

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário busca, cada vez mais, aprimorar a forma de aplicação da legislação existente, mediante decisões que favorecem a evolução da vida social. Na área do direito empresarial, a jurisprudência busca equilibrar a função social do contrato, função social da empresa e o princípio da segurança jurídica.

O presente trabalho tem como objetivo a análise dos efeitos econômicos provocados pela jurisprudência dos tribunais brasileiros na aplicação do instituto da recuperação judicial disciplinado pela Lei n.º 11.101/05. Enfrenta-se a problemática da recuperação judicial, que constitui o remédio jurídico utilizado na atualidade para preservar empresas em face das crises. É necessário enfatizar que o instituto jurídico da recuperação judicial, amplamente utilizado em cenário de crise, deve buscar soluções uniformes e não contraditórias, para o que interessa para a análise, na questão relativa à concepção de essencialidade de bens para a atividade empresarial. Nesse sentido, o problema da análise diz respeito a identificar os efeitos jurídicos e econômicos das decisões judiciais, derivados da concepção de essencialidade dos bens utilizados pela empresa em recuperação judicial na atividade empresarial.

O fundamento da análise, em um primeiro momento, adota uma perspectiva interdisciplinar, na medida em que examina os efeitos econômicos da intervenção do Poder Judiciário na recuperação judicial, desde uma visão de análise econômica do direito. Segue-se uma reconstrução histórica da regulação de quebras no Brasil. Na sequência, trata-se da decisão judicial proferida no pedido de recuperação judicial de suspensão de todas as ações executivas e de cobrança, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do §4º do artigo 6º da Lei 11.101/05, e sua relação com a questão relativa a essencialidade dos bens da empresa, conforme o §3º do artigo 49º da Lei 11.101/05, que veda a retomada pelos credores de bens indispensáveis para a continuidade da atividade empresarial, no prazo de suspensão.

A análise da essencialidade dos bens utilizados pela empresa na atividade empresarial exige considerar também o que dispõe o artigo 6º-A do Decreto-Lei n.º 911/69, que autoriza o ajuizamento da ação de busca e apreensão e a remoção desses bens, mesmo em caso de recuperação judicial. Cria-se a possibilidade de dupla interpretação pelo Poder Judiciário, de modo que a jurisprudência pode trilhar caminhos distintos e, desse modo, afetar

o princípio da segurança jurídica, de um lado, em face da proteção dos direitos da empresa e, de outro, dos credores.

Por fim, com a análise das situações acima identificadas, será possível estabelecer o alcance dos reflexos econômicos da jurisprudência consolidada em torno da concepção de essencialidade dos bens utilizados pela empresa em recuperação judicial na atividade empresarial.

Adota-se um método indutivo e crítico, na medida em que a pesquisa se desenvolve a partir de fontes bibliográficas.

1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito ganhou impulso nos Estados Unidos, em meados do Século XX, com a abertura para os estudos interdisciplinares, no objetivo de propiciar ferramentas para a solução de problemas econômicos e jurídicos surgidos da atuação do Estado na economia, em decorrência dos efeitos da crise de 1929. Do ponto de vista de uma perspectiva sistêmica, é inegável que a operabilidade do sistema jurídico produz efeitos no sistema econômico. Desse modo, uma análise econômica do direito pode tomar vários sentidos, desde uma concepção em que a operabilidade do direito deva otimizar os efeitos da atividade mercantil e dos mercados, até uma visão em que o sistema jurídico ordena os fundamentos normativos que viabilizam mercados e o funcionamento do modelo econômico do capitalismo; neste último caso não estaria mais em causa o problema dos efeitos, mas a própria viabilidade socioeconômica da acumulação de capital. No primeiro caso, a análise econômica do direito assume uma perspectiva funcionalista, enquanto que na segunda emerge a inter-relação constituinte dos fundamentos da economia de mercado. Na perspectiva funcionalista, Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn afirmam que o Estado tem o papel fundamental de garantir instituições, dar-lhes segurança e criar condições para o funcionamento dos mercados e dos arranjos institucionais (2005).

A premissa de que o direito deve contribuir para a eficiência dos mercados, de certo modo também dentro de uma visão funcionalista, é defendida por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski, nos seguintes termos:

Entretanto, a alocação eficiente de recursos nem sempre é conseguida no âmbito do mercado. Para que isso fosse possível, os mercados deveriam ser perfeitamente competitivos e não poderia existir nenhum fator ou elemento que representasse imperfeição. A realidade mostra que existem casos em que não se verifica o resultado eficiente: ou porque ocorrem situações de concorrência imperfeita ou por ausência de elementos próprios de concorrência perfeita (monopólios); ou porque as relações econômicas tratam de bens públicos (cuja utilização por algum indivíduo não exclui a utilização por outros); ou porque ocorrem externalidades (em virtude das quais, os preços não cobrem os custos de todos os recursos econômicos utilizados e não se ajustam aos custos marginais de produção). Portanto, diante dessas falhas de mercado, o papel do Direito, para a Análise Econômica, é minimizar seus efeitos, para que as relações econômicas sejam as mais eficientes possíveis (2009, p. 93).

Nesta visão, observa-se que a análise econômica exige do direito um comprometimento com a eficiência; no mesmo sentido, é o que defendem Eduardo Ernesto Obrzut Neto, Karina M. Mehl Damico Fonseca e Fernando Augusto Knoerr, quando tratam da eficiência ligada ao instituto da recuperação judicial (2016); tem-se assim um elemento de tensão na medida em que o direito contempla uma normatividade comprometida com valores e fins, que é confrontada com uma premissa de eficiência, que estaria na essência da atividade econômica, a princípio descomprometida com finalidades e valores.

Do ponto de vista da operabilidade do sistema jurídico, Ronald Coase fez a análise do modo como as decisões judiciais podem afetar a economia; diz ele,

Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.(1960, p. 10) ¹

¹ Tradução: Claro que, se as transações de mercado foram com custos menores, tudo o que importa (questões de equidade) é que os direitos das várias partes deve ser bem definida e os resultados das ações legais fáceis de prever. Mas, como vimos, a situação é bastante diferente quando as transações de mercado são tão custosas como para torná-lo difícil mudar o arranjo dos direitos estabelecidos pela lei. Nesses casos, os tribunais influenciam diretamente a atividade econômica. Parece, pois,

É necessário enfatizar, contudo, que uma análise econômica do direito não pode negligenciar o modo como o sistema jurídico atua, e que não se restringe a otimizar resultados para os agentes no mercado; o direito também exerce papel central na manutenção do mercado. Assim, no que se refere à recuperação judicial, o direito atua ao mesmo tempo para minimizar as crises do mercado e para salvar da quebra empresas que ainda detenham condições de desenvolver atividade empresarial. Em ambas as tarefas o papel do direito é reduzir os prejuízos para a economia e para a sociedade, decorrentes das crises do capitalismo, dos mercados e das empresas. Nesse sentido, no que diz respeito à recuperação judicial, a análise econômica do direito serve para compreender dois aspectos: a crise que envolve a empresa em recuperação judicial e os elementos que permitem estabelecer o alcance dos efeitos para a economia e para a sociedade envolvidos na manutenção da atividade empresarial propriamente dita.

Em relação às crises que podem atingir as empresas na economia capitalista elas podem ser compreendidas a partir de crises econômicas mais amplas decorrentes do próprio processo de acumulação de capital, ou de deficiências de gestão da atividade empresarial propriamente dita; invariavelmente, essas duas vertentes aparecem associadas. A crise da economia de 1929 sepultou os últimos vestígios de uma perspectiva de acumulação de capital a partir de uma auto-regulação dos mercados. De 1929 em diante ficou claro o que Karl Polanyi intuiu de um duplo movimento no sentido de que, como diz ele, *“Enquanto a organização dos mercados mundiais de mercadorias, dos mercados mundiais de capitais e dos mercados mundiais de moedas, sob a égide do padrão-ouro, deu um momentum sem paralelo ao mecanismo de mercados, surgiu um momento bem estruturado para resistir aos efeitos perniciosos de uma economia controlada pelo mercado”* (2000, p. 98). É exatamente esse duplo movimento que desencadeia a crise da economia baseada na premissa de auto-regulação e que conduziu, nas décadas seguintes, a diferentes formas de intervenção do Estado na economia, de modo a preservar a sociedade dos efeitos nocivos dos mercados, inclusive em relação à própria atividade empresarial. A crise de 2008, por outro lado, colocou em xeque a economia neoliberal, em que pressuposto a regulação dos mercados, mas que, na prática, não foi capaz de evitar os efeitos disruptivos do processo de acumulação

desejável que os tribunais devem entender as consequências econômicas de suas decisões e devem, na medida em que isso é possível sem criar muita incerteza sobre a própria posição legal, levar essas consequências em conta ao tomar suas decisões. Mesmo quando é possível alterar a delimitação legal de direitos por meio de operações de mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos na execução deles.

financeirizada de capital. Luiz Gonzaga Belluzzo mostra como os efeitos da financeirização rentista atingiu as empresas na crise de 2008; diz ele que,

Amparado na “extração de valor” ensejada pela escalada dos preços dos imóveis, o gasto dos consumidores alcançou elevadas participações na formação de demanda final em quase todos os países das regiões desenvolvidas. Enquanto isso, as empresas dos países “consumistas” cuidavam de intensificar a estratégia de separar em territórios distintos a formação de nova capacidade, a expansão do consumo e a captura dos resultados. As empresas ampliaram expressivamente a posse dos ativos financeiros como forma de alterar a estratégia de administração dos lucros acumulados e do endividamento. O objetivo de maximizar a geração de caixa determinou o encurtamento do horizonte empresarial. A expectativa de variação dos preços dos ativos financeiros passou a exercer um papel muito relevante nas decisões das empresas. Os lucros financeiros superaram com folga os operacionais. A gestão empresarial foi, assim, submetida aos ditames dos ganhos patrimoniais de curto prazo, e a acumulação financeira impôs suas razões às decisões de investimento (2013, p. 159).

A passagem assinalada pela análise de Luiz Gonzaga Belluzzo já evidencia a relação que existe entre o modo como a crise econômica de 2008 se consolidou e seu papel na gestão das empresas. A preocupação com os lucros financeiros, em detrimento do lucro operacional, e a conseqüente aposta em ganhos de curto prazo por parte da gestão das empresas constitui evidência do aumento dos riscos para a atividade empresarial na situação de uma desvalorização abrupta de papéis financeiros nos mercados e seus efeitos na estratégia de manutenção da própria empresa. No caso do Brasil, a crise econômica de 2008 vem estendendo efeitos em 2015 e 2016, agora agravada pela crise política que atinge o país. No caso do Brasil, os limites da governamentalidade neoliberal provocaram também uma crise de representatividade com riscos para a processualidade democrática.

Pode acontecer também de a crise atingir a empresa a partir de uma deficiência de gestão, que não esteja diretamente vinculada a uma crise econômica. A gestão do fluxo de caixa da empresa, na situação de redução de crédito e de encolhimento dos mercados, exige compreensão das variáveis em jogo nos mercados e a antecipação de decisões. Do mesmo modo, a gestão da inovação e a busca de ampliação de mercados, em vista dos investimentos envolvidos, se não estiver atenta para o ciclo de vida dos produtos e para a atuação da concorrência, pode dar ensejo a eclosão de crises. Um outro fator de crise na empresa está na forma de capitalização e no conseqüente endividamento. Na realidade brasileira, em que o

mercado acionário é reduzido, os investimentos empresariais invariavelmente acabam financiados por crédito bancário que é caro e que, se não contar com uma gestão financeira eficiente, pode conduzir a empresa ao endividamento que, somado a redução de receitas, propicia a emergência de crises.

Nesse contexto, o instituto da recuperação judicial surge como mecanismo jurídico para o enfrentamento das crises que atingem as empresas. Para Paulo Roberto Colombo Arnoldi a regulação da recuperação judicial pela Lei n.º 11101/2005 assume a tarefa de incentivo da atividade econômica; nesse sentido ele afirma que,

É fundamental o estabelecimento de critérios, incentivos, a partir de um equilíbrio nos direitos entre devedor e credores e de uma adequada divisão dos riscos. Quando a lei se mostrar excessivamente favorável ao devedor, permitindo o funcionamento de empresas inviáveis economicamente, ou legitimando a quebra de contratos, com a possibilidade de desrespeito aos direitos de propriedade e de execução de garantias, estar-se-á comprometendo o funcionamento do sistema econômico, diminuindo o número de negócios e transações, restringindo o mercado de crédito, com efeitos negativos sobre o desenvolvimento econômico e social do país.

Enfim, é recomendável o estabelecimento de um equilíbrio dos interesses, atendendo os requisitos de eficiência ex-post e ex-ante, pois as soluções devem, no longo prazo, gerar o maior retorno possível para as partes envolvidas, evitando-se também, comportamentos inconvenientes e levianos por parte dos gestores que venham a comprometer as perspectivas de desenvolvimento da empresa.(2005, p. 220-234).

A perspectiva defendida por Paulo Roberto Colombo Arnoldi vai no sentido de conectar a recuperação da empresa à superação de crises econômicas e seus efeitos sociais. Essa conexão coloca em evidência uma perspectiva em que os efeitos econômicos da recuperação judicial não podem ser medidos mediante um recorte em que, de um lado, estariam os interesses da empresa e, de outro, os interesses sociais e econômicos. O que ocorre é que a recuperação judicial envolve um conjunto de elementos sociais e econômicos que precisam ser visto em conjunto e na interligação que lhes é característica. Desse modo, resulta evidenciado que a compreensão da crise que envolve a atividade empresarial, e que influencia o alcance da recuperação judicial, constitui o elemento determinante de uma análise econômica dos direitos e interesses envolvidos na situação concreta.

Tomada essa perspectiva, o debate em torno da preservação da segurança jurídica, na situação de recuperação judicial, precisa levar em conta a especificidade da crise que

envolve a empresa e seus efeitos sociais e econômicos, o que, obviamente, exige o exame dos elementos do caso concreto e de seu contexto, em especial quando se trata de mensurar a essencialidade de bens para a manutenção da atividade empresarial.

2 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

A recuperação judicial se insere na dinâmica de tutela da ordem econômica constitucional que, no caso da Constituição brasileira, elegeu a atividade empresarial como núcleo de promoção do desenvolvimento econômico e da evolução social (art. 170). Mediante uma premissa de reconstrução histórica, na esteira no pensamento de Hegel (2003), resulta necessário compreender os objetivos da recuperação judicial, e sua conexão com a ordem econômica constitucional, confrontados com o escopo de superação das crises que atingem as empresas, no contexto dos processos de acumulação de capital da economia de mercado no Brasil.

O instituto da recuperação judicial foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2005, com o objetivo de reduzir o número de falências e proporcionar a possibilidade de manutenção das atividades empresariais em situações de crises; sobre esse objetivo Paulo Roberto Colombo Arnoldi afirma que,

Como decorrência natural o modelo procedimental de liquidação do ativo para pagamento do passivo, com encerramento das atividades, vigentes com o Decreto-Lei de 1945, ocorriam sérios problemas de ordem social, como: a) desemprego; b) perda de renda e; c) queda na arrecadação de tributos e do produto interno bruto (P.I.B). Frente a este quadro, amplamente desfavorável, esgotou o sistema de insolvências anterior, o que necessitou reformas em sua estrutura jurídica. (2006, p. 80)

Pode-se afirmar que a Lei 11.101/05, que regulou a recuperação judicial, surgiu com a proposta de salvar a empresa, garantir a continuidade da atividade empresarial, possibilitar aos credores receber seus créditos, os trabalhadores manter seus empregos e, de um ponto de vista geral, beneficiar a comunidade com a manutenção de atividade econômica em determinada região; nesse sentido Campos Filho afirma que,

Não há dúvida sobre os objetivos da recuperação judicial e da extinta concordata. O instituto revogado buscava harmonizar relações patrimoniais com uma classe de credores apenas, de modo a permitir que o devedor pudesse permanecer à frente de seus negócios, reestruturando apenas o seu passivo quirografário. A recuperação judicial, ao contrário, foi concebida para contemplar um feixe de interesses muito mais abrangente que os modestos limites da concordata, fosse ela preventiva ou suspensiva. Basta, para tanto, que se examine o teor do art. 47, que aponta a superação da situação de crise econômico-financeira, com o objetivo de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, como meio hábil a promover a preservação da empresa, da função social que ela representa e do próprio estímulo à atividade econômica (2006, p. 84).

A recuperação judicial não afastou a possibilidade de falência da empresa, ou seja, manteve-se a possibilidade da liquidação da empresa que não possa ser recuperada, de modo a proporcionar aos credores o recebimento de seus créditos.

Do ponto de vista da aplicação, o instituto da recuperação judicial veio inserido na nova Lei de Falências que tenta superar o papel central que o Poder Judiciário exercia no contexto de vigência do Decreto-Lei n.º 7661/45; a nova lei adotou um modelo de tratamento das crises empresariais em que ressalta o papel de credores e empresários na solução da crise que envolve a empresa em determinado contexto social e econômico; deu-se ênfase para uma solução privada da crise, mediada pelo mercado, e com intervenção mínima do Poder Judiciário. É nesse sentido que Carlos Alberto Claro afirma que a Lei n.º 11101/05 supera o paradigma liquidatário contido no Decreto-Lei n.º 7661/45 e adota o paradigma de recuperação da empresa, que estaria em consonância com os princípios reguladores da ordem econômica tutelada na Constituição de 1988 (2009, p. 151-152). Em face da nova dinâmica assumida pelos conglomerados empresariais no contexto de mercados oligopolizados, o Decreto-Lei n.º 7661/45, com sua ênfase na liquidação, contribuía para ampliar os efeitos da crise das empresas nos mercados. A proposta de possibilidade de recuperação da empresa em crise procura dar conta de uma nova realidade social e econômica de atuação da empresa, vista como entidade geradora de riqueza e de renda.

A experiência de falências decretadas no Brasil consolidou o entendimento de que o instituto jurídico se mostrava ineficaz, porque a grande maioria dos credores não recebia seus créditos, apesar da liquidação da empresa. Já a possibilidade de recuperação judicial da empresa, embora não garantisse o recebimento dos créditos na sua totalidade, ao menos criava a expectativa de concretização de um plano de pagamento; aumentava a expectativa do

recebimento dos valores devidos, porém com determinado deságio e mediante parcelamento, previamente aceitos pelos credores.

Em que pese a mudança de paradigma, passados mais de dez anos de vigência do instituto da recuperação judicial, a experiência tem demonstrado que os mercados encontram dificuldades para viabilizar planos de recuperação judicial e o Poder Judiciário acaba sendo chamado para arbitrar interesses nas crises empresariais. Manifesta-se aqui um paradoxo em que a superação do paradigma proposto pela legislação esbarra na manutenção de uma cultura arraigada nos desdobramentos materiais da vida social e econômica. A permanência do protagonismo do Poder Judiciário evidencia que, na realidade brasileira, o mercado não opera com razoável grau de confiança capaz de avalizar soluções autônomas para as crises empresariais. É necessário considerar ainda que a aplicação do instituto da recuperação judicial não tem propiciado a salvação da maioria das empresas em crise; invariavelmente, a recuperação judicial evolui para a falência, o que também evidencia que permanece a cultura no Brasil de postergação da situação de crise até um ponto em que a recuperação acaba inviabilizada. Não há no Brasil uma cultura de manutenção ao longo do tempo da atividade empresarial; opera-se com o horizonte de curto prazo e, na maioria das vezes, de busca da realização de lucros no menor tempo possível, com o mínimo de exposição a riscos. Nesse contexto, quando a crise se instala, a reversão se revela difícil porque os credores, também comprometidos com horizontes de curto prazo, não estão dispostos a sofrer as perdas relativas implicadas na recuperação; os credores preferem executar garantias e receber créditos de forma rápida, com o mínimo de envolvimento na solução da crise. As estatísticas demonstram que a recuperação judicial de empresas no Brasil não produz efeitos positivos e a judicialização da solução pode contribuir para agravar o problema, já que o Poder Judiciário não conta com a agilidade suficiente para acompanhar as exigências e a dinâmica dos mercados.

A reconstrução histórica levada a efeito indica que a recuperação judicial, passados dez anos de edição da Lei 11.101/05, não deu suficiente concretude ao escopo da ordem econômica constitucional de compreensão da empresa como entidade comprometida com o desenvolvimento e a evolução social.

Em face da situação configurada, é necessário verificar o quanto a aplicação do instituto da recuperação judicial exige mensurar, no caso concreto, o grau de comprometimento da empresa com os escopos da ordem econômica constitucional, quando se trata de estabelecer o nível de essencialidade de bens para a manutenção da atividade

empresarial no contexto de crise; pois é nessa perspectiva que a jurisprudência pode contribuir para assegurar a efetividade do instituto da recuperação judicial.

3 A SUSPENSÃO DAS AÇÕES CONTRA A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Um dos principais benefícios concedidos à empresa em recuperação judicial é a suspensão de todas as ações e execuções que correm contra ela, com o propósito de que, nesse período, seja possível realizar o levantamento de todos os credores (formação do rol de credores) bem como elaborar o plano de recuperação judicial para aprovação em assembleia de credores. A respeito das condições para o deferimento da recuperação judicial Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro sustentam que,

O conteúdo mínimo do plano de recuperação vem previsto no art. 53 da LRE, que menciona a descrição minuciosa dos meios de recuperação que serão empregados, a demonstração da viabilidade do plano, além de um laudo econômico, financeiro e patrimonial. Caberá ao empresário devedor, por meio do plano de recuperação, provar tecnicamente para os seus credores que tem condições de se reerguer e que, mediante a execução da estratégia apresentada, existe viabilidade econômica e financeira para a sua permanência no mercado.

O plano será publicado e os credores citados a se manifestarem sobre a sua aprovação.

A lei estabelece como período máximo de execução do plano o período de um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho, anteriores à concessão da recuperação, sendo que o pagamento de até cinco salários mínimos por trabalhador para verbas salariais, vencidas nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, será efetuado no prazo máximo de trinta dias (art.54).

O prazo máximo para o processo de recuperação judicial é de dois anos da concessão da recuperação, mas o prazo para pagamento das obrigações poderá ir além deste prazo. (2006, p. 477).

O prazo de suspensão da exigibilidade dos créditos é fundamental para organização do plano de recuperação judicial e para reordenação das finanças da empresa em crise.

Embora §4º do artigo 6º da Lei 11101/05 seja expresso ao mencionar que “a suspensão em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta)

dias'', a jurisprudência do STJ vem estendendo o prazo de suspensão, conforme se observa do seguinte julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. PRAZO DE 180 DIAS PARA A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS EM FACE DA EMPRESA EM DIFICULDADES. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADJUDICAÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1 - O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou. 2 - Na hipótese dos autos, a constrição efetuada pelo Juízo do Trabalho ocorreu antes da aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela suscitante e após o prazo de 180 dias de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedora. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ - AgRg no CC: 111614 DF 2010/0072357-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/11/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/11/2010)

Verifica-se que o julgado enfatiza que o prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades pode ser prorrogado de acordo com o caso, relativizando a regra do art. 6º § 4 da Lei n.º 11.101/05, que prevê que em hipótese alguma poderá ser excedido. Há quem veja nesse entendimento jurisprudencial a causa de efeitos que distorcem a realidade de oferta de créditos pelo sistema financeiro, em especial em relação às taxas de juros que tenderiam a se manter elevadas; a situação daria ensejo a uma espécie de insegurança nos mercados. Contudo, não é certo que se possa inferir da dilação do prazo para a suspensão das ações e execuções na recuperação judicial um efeito direto para a restrição de crédito e para o aumento da taxa de juros no mercado financeiro. A manutenção de taxas de juros elevadas no mercado financeiro brasileiro é complexa e observa uma dinâmica atrelada a cultura rentista e de atração de capitais especulativos para o país, pelo menos desde a edição do chamado “Plano Real” em 1994. Contrariamente ao mercado mundial em recessão continuada, pelo menos desde a crise de 2008, as taxas de juros no

Brasil se mantém elevadas ao longo do tempo, independentemente da variável do número de empresas em situação de falência ou de recuperação judicial.

Na verdade, a prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções atende mais a uma insegurança que decorre da situação de a empresa em crise e seus credores não encontrarem uma solução capaz de salvar a atividade empresarial. Trata-se, portanto, de uma insegurança que tem origem no próprio mercado a que o Poder Judiciário é chamado a arbitrar uma solução que acaba sendo uma opção pela redução de danos, que é apostar na possibilidade de recuperação da empresa mediante a prorrogação do prazo de suspensão de ações e execuções.

Não deve ser negligenciado, todavia, que a prorrogação do prazo de suspensão de ações e execuções se reflete diretamente na possibilidade de recuperação de bens por parte de credores com garantias reais, a maioria deles integrantes do sistema financeiro. Essa situação contribui para que bancos e financeiras relutem em ampliar a concessão de crédito para a empresa em recuperação judicial, exatamente no momento em que ela pode estar necessitada de capitalização e de novo recursos para alavancar a atividade empresarial. Na realidade brasileira, bancos e financeiras relutam em renovar crédito para empresas em situação de recuperação judicial e pode ser esse um dos fatores que contribui para o pouco sucesso do objetivo de salvação da atividade empresarial. O propósito de execução de garantias reais pelas instituições financeiras já é ilustrativo do desinteresse no sucesso da recuperação judicial de empresas em situação de crise.

O contexto de aplicação da recuperação judicial mostra que a cultura liquidatória não está superada no Brasil e que a jurisprudência acaba assumindo o papel de arbitrar interesses e de reduzir os efeitos da recuperação judicial no mercado, de modo que a efetividade dos princípios da ordem econômica constitucional, relacionada à manutenção da atividade empresarial, vista como indispensável para o desenvolvimento econômico e a evolução social, acaba relegada a plano secundário. O que resta ao Poder Judiciário, nesses casos, é fazer a análise pontual da essencialidade de bens para a manutenção precária da atividade empresarial, como uma espécie de última oportunidade de salvação da empresa, que já não pode contar com a colaboração dos credores, nos moldes do preconizado pela Lei de Falências.

4 A SITUAÇÃO DOS BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Em meio à cultura liquidatória no Brasil, consolidou-se uma suspeita: a de que a crise nas empresas envolve a prática de fraudes ou a busca de benefícios para sócios ou acionistas a custa de credores, consumidores ou trabalhadores. Esse tipo de suspeita não deixa de ter a sua parcela de validade, mas ela não pode ser tomada como determinante exclusiva da realidade brasileira. Como diz Boris Groys, as suspeitas alimentam o imaginário da consciência da sociedade pós-moderna que faz delas uma forma de vida (2014). Como já observado, o problema das crises nas empresas observa inúmeras variáveis; embora possam ocorrer situações de fraudes ou lesão a credores, as crises empresariais resultam o mais das vezes de uma correlação entre uma prática de gestão que não construiu estratégia eficiente em face das mudanças dos mercados e das variáveis dos processos de acumulação de capital; a questão, portanto, não se resume a fraudes ou engodos, nem pode ser mensurada por um paradigma de simples eficiência ou ineficiência de gestão; as crises empresariais envolvem uma correlação entre a atividade empresarial propriamente dita e a dinâmica dos mercados e da acumulação de capital e, nesse sentido, o que possa ser entendido por fraudes ou engodos e má gestão precisa considerar esse quadro mais amplo do modo como articulada a produção de bens e serviços mediada pelas práticas de mercado.

Consideradas essas premissas, a falência e a recuperação judicial não tem um caráter restrito de punição e alijamento da empresa dos mercados; a regulação jurídica da falência e da recuperação judicial pode ser um poderoso instrumento para salvação de empresas no contexto de recessão econômica ou de crises nos mercados. É nesse sentido que Jorge Lobo faz referência ao caráter amigável da legislação francesa que chega a permitir que os tribunais possam designar um conciliador para facilitar o acordo entre credores e a ampliação do crédito para facilitar a recuperação da empresa (1998, p. 11-44). Diferentemente do que se observa no Brasil, o objetivo é facilitar a recuperação da empresa em crise e não apressar a falência na corrida dos credores em busca da satisfação de créditos. Nessa perspectiva, Vera Helena de Mello Franco comenta a reforma do direito concursal europeu em que preponderou a perspectiva de ajustar a regulação para facilitar a recuperação de empresas; diz ela que

É certo que a globalização, já antes da atual crise, ajudara a disseminar o modelo estadunidense por diversos países, levando a adoção de mecanismos diversos para a reorganização das companhias. Mas o comportamento inspirado por este tratamento mais benevolente do devedor e ou pelo modelo

traçado no capítulo 11 do *US Bankruptcy Code*, acentuou-se notadamente após o início da crise econômica europeia nos últimos anos. Vale dizer, buscou-se um sistema mais tolerante que permitisse ao empreendedor, não só assumir riscos dando início a empreendimentos diversos, como se reerguer rapidamente, retornando ao mercado sem carregar a pesada marca da infâmia pela falha na empreitada. A ideia de fundo é a de que “algum risco é bom e necessário para o bom funcionamento da economia capitalista (some risk is good and necessary to a well-functioning capitalist economy). Em decorrência o empresário que fracassa é visto como herói atingido do que aproveitador legitimamente castigado (2013, p. 73-112).

A questão da essencialidade dos bens para a atividade empresarial, na situação de recuperação judicial, precisa considerar o contexto da crise enfrentada pela empresa de modo a avaliar o modo como a disposição de bens gravados com garantia real pode produzir efeitos sociais e econômicos no interesse da empresa afetada ou dos credores. Daí a importância de uma mudança de paradigma na cultura de aplicação da lei de falências no Brasil, na direção de buscar a incidência de efeitos sintonizada com os desdobramentos materiais do contexto da situação social e econômica das crises.

O entendimento da maior parte da doutrina e da jurisprudência na interpretação do § 3.º do art. 49 da Lei n.º 11101/05 é de que, quando um bem é essencial para a continuidade da empresa em recuperação judicial, mesmo que possa estar juridicamente autorizada a retirada pelo credor, a posse deve continuar com a empresa para possibilitar a integralidade do cumprimento do plano de recuperação judicial. Ocorre que o art. 6.º do Decreto Lei 911/69, legislação utilizada pelas instituições financeiras e recentemente alterada pela Lei 13.043/14, autoriza a retomada de bens objeto de garantia real de alienação fiduciária podendo ser estendido para situações de arrendamento mercantil e contratos com reserva de domínio, segundo enfatiza Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 130-131).

A situação contraditória posta pela legislação reguladora da matéria, que confronta interesses do mercado financeiro e do mercado empresarial, implica o reconhecimento de que o problema da essencialidade dos bens para a atividade empresarial, na situação de recuperação judicial, demanda uma solução tópica, a luz dos elementos do caso concreto. Uma tal perspectiva de solução não deve soar estranha porque não destoa da principiologia do direito empresarial que, consoante a construção dogmática de Vivante, sempre observou uma dinâmica de consideração dos elementos da realidade social e econômica das práticas empresariais.

O quanto a consideração tópica do problema da essencialidade dos bens para a atividade empresarial possa comprometer a segurança jurídica dependerá do alcance da crise e do modo como os tribunais estejam abertos a compreender seus efeitos em meio a dinâmica dos mercados e dos processos de acumulação de capital. De qualquer modo, na perspectiva de uma análise econômica do direito, nos termos examinados, não é o caso de estabelecer de modo abstrato e apriorístico, sem considerar os elementos do caso concreto, que as soluções preconizadas pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, variáveis em face da situação em exame, possam contribuir para desestabilizar mercados, embora esse risco não esteja afastado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema proposto para a análise ficou delimitado na identificação dos efeitos jurídicos e econômicos das decisões judiciais decorrentes da concepção de essencialidade dos bens utilizados pela empresa em recuperação judicial na atividade empresarial. De início, estabeleceu-se uma correlação entre o instituto da recuperação judicial e o caráter interdisciplinar da análise econômica do direito. A correlação apontou para o fato de que a observância do princípio da segurança jurídica, nos casos de recuperação judicial, não pode negligenciar a especificidade da crise que envolve a empresa que, invariavelmente, mantém uma relação estreita entre a atividade empresarial propriamente dita e a dinâmica dos mercados e do processo de acumulação de capital.

Tornou-se necessário, na sequência, elaborar uma reconstrução histórica mínima da regulação jurídica de quebras no Brasil. O quadro de reconstrução tratou do instituto da recuperação judicial inserido na dinâmica de efetividade dos princípios da ordem econômica da Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido, a reconstrução indicou que, do ponto de vista da positivação de normas, a edição da Lei n.º 11.101/05 representou uma mudança, na medida em que veio superar o paradigma liquidatório do Decreto-Lei n.º 7661/45; contudo, de forma contraditória, a realidade de aplicação do instituto da recuperação judicial mostra que permanece a cultura liquidatória e que empresas e credores não apostam no sucesso da recuperação da empresa em crise.

Em face do cenário indicado pela análise econômica relacionada à recuperação judicial e pela reconstrução histórica da aplicação das leis de quebra no Brasil, pode-se estabelecer uma conclusão no sentido de que o mercado não consegue alcançar soluções satisfatórias em face das crises e do papel da recuperação judicial, de modo que acaba sendo determinante a

intervenção do Poder Judiciário que atua para, em determinados casos, ampliar os prazos de suspensão de ações e execuções e para delimitar, de forma específica, o alcance da essencialidade dos bens para a atividade empresarial da empresa em recuperação judicial.

Resulta então que não é possível estabelecer de forma apriorística os efeitos jurídicos e econômicos da atuação do Poder Judiciário na mensuração do alcance da essencialidade dos bens para a atividade empresarial, na situação de recuperação judicial. A questão reclama uma perspectiva tópica, mediante a consideração dos elementos do caso concreto, e nesse sentido ganha relevo a *prhonesis* aristotélica que recupera no direito o sentido da arte mais do que da pretensa cientificidade perseguida pela modernidade que, como mostram os paradoxos em torno do instituto da recuperação judicial, permaneceu inconclusa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise econômico - jurídica da Lei de Falências e de recuperação de empresas de 2005. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 24/2005, p. 220-234, out-dez/2005.

_____. Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: Êxitos e preocupações quanto à solução da crise econômica financeira. Jornadas Nacionales de Derecho Comercial. p. 80, 2006.

BELLUZZO , Luiz Gonzaga. **O capital** e suas metamorfoses. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de direito Comercial**. 3º ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial** – sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: Editora LTR, 2009.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-23, 1960, p.10.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130/131.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A crise econômica e a reforma do direito concursal no continente europeu. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol 936, p. 73-112, outubro de 2013.

GROYS, Boris. **Volverse público** – las transformaciones del arte en el ágora contemporânea. Buenos Aires: Caja Negra Editora, 2014.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol 754, p. 11-44, agosto de 1998.

OBRZUT NETO, Eduardo Ernesto; FONSECA, Karina M. Mehl Damico; KNOERR, Fernando Gustavo. Análise econômica do direito e recuperação judicial – um ponto de encontro entre direito e economia. In **Direito, empresa e Estado** – diálogos impertinentes (Org.) SANTOS, Douglas de Oliveira; LIMA, Priscila Luciene Santos de; TORRES, Rafael Lima. Curitiba: Instituto Memória, 2016, p. 149-168.

POLANYI, Karl. **A grande transformação** – as origens da nossa época. 3.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. Prefácio de Fátima Nancy Andrichi. 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZYLLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Raquel. Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações, In: **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.