utilizados pelas Instituições Financeiras na classificação de risco, sendo os seguintes:

- I. em relação ao devedor e seus garantidores: a) situação econômico-financeira; b) grau de endividamento; c) capacidade de geração de resultados; d) fluxo de caixa; e) administração e qualidade de controles; f) pontualidade e atrasos nos pagamentos; g) contingências; h) setor de atividade econômica; i) limite de crédito;
- II. em relação à operação: a) natureza e finalidade da transação; b) características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez; c) valor (BACEN, 1999).

Dentre esses parâmetros básicos o que deve definir a classificação das operações de crédito é aquele que representa maior risco. No entanto, a depender das garantias oferecidas, tal classificação pode ser melhorada, é o que preceitua o art. 3º resolução 2.682. Determina ainda que tal classificação deve ser revista mensalmente “em função de atraso verificado no pagamento de parcela de principal ou de encargos”, da seguinte forma: a) atraso entre 15 a 30 dias: risco nível B, no mínimo; b) atraso entre de 31 a 60 dias: risco nível C, no mínimo; c) atraso entre 61 e 90 dias: risco nível D, no mínimo; d) atraso entre 91 e 120 dias: risco nível E, no mínimo; e) atraso entre 121 e 150 dias: risco nível F, no mínimo; f) atraso entre 151 e 180 dias: risco nível G, no mínimo; g) atraso superior a 180 dias: risco nível H.

A partir dos critérios de classificação mínimos exigidos pelo BACEN, definem-se os percentuais de provisionamento necessário diante dos créditos de liquidação duvidosa, devendo ser feito mensalmente. Esta provisão é o valor que as Instituições Financeiras precisam depositar junto ao BACEN em cada operação de crédito contratada por seus clientes, de forma a garantir a liquidez de tais operações junto ao órgão regulador bem como a liquidez da própria Instituição, que deverá ter capacidade financeira para arcar com os custos da inadimplência, privilegiando operações com níveis de risco baixos.

Em seus incisos, o art. 6º da resolução em comento traz os percentuais de provisionamento necessário para cada nível de risco. Como se segue:

- I - 0,5% (meio por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível A;
- II - 1% (um por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível B;
- III - 3% (três por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível C;
- IV - 10% (dez por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível D;
- V - 30% (trinta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível E;
- VI - 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível F;
- VII - 70% (setenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível G;
- VIII - 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H.

Deste modo, quando da contratação de uma operação classificada com o nível de risco AA, a Instituição não necessita fazer nenhuma provisão junto ao Banco Central. No entanto, se o contratante passa a atrasar o pagamento das parcelas durante a quantidade de dias em que tais atrasos começam a impactar no nível de risco da operação, o risco vai aumentando gradativamente, conforme regra insculpida no art. 4º da resolução 2.682/99. A medida que o risco piora, a Instituição Financeira detentora do crédito precisa provisionar os valores correspondentes aos percentuais apresentados acima, aplicados sobre o valor do saldo devedor da operação. Na prática, os grandes bancos muito raramente trabalham com clientes empresariais cujo nível de risco esteja igual ou acima de D. E para com aqueles que apresentam risco C, geralmente só liberam operações de crédito com a constituição de garantia, real ou fidejussória.

Diante deste cenário as empresas que entram em recuperação judicial são excluídas pelo mercado financeiro, pois os bancos ao receberem a informação de que uma empresa está em recuperação judicial, via SCR (Sistema de Informações de Crédito) e/ou Serasa, aumentam gradativamente a classificação do nível de risco de tal empresa, desconsiderando o processo de recuperação em andamento. Dessa forma agem como se a empresa que tem o processamento de sua recuperação judicial deferida estivesse inadimplente há 180 (cento e oitenta) dias, pelo fato de ter obtido a suspensão de todas as execuções nas quais figure no polo passivo, por este prazo, classificando-a no nível de risco H. Tal prática acaba por

dificultar sobremaneira a recuperação da empresa, e não interessa aos bancos, que precisam provisionar 100% do valor das operações da recuperanda junto ao BACEN.

Sem poder operar com as instituições financeiras, as empresas que pedem recuperação judicial são privadas daquilo que é o motor do desenvolvimento de qualquer negócio: capital. E são privadas justamente no momento em que mais precisam. É óbvio que não é sensato impor aos bancos que mantenham a concessão do crédito a qualquer custo, pois isso traria uma enorme elevação do risco no setor bancário, repercutindo nas taxas de juros, o que, por sua vez, só teria o condão de adiar a quebra da empresa em recuperação, com o conseqüente aumento do volume de seu passivo. Mostra-se necessário, portanto, que o sistema da recuperação judicial evolua, de modo que sua concessão seja feita de modo modo mais qualificado, com uma melhor avaliação de sua viabilidade econômica, atendendo a critérios técnicos de natureza objetiva. Deste modo, é possível que o mercado se mostre mais aberto àquelas empresas que precisam de capital para se reerguer e continuar gerando riqueza para o país.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, longe de pretender esgotar o tema, procurou apresentar os principais pontos que têm gerado discussões na doutrina comercialista e na jurisprudência, apresentando propostas que podem ser consideradas relevantes para que se alcance a maior e melhor efetividade da Lei 11.101/05, no intuito de garantir os meios aptos à viabilização da superação da situação de crise que atinge àquela empresa viável e cumpridora de sua função social.

A partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foi possível perceber que a cultura do Mercado financeiro ainda é muito forte no sentido de considerar de modo negativo a realização de negócios com empresas em recuperação judicial. Tal fato reflete-se na própria legislação regente, mostrando-se necessário, portanto, que empreendam-se reformas pontuais a fim de que se estimule uma cultura de empresas bem geridas e voltadas à preservação de sua saúde financeira, econômica e patrimonial.

Dentro da visão constitucional da ordem econômica e financeira, é notório que o bom e regular funcionamento das estruturas de mercado, assim como o seu desenvolvimento de forma sustentável, se relacionam de forma direta com a própria manutenção e evolução da ordem jurídica e com a garantia dos direitos sociais dos cidadãos. Nessa esteira, não se mostra saudável o fechamento de empresas, devido à sua falência, que doutro modo poderiam ser recuperadas, se lhes fossem concedidos meios eficazes para esse fim.

Os valores sociais da livre iniciativa são um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, especialmente no que tange à ordem econômica. Isso mostra a importância que tem, para o Estado democrático, o desenvolvimento da atividade empresarial viável, cumprindo a contento sua função social. As empresas que atendam a estes pressupostos, precisam ter ao seu alcance a proteção do Estado quando acometidas por uma crise que lhes ameace a sobrevivência, de modo a manter o bom funcionamento da economia. Não parece justo que os órgãos estatais e as instituições financeiras sejam parceiros da empresa apenas quando os negócios vão bem, recolhendo tributos e recebendo a remuneração das operações de crédito contratadas, virando-lhe as costas quando ela é atingida por dificuldades das quais, muitas vezes, não tem culpa.

Diante de tudo isso, identifica-se a necessidade de que sejam aperfeiçoados os mecanismos que compõem o instituto da recuperação judicial de empresas, sobretudo com

relação a análise da viabilidade econômica da empresa que pede o seu deferimento e processamento e da verificação de que esta cumpre sua função social. No que diz respeito à viabilidade econômica, deve ser revestida de caráter técnico, de modo a subsidiar a deliberação dos credores, e quem sabe até auxiliar na aprovação de linhas de crédito junto aos bancos.

Deste modo, é desejável que as empresas em crise sejam incentivadas a buscar a solução recuperacional em tempo hábil, de modo a facilitar seu soerguimento. Uma cultura de Mercado que enxergue a Recuperação Judicial como solução, e não como problema, é essencial nesse processo.

## REFERÊNCIAS

ASSAN, Ozíres Eitel. **Falência & Concordata Decreto-Lei 7.661/45 à Luz da Jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Celled editora, 2000.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Lei de Falências e Recuperação Judicial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução 2.682, de 21 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa**. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=1999&numero=2682>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CARVALHO, Murilo Procópio de. **Recuperação judicial não deve impedir contratação com o poder público**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-14/recuperacao-judicial-nao-impedir-contratacao-poder-publico>>. Acesso em: 22 de março de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial vol. 3**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Só uma em cada quatro empresas sobrevive após recuperação judicial.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1820669-so-uma-em-cada-quatro-empresas-sobrevive-apos-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era das Revoluções.** 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era do Capital.** 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do Pensamento Econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia.** 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Pedidos de recuperação judicial batem recorde; falências também sobem.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-11/pedidos-recuperacao-judicial-batem-recorde-falencias-tambem-sobem>>. Acesso em 20: de março de 2017.

ROVER, Tadeu. **Recuperação judicial não impede que empresa participe de licitação.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/recuperacao-judicial-nao-impede-empresa-participe-licitacao>>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

Superior Tribunal de Justiça. 3. Turma. **REsp nº 1.314.209/SP.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado em 1º de junho de 2012 no Diário da Justiça Eletrônico.

Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC nº 107.065 RJ 2009/0158455-7.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicado em 30 de abril de 2013 no Diário da Justiça Eletrônico.

Superior Tribunal de Justiça. 4. Turma. **EDcl no RMS nº 41646.** Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Publicado em 11 de outubro de 2013 no Diário da Justiça Eletrônico.

Superior Tribunal de Justiça. 3. Turma. **REsp nº 1412529/SP.** Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Publicado em 02 de março de 2016 no Diário da Justiça Eletrônico.

Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. 14. Câmara Cível da Comarca de Cachoeirinha. **AI 70063543227.** Publicado em 13 de março de 2015 no Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 25. Câmara Reservada de Direito Privado. **AI 2211899-55.2015.8.26.0000.** Publicado em 24 de outubro de 2015 no Diário de Justiça do Estado de São Paulo.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2. Câmara Reservada de Direito Empresarial. **AI 2077712-76.2016.8.26.0000.** Publicado em 24 de agosto de 2016 no Diário de Justiça do Estado de São Paulo.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2. Câmara Reservada de Direito Empresarial. **AGV 2081702-75.2016.8.26.0000**. Relator: Carlos Alberto Garbi. Publicado em 20 de outubro de 2016 no Diário de Justiça do Estado de São Paulo.