

AS DIFICULDADES QUE LEVAM AS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL A NÃO VOLTAREM AO MERCADO

Difficulties that make companies under judicial reorganization not return to the market

Cristian Felipe Scopel¹; Alessandra Regina Biasus².

¹ Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional, Graduado em Direito Pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. *E-mail*: cristainfs@gmail.com

² Graduada em Direito pela URI Erechim, Pós-Graduação em Direito e Administração na Gestão Pública pela URI Erechim. *E-mail*: alebiasus@hotmail.com

Data do recebimento: 11/02/2019 - Data do aceite: 24/05/2019

RESUMO: Este artigo visa estudar a eficácia da Lei de Recuperação Judicial e Falência. A relevância do tema escolhido é justificada pelo baixo número de empresas que obteve tutela positiva do Estado durante o período de vigência da norma, mesmo trazendo um arsenal de conceitos e mecanismos ao ordenamento jurídico brasileiro. A busca de celeridade e de resultados positivos como finalidade de tutela judicial é submetida a exame, mediante observação da aplicação de instrumentos próprios do campo interdisciplinar do Direito, da Economia e Análise Econômica do Direito. Das novidades trazidas pela Lei nº 11.101/05, em comparação aos diplomas anteriores à sua promulgação, foram observados grandes avanços em seus procedimentos que propiciam soluções mais eficientes, embora a eficácia da legislação seja insatisfatória. O trabalho explanará sobre os princípios econômicos que regem as relações comerciais, tais como segurança jurídica para a reinvidicação de crédito, apontamento de dados estatísticos sobre a recuperação judicial, conceitos exclusivos da lei, concluindo para as deficiências do instituto, provenientes de apegos a legislações anteriores, adoção de soluções oriundas de legislação alienígena, além do comportamento dos credores brasileiros que enfrentam situações de crise. Adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com abordagem por meio do método indutivo e procedido por meio do método analítico-descritivo.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Direito de Empresa. Lei 11.101/05. Economia. Análise Econômica do Direito. Credores. Devedores. Garantia. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the effectiveness of the Judicial Reorganization and Bankruptcy Law. The relevance of the chosen theme is justified by the low number of companies that have obtained positive protection from the State during the period of the effectiveness of the Standard, even bringing a great number of concepts and mechanisms to the Brazilian legal system. The search for speed and positive results as the purpose of legal protection is subjected to examination, by observing the application of specific instruments of the interdisciplinary field of Law, Economics and Law & Economics. Innovations brought by Law No.11.101/05, compared to the diplomas prior to its promulgation, great advances were made in its procedures that offer more efficient solutions, although the effectiveness of the legislation is unsatisfactory. This study will explain the economic principles that rule commercial relations, such as: legal security for credit claims, recording on statistical data on judicial reorganization, exclusive law concepts, concluding for the deficiencies of the institute arising from attachments to previous legislation, adoption of solutions derived from foreign legislation, also the behavior of Brazilian creditors facing situations of crisis. The bibliographic research technique was adopted, through the inductive method approach, and the analytical-descriptive method.

Keywords: Judicial Reorganization. Company Law. Law No. 11.101/05. Economy. Law & Economics. Creditors. Debtors. Warranty. Legal Security.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar os fatores que levam a óbice a eficácia e a eficiência do instituto da Recuperação Judicial, atualmente regulamentado pela Lei n. 11.101/2005, através de abordagens históricas, legislativas, doutrinárias e estatísticas do referido instituto legal.

Primeiramente, cabe mencionar que a tutela recuperatória, objetiva, sempre que possível, manter a dinâmica empresarial, sua fonte de produção, interesse do grupo de credores e empregados, uma vez que um dos princípios mais importantes extraídos da Lei 11.101/2005 é o da preservação da empresa viável, superveniente de mandamento Constitucional, o qual dispõe sobre a necessidade do atendimento à função social

da propriedade e a do incentivo à atividade econômica, disposto nos artigos 170, II³ e 174⁴ da Constituição Federal de 1988.

No entanto, a lei em estudo, mesmo dispondo de mecanismos e ferramentas especiais que auxiliam o empresário em momentos de recessão econômica e dificuldades financeiras, não atende de forma adequada seus propósitos, pois o empresário, ao rogar pela tutela do Estado para poder superar a situação de crise e continuar provendo emprego e renda à sociedade, não obtém o resultado esperado.

Apesar da entrada em vigor da Lei 11.101/2005 ter apresentado um grande avanço em comparação aos institutos anteriores, este apresenta alguns entraves que dificultam a efetiva recuperação da empresa. Neste passo, as estatísticas demonstram que o número de pedidos de recuperação judicial e

a quantidade de empresas que se recuperam é ínfimo, revelando, assim, severa ineficácia normativa.

O bom funcionamento do referido instituto é de suma relevância, pois, teoricamente, possibilita um maior número de empresas “saudáveis” circundando a economia do país e gerando riqueza para todos os níveis da sociedade (empregado, empregador e estado).

Neste sentido, é necessário considerar que o crescimento e desenvolvimento econômico nacional está diretamente atrelado ao rentável funcionamento dos empreendimentos, priorizando a manutenção da fonte produtora, a preservação da empresa e de sua função social, bem como a garantia dos interesses dos credores.

Sendo assim, por meio de pesquisa jurisprudencial, estatística e bibliográfica, almeja-se compreender quais os motivos predominantes para insucesso do instituto da Recuperação Judicial no Brasil.

Por fim, busca-se responder se a Lei 11.101/05 cumpre com aquilo que propõe, permitindo a recuperação da empresa, impedindo seu fechamento, lutando para melhorar o ambiente de crédito, procurando garantir a manutenção dos postos de trabalho, arrecadação de impostos, geração de riquezas, mediante a substituição da antiga concordata, evitando-se assim a liquidação de empresas viáveis, dando a estas uma chance a mais de continuar no mercado, sempre que sua manutenção for economicamente viável.

Conceito de Recuperação Judicial na Lei N. 11.101/2005

A Lei de Recuperação Judicial e Falências, depois de uma longa tramitação, foi promulgada e publicada, trazendo como principal inovação o tratamento atribuído à sociedade empresária e ao empresário em

dificuldade econômico-financeira, mas com possibilidade de recuperação.

Ademais, a Recuperação da empresa, há muito, vem sendo tema dominante nos círculos jurídicos em nosso país, como, aliás, ocorre em todos os países do mundo desenvolvido. Neste ínterim, a legislação brasileira atual versa sobre o referido assunto em seu art. 47, *in verbis*:

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. (BRASIL. Lei 11.101, 2005, art. 47)

O foco principal da lei em estudo não versa apenas sobre a satisfação dos credores e se posiciona para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do país.

O princípio da preservação da empresa, sua função social e estímulo à atividade econômica figuram como princípios expressos em sua redação legal, tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado.

Em síntese, podemos conceituar recuperação Judicial e Falências com a seguinte citação:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do

emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação ainda que parcial em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral. (IMHOF, 2014, p. 208).

Desta forma, a Recuperação Judicial tem por finalidade principal o reerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, ressaltando a atividade econômica e os empregos que gera e, de quebra, garantir em última instância a satisfação dos credores.

Conceitos Gerais e Fontes do Direito Concursal

A eficiência do sistema de crédito deve ser o objetivo a nortear qualquer lei de falência que pretenda ser um mecanismo justo e célere e que preserve, na medida do possível, a entidade econômica, sem prejuízo aos credores legítimos da massa. (CASTELLAR; SADDI, 2005, p. 208).

Dessa forma, a lei deve refletir o estágio de maturidade social de uma determinada economia. Sendo assim, o processo falimentar deve vir associado a outros fatores, como, por exemplo, o treinamento de juízes, a implantação de mecanismos de governança corporativa, a escolha do regime do falido e o fortalecimento dos direitos de propriedade ao longo do processo, ou seja, a norma

falimentar por si só não é capaz de mudar o sistema. É preciso a conjunção de outros fatores institucionais. (CASTELLAR; SADDI, 2005, p. 208).

O assunto é muito relevante para a economia, especialmente em épocas de crise. Existem momentos em que não há outro meio senão a quebra ou liquidação da empresa, porque, em muitos momentos, sofrem da incapacidade de honrar seus compromissos financeiros, o que, naturalmente, é parte do sistema capitalista. Isso pode acontecer por inúmeras razões, dentre elas a tomada de decisões equivocadas, motivos da economia e/ou mesmo por fraude.

A Recuperação Judicial deve ser instrumento capaz de distinguir entre empresas que enfrentam situações passageiras de falta de liquidez ou forma efetiva de liquidação de empresas inviáveis.

Quando se define falência (ou recuperação de empresas), é comum nos termos a definições jurídicas: trata-se de um processo de execução coletiva, meio de realização de direitos do credor. Entretanto, precisamos também nos lembrar de que o substrato que permeia o tema tem natureza econômica.

As empresas insolventes são unidades produtivas exatamente iguais às solventes, com a exceção de que seus passivos se encontram desestruturados; fora isso, geram empregos, compram e transformam matérias-primas, vendem produtos acabados – enfim, produzem riquezas. Portanto além, da visão tradicional da execução coletiva, há que se considerar o assunto sob uma perspectiva mais voltada à análise econômica do direito.

Ou seja, o sistema de Recuperação Judicial, deve priorizar, antes do empresário, o credor, prerrogativa já garantida pelo concurso de credores, já que os acionistas ou cotistas receberão sua parte ao final – se houver sobras. Tal garantia é de suma importância, pois incentiva um sistema maior de crédito

e, ao mesmo tempo, que as garantias passam a ser respeitadas por um mecanismo estatal legal. Em outras palavras, se a quebra não representasse qualquer ônus, todo empresário deixaria de saldar suas obrigações.

Os princípios da Lei da Recuperação Judicial, por sua vez, compõem a própria estrutura da sociedade, que refletem no ordenamento jurídico Brasileiro.

Neste sentido, aduz a doutrina de Ricardo Negrão:

O desenvolvimento do conhecimento jurídico, suas novas concepções e ideias, os avanços decorrentes do estudo do homem e sua relação com o mundo a sua volta, o entendimento que se adquiriu com a evolução da Ética, da Teologia, da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia e de outras ciências antropocêntricas, leva o Direito a reformular os princípios do justo, do certo, do aceitável. Estes algumas vezes se mantêm ao longo da história, porque imutáveis; outros se sujeitam a novas concepções. Todos, contudo, são fruto do progresso da jurisprudência. Muitos estão explícitos nas leis em vigor, fazendo parte da própria estrutura do sistema jurídico, daí porque legítimo seu uso na aplicação aos casos omitidos pela lei (NEGRÃO, 2011, p. 44).

Ainda, tomado com princípio geral do direito para a resolução de conflitos no âmbito do Direito Comercial está o da igualdade entre os credores (*pars condictio creditorum*), vertente do Direito Romano que permeia até hoje as relações entre particulares.

Exemplo de princípio geral do direito é o da *pars condictio creditorum*, ou tratamento paritário entre os credores na execução coletiva falimentar. Na falência figura, no arcabouço legislativo, a ideia de tratamento equânime dos credores, determinando-se o pagamento segundo sua classe e, dentro desta, por rateio, estampa-se como

a própria razão da execução coletiva e, portanto, eventual omissão da lei deve-se ater a essa regra, não escrita, mas presente como cenário de fundo ou como marca d'água sob as letras da lei. (NEGRÃO, 2011, p. 44).

Feitas essas breves anotações iniciais, deve-se passar às fontes primárias, ou próximas, que norteiam a atividade empresarial. Em primeiro lugar, devemos considerar a Constituição Federal como regulamentadora da matéria pertinente quando dispõe sobre a ordem econômica e financeira.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, prevê a atuação governamental na gerência de programas e políticas intervencionais, tendo como paradigma os princípios gerais da atividade econômica. Tal intervenção tem o objetivo de garantir a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades sociais e regionais. (SANTOS, 2013)

A livre iniciativa promove a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Essa espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado bloqueia e impede, não está intervindo no sentido de normatizar e regular, mas dirigindo, e com isso substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado. (FERRAZ, 1989, p. 78 apud JÚDICE, 2016, p. 19).

Ademais, ainda versando sobre princípios constitucionais, o Art. 174 prevê a atuação do Estado como agente organizacional no âmbito econômico do país, implantando normas protetoras dos direitos sociais.

Sua finalidade é promover o planejamento do Estado, o gerenciamento constante das

atuações empresariais, particulares e estatais, quando competindo com aqueles no mercado econômico, fomentando as atividades de desenvolvimento e podendo também intervir sobre o domínio econômico.

Essa intervenção, possuiu o propósito de preservar o mercado dos vícios do modelo econômico e a assegurar a realização dos fins últimos da ordem econômica, quais sejam propiciar vida digna a todos. (SANTOS, 2013)

Necessária se faz, portanto, a equalização e aplicação desses princípios econômicos fundamentais para proteger os modelos de negócios atuais.

Neste âmbito, a Lei de Recuperação Judicial e Falências encontra-se diretamente atrelada aos princípios em destaque, quando se propõe a dar continuidade à atividade empresarial privada através de mecanismos que possibilitam sua recuperação, seja ela preventiva ou contenciosa.

Ainda, Ricardo Negrão, em sua obra Manual de Direito Comercial e Empresarial (2014, p. 158), aduz claramente no que a lei de recuperação deve se basear.

A diretriz do legislador ordinário, ao estabelecer multiplicidade de instrumentos recuperatórios, cumpre norma maior, com vistas a atender à função social da propriedade e do incentivo à atividade econômica (CF, arts. 170, II e 174). [...] Das normas Constitucionais decorre o objetivo da tutela recuperatória em Juízo: atender à preservação da empresa, mantendo, sempre que possível, a dinâmica empresarial, em seus três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesses dos credores (NEGRÃO, 2014, p. 158).

Diante de tais considerações principiológicas em que se alicerçam a atividade comercial brasileira, partiremos à Análise

Econômica do Direito em sua eficácia promovida tanto para as atividades empresariais privadas quanto para a sociedade em geral.

A Ineficiência da Recuperação Judicial em Números

Devido à precariedade do atual cenário econômico brasileiro, nunca se utilizou tanto do instituto da Recuperação Judicial, que, por sua vez, não vem demonstrando uma eficácia satisfatória aos que recorrem às suas normas. O reflexo disto se dá pelo baixo número de empresas que efetivamente conseguem se restabelecer e voltar ao mercado renovadas.

Dados da Serasa Experian nos mostram que a recessão econômica, iniciada no início no primeiro semestre de 2014, desencadeou um aumento exponencial no número de pedidos de Recuperação Judicial no Brasil. Tal aumento vem batendo recordes a cada semestre.

O trecho abaixo apresenta a opinião de Luiz Rabi, economista da instituição Serasa Experian, publicada pela revista Época Negócios, sobre o crescimento dos pedidos de Recuperação Judicial:

Em 2016, cerca de 1,8 mil empresas de todos os tamanhos deverão pedir recuperação judicial no Brasil, maior número registro pelo Serasa Experian desde 2005, segundo projeção de Luiz Rabi, economista da instituição. [...] Caso confirmado, o número representará um aumento de 39% em relação aos 1.287 pedidos do ano passado, o atual recorde. “Vamos ultrapassar o recorde de 2015, com certeza”, diz Rabi. [...]. Esse ano tende a ser, segundo o economista, um ano de recordes negativos. Começou no primeiro trimestre. Entre janeiro e março de 2016, 409 empresas recorrem à recuperação judicial, mais

que o dobro de 2015 e o maior número já registrado para o período. SERASA: Brasil baterá recorde de empresas que pedem recuperação judicial em 2016. (SERASA, 2017).

Neste passo, o trecho a seguir traz dados de um levantamento feito pela consultoria Corporate Consulting e do Escritório de advocacia Moraes Salles, e explana sobre os resultados da legislação recuperacional brasileira.

Apenas 1% das empresas que pediu recuperação judicial no Brasil saiu do processo recuperada. Desde que a lei foi criada, em fevereiro de 2005 até o último dia 10, cerca de 4 mil companhias pediram recuperação judicial, mas só 45 voltaram a operar como empresas regulares. No decorrer desses oito anos e meio, só 23% delas tiveram seus planos de recuperação aprovados pelos credores, 398 faliram e a maioria dos processos se arrasta no Judiciário sem definição final. [...] A maioria dos planos aprovados não é um projeto de reestruturação para tornar a empresa viável economicamente. São basicamente renegociações de dívidas”, disse Paulo Carnaúba, sócio do Moraes Salles e presidente da comissão de estudos em falência e recuperação judicial da OAB/Campinas. “Isso explica em parte por que a taxa de sucesso é tão baixa. [...] O empresário só recorre à recuperação quanto não vê outra saída. Quem passa a decidir o futuro da empresa são os credores e a Justiça”, explica Luis de Paiva, sócio da Corporate Consulting, que participou de mais de 200 reestruturações. (SALLES, 2010).

De acordo com os economistas da Sersa Experian, o atual quadro recessivo, que já vem se arrastando por quatro anos, e as dificuldades na obtenção de crédito, têm prejudicado a solvência financeira das empresas,

levando os pedidos de recuperação judicial a recordes históricos recorrentes.

Consoante a tais perspectivas e resultados, colacionam-se dados estatísticos coletados desde o início da vigência da Lei de Recuperações e Falências, que, por sua vez, facilitam a compreensão do panorama recuperacional brasileiro e demonstram o aumento exponencial de sua demanda pelas empresas.

O Indicador que será a seguir exposto é construído a partir do levantamento mensal das estatísticas de recuperações judiciais e extrajudiciais registradas mensalmente na base de dados da Serasa Experian, provenientes dos fóruns, varas de falências e dos Diários Oficiais e da Justiça dos estados.

Os dados supramencionados devem ser interpretados conforme a descrição a seguir.

Recuperação Requerida: Quando a empresa entra com o pedido de recuperação em juízo, acompanhado da documentação prevista em lei, e que será analisado pelo juiz. Neste momento, verificará se o pedido poderá ser aceito.

Recuperação Deferida: A documentação foi analisada pelo juiz e está correta e o pedido pode prosseguir para a próxima etapa, que será a apresentação do plano de recuperação, mas isso não significa que a recuperação será concedida.

Recuperação Concedida: Uma vez que passou por todos os passos e cumpridas as exigências de lei, foi acatado o pedido, quando a empresa permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano. (SERASA, 2017)

Denota-se, portanto, um aumento exponencial de demandas recuperacionais permeando o Poder Judiciário, sendo que conforme entendimento acima aduzido, apenas 1% deste total, consegue, de fato, a recuperação total.

Tabela I - Pedidos de Recuperação Judicial

Ano	Requeridas				Deferidas				Concedidas
	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Total
2005	71	24	15	110	27	15	11	53	1
2006	160	68	24	252	85	50	21	156	6
2007	164	71	34	269	108	62	25	195	18
2008	172	87	53	312	98	74	50	222	48
2009	365	197	108	670	237	162	93	492	151
2010	297	106	72	475	185	107	69	361	215
2011	284	166	65	515	203	139	55	397	151
2012	403	247	107	757	299	221	98	618	189
2013	508	239	127	874	347	219	124	690	244
2014	451	240	137	828	363	202	106	671	323
2015	688	354	245	1287	514	306	224	1044	291
2016	1134	470	259	1863	890	397	227	1514	470
2017	860	357	203	1420	675	324	196	1195	614
2018	526	196	128	850	448	174	111	733	322

Fonte: SERASA EXPERIAN, 2018

Proteção Legal de Credores e Devedores

A qualidade da legislação e a proteção que ela confere a devedores e credores são importantes determinantes tanto para a taxa de juros como para o tamanho e composição de mercado de crédito. Idealmente, deve-se procurar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e tomar riscos – devendo haver alguma proteção em caso de fracasso –, e estimular o credor a emprestar, de forma que haja empréstimos disponíveis em quantidade e nas condições apropriadas.

Segundo a doutrina de Armando Castellar Pinheiro e Jairo Saddi, existem parâmetros umbilicalmente ligados entre a boa economia de países e estados em relação à proteção legal garantida a empresas e seus credores.

A evidência empírica indica que a boa proteção legal aos credores leva a juros

mais baixos e a um mercado de crédito mais ativo. Há estudos que mostram, por exemplo, que a taxa de juros é mais alta nos estados norte-americanos cuja legislação oferece mais proteção aos devedores e que, nos estados brasileiros em que o Judiciário funciona melhor, a razão entre o crédito e o PIB é maior, o que se observa igualmente na comparação entre países. Também há indicações de que o fato de a Lei de Falência norte-americana favorecer os acionistas em relação aos credores, comparado com o que se observa na Europa, ajuda a explicar porque nos Estados Unidos os *spreads* de risco são mais altos que na Europa. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 202).

As comparações internacionais revelam que a legislação que define os direitos de credores, devedores e liberdade econômica no Brasil é pouco eficiente no que se refere ao favorecimento do desenvolvimento do mercado.

É possível extrair esse panorama através dos indicadores mensurados pelo Doing Business, que a cada ano analisa as leis e as regulamentações que facilitam ou dificultam as atividades das empresas em cada economia.

Metodologicamente, o Doing Business analisa 11 áreas do ciclo de vida de uma empresa, dentre as quais dez são incluídas na classificação das economias em termos de facilidade de se fazer negócios: Abertura de empresas, obtenção de alvarás de construção, obtenção de eletricidade, registro de propriedades, obtenção de crédito, proteção dos investidores minoritários, pagamento de impostos, comércio internacional, execução de contratos e resolução de insolvência. O índice analisa também a área de regulamentação do mercado de trabalho, que não é incluída na classificação do ano de 2018.

As economias são classificadas pelo grau de facilidade de se fazer negócios, indo de 1 a 190. Uma posição próxima ao topo do *ranking* significa que o ambiente regulatório é mais propício para a criação e operação de uma empresa local. Os *rankings* são determinados de acordo com a classificação da distância até fronteira em 10 tópicos, cada um com o mesmo peso e sendo composto por vários indicadores.

O *ranking* acima mencionado conta com 190 países, sendo que o Brasil ocupa a posição 125, estando longe, portanto, de atingir um nível próximo aos países mais desenvolvidos economicamente e que, por consequência, possuem tanto mais liberdade econômica, quanto provêm mais segurança jurídica a seus empreendedores e credores.

Dentre os índices galgados na avaliação deste ranking, estão indicadores de execução de contratos e resolução de insolvência. É neste ponto que uma lei que garante o recebimento pelos credores se aplicada com eficiência, eleva a posição do país a um ambiente propício a negociação e desenvolvimento econômico.

Ainda, a morosidade do processo judicial, em detrimento da satisfação dos credores, contribui para a que não haja a segurança jurídica adequada na realização dos negócios, aliciamento de crédito, e garantias de recebimento, conforme aduz a doutrina:

A análise dos procedimentos a serem seguidos em uma cobrança judicial de dívida reforça a visão de que esse é, com efeito, um processo moroso no Brasil. Quando um devedor deixa de pagar uma dívida, a tendência é o credor procurar uma solução amigável, algumas vezes envolvendo um novo escalonamento do débito. Quando isso não funciona, em geral se aciona o departamento de recuperação de crédito da instituição se a dívida for grande, ou uma empresa de cobrança se a dívida for pequena. Se a inadimplência não for resolvida dessa maneira, pode-se então recorrer a uma cobrança judicial que não se justifica para valores pequenos – a inscrição em listas negras é o método mais comum de “proteção ao credor” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 202).

A legislação dá ao credor mais de uma alternativa para cobrar judicialmente uma dívida. Descobrir a mais adequada é algo que depende das circunstâncias.

Em geral, a via mais lenta é por meio de ação ordinária, que começa por uma ação de conhecimento, em que o credor tenta estabelecer na justiça que a dívida existe, que ela está vencida e qual o seu valor. Se a ação for bem-sucedida, o credor deve, então, iniciar uma ação de execução, em que solicita à justiça que ordene ao devedor o pagamento da dívida. Cabe ao devedor pagar ou nomear bens a serem penhorados, isto é, a serem dados em garantia do pagamento. Caso ele se atenha à penhora, a ação terá continuidade. Tanto na ação de conhecimento como na de execução, o devedor tem diversas oportunidades de

defesa, com o recurso a embargos. No que diz respeito à aplicação das leis, a lentidão do Judiciário é percebida como o maior problema. Em alguns casos, a simples notificação de um devedor pode levar três anos e as ações de conhecimento e execução, cinco anos cada. As muitas maneiras de postergar uma decisão e a possibilidade de que esta seja recorrida em mais de uma instância são as principais razões da morosidade. Há, também, a percepção de que juizes brasileiros têm uma atitude pró-devedor, fator que contribuiria para prejudicar o equilíbrio que deve ser buscado entre os direitos de devedores e credores, a fim de promover o bom funcionamento do mercado de crédito. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 202).

Ademais, além das variáveis quantitativas, devem ser consideradas situações comportamentais atreladas diretamente ao *animus* de saldar ou não uma obrigação para com o credor, que vem explicitada pelo oportunismo cultural de uma nação.

O não pagamento de uma obrigação pode se dar pela incapacidade de pagar do devedor; devido, por exemplo, ao insucesso pessoal no seu projeto ou no emprego (“Risco comercial”), ou à instabilidade econômica (“Risco de mercado”), ou porque qualquer outra variável fora do seu controle o impede de adimplir seus compromissos financeiros e, assim, saldar sua dívida. No entanto, pode haver não a incapacidade de pagar. Mas a indisposição de pagar, como em situações em que o devedor simplesmente prefere não pagar: Tal indisposição resulta da falta de incentivos para que os devedores paguem, o que gera elevado grau de oportunismo por parte daquele. A relação que se trava aqui é de proporcionalidade inversa. Assim, quanto menores as penalidades para o inadimplemento de uma obrigação, maior

o comportamento oportunista do devedor. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 202).

Em síntese, em um cenário desfavorável ao correto adimplemento das obrigações pelo credor, em que não há incentivo para que este cumpra com seus pagamentos, o mercado econômico resta comprometido, uma vez que é preciso que as leis e os tribunais possibilitem a rápida e segura execução de garantias. A morosidade da Justiça é vista como o principal problema para tal execução nos segmentos em que há crédito no Brasil.

Isso ocorre porque enquanto as ações estão tramitando, as garantias se depreciam ou simplesmente desaparecem; logo, quando uma decisão é tomada, elas não são mais suficientes para compensar o crédito.

Neste passo, aduz a doutrina que:

Com a recente edição da Lei de Falências, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, voltou à tona a esperança de que ela reduzisse o custo Brasil, com a diminuição do impacto da inadimplência e das incertezas de recebimentos de créditos legítimos nos custos de produção e juros dos agentes econômicos. A lei anterior, o Decreto-lei n. 7.661, datada de 1945, foi instituída em um período em que o parque industrial brasileiro ainda era incipiente, com economia predominantemente agrária, e o pequeno comerciante como principal destinatário da norma – em resumo, a nossa lei falimentar estava completamente obsoleta e superada. Não apenas o Brasil era muito diferente daquele em que vivemos hoje [...] como, ao longo do tempo e das reviravoltas da conjuntura econômica, criou-se entre nós uma pernicioso cultura de proteção ao devedor, praticamente sem equivalente no resto do mundo. Em certo sentido, esse é um dos pontos para o qual a nova Lei Falimentar dá mais atenção. O próprio prolongamento da discussão judicial acaba protegendo aquele que

não merece nenhum tipo de proteção: o devedor – exclui-se, é natural, o de boafé e o que está em perigo ou foi onerado repentinamente –, criando-se um ônus que acaba recaindo sobre os bons pagadores, por meio da internalização de um maior risco nas taxas de juros cobrados a todos, sem distinção. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 206).

Podemos concluir que, para que exista equilíbrio entre os Direitos e deveres do tanto do credor quanto do devedor, a Lei Falimentar deve, então, criar um ambiente formal de negociação e cooperação, estimulando credor e devedor no sentido da solução mais eficiente, seja ela tentativa de recuperação ou, caso não seja possível, a falência da empresa.

Para tanto, é fundamental o estabelecimento de incentivos corretos, a partir de um balanceamento adequado de direitos entre devedor e credores e de uma justa divisão de riscos. Se a lei for excessivamente favorável ao devedor, mantendo em funcionamento empresas inviáveis ou legitimando a quebra de contratos, a possibilidade de desrespeito aos direitos de propriedade e de execução de garantias comprometerá o sistema econômico com um todo, reduzindo o número de negócios e transações e restringindo o funcionamento do mercado de crédito, com os consequentes impactos negativos sobre o desenvolvimento econômico e social do país.

Por outro lado, uma legislação falimentar totalmente pró-credor incentiva a liquidação de empresas que, mediante uma reorganização de seus negócios, poderiam voltar a se tornar lucrativas.

Um arcabouço legal que privilegia em demasia a falência e aborta tentativas de reestruturação de empresas viáveis, gera uma perda econômica em termos de renda e empregos em favor do ganho individual dos credores, além disso, um sistema legal de orientação excessivamente pró-credor tem

impactos sobre as ações dos devedores. Prejudicam a qualidade da seleção *ex ante* dos projetos financiados e o monitoramento *ex post*, além de piorarem a divisão de risco ao incentivar os devedores a transferir renda dos estados de falência (onde não recebem nada) para os estados pré-falimentares, aceitando, por exemplo, taxas de juros mais elevadas ou se voltando para projetos de alto risco.

Por fim, deve-se ressaltar que esse balanceamento deve atender a soluções que, no longo prazo, gerem maior retorno possível para o devedor e os credores, e que igualmente reprimam comportamentos imprudentes por parte de administradores que possam vir a comprometer as perspectivas de desenvolvimento da empresa.

Observados, portanto, alguns dos princípios que legitimam o problema em estudo e, fornecidas algumas diretrizes principiológicas, tanto no âmbito legal quanto econômico, passaremos agora a avaliar propriamente a Lei 11.101/05 e seus institutos especiais de forma isenta e imparcial.

Conclusão

Ainda que várias empresas tenham conseguido se salvar graças à entrada em vigor da Lei de Recuperação e Falências, o fato é que o processo de recuperação judicial não é eficiente, tampouco eficaz. Em suma, a recuperação judicial não é o porto seguro esperado pelo legislador e não oferece a proteção que se precisa à empresa devedora. Logo, a Lei de Recuperação e Falências não contém o incentivo necessário que se esperava para induzir uma mudança no comportamento da devedora que continua a acumular passivos impagáveis.

Não obstante, convém destacar que, a par da mudança legislativa, a mudança cultural que se esperava ainda não se realizou por completo, e um avanço ainda maior nesse

campo tende a trazer resultados tão bons, quicá melhores, do que a mera alteração legal.

Neste passo, ainda há um forte estigma, uma herança cultural dos tempos das legislações falimentares anteriores, que alia a imagem do empresário que se vale de uma recuperação judicial, à de um homem desonesto, arguto, muito mais do que apenas um homem fracassado.

Ora, a atividade empresarial é uma atividade de risco e a quebra é uma decorrência natural da atividade, e deve ser vista aqui, como é na maior parte dos países desenvolvidos, como algo que não necessariamente desabone a conduta do empresário. O estigma, contudo, não é apenas fruto de uma herança de práticas e legislações ultrapassadas, pois continua a ser alimentado por práticas não ortodoxas e condutas espúrias, adotadas nos dias atuais que, contudo, parecem se voltar contra os próprios devedores.

Uma das principais dificuldades da Lei de Recuperação e Falências reside na insuficiente proteção a quem pretende conferir financiamentos e investimentos a empresas em recuperação.

Um investidor, em qualquer lugar do mundo, busca previsibilidade e transparência. Ao analisar oportunidades de investimento ao redor do globo e o comportamento dos devedores e do Judiciário em casos análogos, o investidor opta por investir em outro país que ofereça maior segurança jurídica. Essa é a razão pela qual o Judiciário deve rechaçar rapidamente, com imposição de penalidades proporcionais ao descabro dos pleitos, os casos totalmente infundados e abusivos e que prestam enorme desserviço à sociedade.

Em um momento como o atual, em que há um enorme contingente de empresas em dificuldades, é imprescindível que o Judiciário atue de forma rápida, firme e consistente para reconhecer a validade dos contratos celebrados e pleiteados em nossa legislação não

virem a surtir o efeito desejado. Isto porque, ainda que nossa legislação fosse um modelo a ser seguido por todos os demais países, e contivesse todos os incentivos necessários e redigidos de forma precisa e clara, nada serviria se a aplicação da lei fosse equivocada e as condutas praticadas à sua margem não fossem reprimidas. Portanto, as mudanças no comportamento das partes envolvidas, pois somente com postura construtiva e transparente é que o estigma do devedor insolvente poderá ser exaurido no Brasil.

A recuperação judicial é sempre um meio para a superação da dificuldade, nunca um fim em si mesma. A concessão de prazos, descontos e condições especiais para o pagamento da dívida pressupõe uma mudança de atitude, de cenário e de resultados e também de protagonistas. Com isso, por mera conclusão lógica, afere-se que, normalmente, num primeiro momento, quem deu causa ao problema não dispõe da credibilidade necessária para reverter a situação.

Faz-se necessária, portanto, uma intervenção, uma visão diferenciada da mesma realidade para que a crise seja superada, e é por esse motivo que as organizações podem e devem valer-se de gestores acostumados a situações de crise, que com técnica e isenção, conseguem trazer a operação para um patamar de normalidade e paulatinamente restabelecer a confiança dos agentes econômicos envolvidos.

Também merecem aprimoramento os requisitos de qualificação para o exercício do cargo de administrador judicial, bem como a forma de escolha do profissional ou da empresa especializada, de tal modo que os profissionais ou pessoas jurídicas indicadas para essa função tenham recursos para realizar uma efetiva fiscalização das atividades da devedora, da utilização dos recursos pela devedora, bem como para dar suporte aos credores na obtenção das informações tão

necessárias à análise do plano apresentado pela devedora. Isso sem falar na verificação quando à constituição de passivos falsos, na manipulação de balanços ou de valores dos ativos antes do ajuizamento do pedido de recuperação, na atuação da devedora, por meio de interpostas pessoas, existência de conflitos e etc.

Outra deficiência de nosso sistema é a ausência, com raras exceções, de juízos especializados em matéria falimentar. Quanto a esse aspecto, a proposta consiste na criação de varas regionais que concentrem a competência para processos falimentares de determinada região, bem como de Câmaras especializadas nos Tribunais de todos

os Estados. Tais medidas, aliadas à prévia indicação do principal estabelecimento nos documentos societários, permitiriam aos terceiros analisar as decisões das Varas e/ou Câmaras Especializadas, possibilitando dimensionar melhor os riscos envolvidos na relação jurídica a se iniciar.

Enfim, essas são as proposições que se submetem à reflexão para que o debate se estabeleça e possamos, assim, adotar um procedimento que mais atenda ao interesse social. Ainda é necessário atentar que o tema está longe de ser esgotado devido a sua extensão, complexidade e relevância no mundo jurídico-empresarial e que, por isso, exige continua revisão quanto a sua pertinência.

NOTAS

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; (BRASIL, 1988)

⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988)

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Senado Federal, 2005.

DOING BUSSINESS. **Classificação das economias**. [S.l.]: Doing Bussiness, 2016 Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/rankings>. Acesso em: 03 set. 2018.

IMHOF, C. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Interpretada e anotada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

JÚDICE, L. P.; NYBO, E. F. **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2016.

NEGRÃO, R. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial & empresarial**: Teoria geral da empresa e direito societário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

RABI, L. Serasa: Brasil Baterá Recorde de empresas que pedem Recuperação Judicial em 2016. **Época Negócios**, 2010. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/04/serasa-brasil-batera-recorde-de-empresas-que-pedem-recuperacao-judicial-em-2016.html>. Acesso em: 07 set. 2017.

SALLES, A. C. De M. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **Estadão**, 2010. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>. Acesso em: 7 set. 2017.

SERASA EXPERIAN. **Indicador de falências e recuperações**. Disponível em: http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm. Acesso em: 07 set. 2017.

SANTOS, J. H. Dos. INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE EM COMUM. **Http://www.publicadireito.com.br/**, São Paulo, p. 5, 05./set. 2017. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=73a2ef803debee2>. Acesso em: 12 set. 2017.