

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.101/05 ocorreu a revogação do Decreto-Lei 7.661/45, assim, a concordata deixou de ser a medida judicial para solucionar crises.

Assim, inicia-se uma linha de pensamento voltada à preservação da empresa, com o fim da figura da concordata preventiva e suspensiva começa a recuperação judicial e extrajudicial.

A nova lei intitulada como “Lei de recuperação de empresas e falências” trouxe grandes mudanças no regime concursal e também discussões que pairam a respeito das travas bancárias.

Isto porque, o artigo 49, § 3^o da referida lei conferiu aos créditos fiduciários e em garantia uma modalidade extraconcursal, ou seja, não sujeitos à recuperação judicial.

Nesse sentido, verifica-se que os bancos foram, no primeiro plano, beneficiados pelas medidas adotadas pelo legislador.

Contudo, é imperioso um olhar mais atento a todos os reflexos e impactos econômicos que cercam o tema para que a conclusão não seja rasa e limitada.

Desse modo, a presente pesquisa objetiva apresentar os principais elementos da Lei de recuperação no tocante a proteção do crédito bancário, expor a origem da atividade bancária e a formação dos *spreads*.

Por fim, serão analisados o trabalho desempenhado pelo Banco Mundial na recuperação do crédito e as possibilidades alternativas de financiamento de empresas em crises.

1. BREVE HISTÓRIA DA ATIVIDADE BANCÁRIA

¹ Lei 11.101/2005 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.(...) § 3^o Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4^o do art. 6^o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

O termo Banco surgiu pela forma como a operação bancária se originou, Luís Felipe Salomão destaca que no passado as operações de receber dinheiro e realizar empréstimos eram feitas por cambistas e essa prática era realizada em bancas para a exposição das moedas (SALOMÃO, 2012, 186 e 187).

Esses estabelecimentos surgiram na Idade Média e de acordo com Luís Felipe Salomão, o Banco de Veneza, fundado em 1171 seria o primeiro da Europa (SALOMÃO, 2012, 187).

Posteriormente, segundo Fran Martins, no final da Idade Média, os detentores do capital reunidos estabeleciam uma espécie de sociedade anônima e realizavam empréstimos aos Estados com a finalidade de financiar obras públicas e como forma de receber os juros dos empréstimos, o Estado concedia o direito aos banqueiros de cobrarem os impostos (MARTINS, 2014, 195).

Conforme destaca Fran Martins, uma dessas sociedades intitulada de Casa de São Jorge, fundada em Gênova, foi transformada no Banco de São Jorge em 1407, tendo como finalidade especulativa, com características de uma sociedade comercial.

No início do século de XVII, os países europeus estavam organizados para a exploração de terras ultramarinas em destaque a Holanda, assevera Fran Martins que a primeira sociedade formada com essa finalidade, foi a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, em 1602 (MARTINS, 2014, 195).

Desse modo, as principais atividades bancárias europeias tiveram como destino aos Países Baixos (Holanda).

Assim, de acordo com Luis Felipe Salomão em 1609 foi fundado o banco de Amsterdam com finalidade inicial de troca de moedas e depósitos e posteriormente a realização de empréstimos (SALOMÃO, 2012, 187).

Ainda, observa Luis Felipe Salomão que até metade do século XVII os bancos não tinham como característica a realização de empréstimos, realizando apenas troca de moedas e depósitos (SALOMÃO, 2012, 187).

O pioneiro foi o Banco da Suécia na emissão de notas bancárias, posteriormente o Banco da Inglaterra, fundado em Londres no ano de 1694 e na França, o Banco Geral foi fundado por John Law em 1716 (SALOMÃO, 2012, 187).

Fran Martins aduz que nesse período, os bancos se tornaram poderosos e diversas normas especiais passaram a regular a atividade, com destaque para a Letra de Câmbio que anteriormente era apenas um documento que comprovava o depósito e passou a servir de ordem de pagamento a terceiros (MARTINS, 2014, 10).

Com o comércio marítimo, surgiu o contrato de câmbio marítimo, que segundo Fran Martins, objetivava o financiamento de uma expedição com o pagamento de juros por vezes de mais de 30% em caso de êxito na empreitada (MARTINS, 2014, 10).

No Brasil, o primeiro banco foi fundado por D. João VI, em 1808, depois desse período surgiram outros “Bancos do Brasil”. (SALOMÃO, 2012, 186 a 188).

Fran Martins estabelece que nesse período vigoravam as Ordenações portuguesas e não havia nenhuma norma específica de Direito Comercial brasileiro.

Contudo, a criação do primeiro Banco do Brasil fomentou o mercado em crescimento e esse progresso foi fundamental para a formação de normas comerciais (MARTINS, 2014, 30).

2. PROTEÇÃO LEGAL DO CRÉDITO BANCÁRIO “TRAVAS BANCÁRIAS” NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei de Recuperação Judicial e Falências excluiu, de maneira expressa, dos efeitos da recuperação judicial os créditos do credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Esses créditos não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º² da Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, de acordo com o artigo 49, § 3º.

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

² Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.(...) § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Ainda, conforme destacam os artigos, 49, § 4º e 86, II, também está excluída dos efeitos da recuperação judicial, a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965³.

É importante frisar, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente.

Por fim, de igual modo, não se submetem à recuperação judicial, crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º da Lei de Recuperação e Falências.

Pela análise dos referidos artigos, fica evidente que o grande objetivo do legislador foi de proteger os créditos mencionados.

Nesse sentido é imperioso destacar que um dos princípios norteadores para a elaboração da Lei de Recuperação é o da redução do custo do crédito no Brasil, objetivando a segurança jurídica à atividade econômica, conforme relatório⁴ apresentado pelo Senador Ramez Tabet.

³ Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.(...) § 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor. § 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior. § 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

⁴Relatório sobre o projeto de lei que institui a nova Lei de Falências, o senador Ramez Tebet enumerou os princípios que adotou para nortear a análise da matéria e a elaboração do substitutivo. Ele esclareceu que nem sempre foi possível satisfazer a todos os tópicos, já que muitas vezes há conflitos entre eles. É necessário sopesar as possíveis consequências sociais e econômicas e buscar o ponto de conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade - afirmou Tebet. 1) Preservação da empresa. Preservar, sempre que possível, a empresa em razão de sua função social, geradora de riqueza econômica, emprego e renda, importante para o crescimento e o desenvolvimento social. 2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário. Não confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. A empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes. 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis. Sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere. 4) Retirada do mercado de sociedades ou

1) Preservação da empresa. Preservar, sempre que possível, a empresa em razão de sua função social, geradora de riqueza econômica, emprego e renda, importante para o crescimento e o desenvolvimento social.(...) 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis. Sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere. 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis (...).

Desde o início da vigência da lei, esse benefício que estabelece uma proteção mais especificamente às sociedades bancárias, sofreu inúmeras críticas.

Um dos principais críticos foi Manoel Justino Bezerra Filho, o qual assevera que tal fator contribuiu para que ela não fosse conhecida como lei de recuperação de empresas e sim “lei de recuperação do crédito bancário”, ou “crédito financeiro” (BEZERRA, 2005, 136).

Manoel Justino Bezerra Filho conclui que ficaria extremamente difícil estabelecer uma recuperação com os equipamentos e demais bens se estes forem retirados para pagamento imediato deste tipo de operação (BEZERRA, 2005, 136).

Fábio Konder Comparato criou uma teoria do dualismo pendular do qual ora o legislador protege o devedor e ora protege o credor (COMPARATO, 1979, 102).

empresários não recuperáveis. Caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, para evitar o agravamento dos problemas e da situação dos que negociam com empresas ou empresários com dificuldades insanáveis. 5) Proteção aos trabalhadores. Os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para desempregados. **6) Redução do custo do crédito no Brasil. Conferir segurança jurídica à atividade econômica, com garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, para incentivar investimentos a custo menor nas atividades produtivas e estimular o crescimento econômico.** 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais. Simplificar, na medida do possível, as normas de procedimento para garantir celeridade e eficiência ao processo e reduzir a burocracia. 8) Segurança jurídica. Conferir às normas tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar múltiplas possibilidades de interpretação, prejudicando o planejamento das atividades das empresas e dos que com elas interagem. 9) Participação ativa dos credores. Fazer com que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, em defesa de seus interesses, otimizem os resultados obtidos, diminuindo a possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida. 10) Maximização do valor dos ativos do falido. Estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos bens intangíveis. Desse modo, os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes são protegidos e o risco das transações econômicas é diminuído, gerando eficiência e aumento da riqueza geral. 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte. Prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso das micro e pequenas empresas à recuperação. 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial. Punir com severidade os crimes falimentares, para coibir falências fraudulentas, que causam prejuízo social e econômico. Na recuperação judicial, com a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta aos credores, deve haver punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou os juízes a erro. (grifado)

Assim, é importante ponderar essas conclusões precipitadas, para tanto é imperioso observar que o artigo 49, § 3º da Lei de Recuperação judicial e Falência veda a retirada de bens de capital essenciais à atividade empresarial.

Desse modo, não são todos os bens que poderão sofrer esbulho por conta das travas bancárias.

Ainda, nesse sentido é fundamental lembrar-se do princípio enumerado pelo Senador Ramez Tabet, que um dos objetivos da recuperação judicial é recuperar empresas que se mostram recuperáveis, ou seja, viáveis.

Fabio Ulhoa Coelho estabelece que pelo fato de toda sociedade arcar com os custos da recuperação da empresa, caberia ao judiciário um critério mais rigoroso de qual empresa merece ser recuperada (COELHO, 2013, 87 e 88).

Assim, caberia ao juiz uma análise profunda, tanto na proteção dos bens essenciais ao funcionamento da empresa quanto na viabilidade da continuidade do negócio.

Dessa forma caso seja viável, a empresa devedora conseguiria superar a sua crise mantendo a fonte de emprego e pagamento dos credores.

Nessa perspectiva, existe uma teoria que é a da Divisão Equilibrada de Ônus na Recuperação, estabelecendo que todos os envolvidos nesse processo devem agir para que ocorra um resultado positivo.

Ou seja, é fundamental que todos devem assumir ônus, ficando a cargo do Judiciário a distribuição desse encargos.

A Divisão Equilibrada do Ônus na Recuperação, segundo Daniel Carnio Costa, deve ser benéfica para o devedor que continuará produzindo e conseqüentemente pagando seus credores (COSTA, 2015, 64).

Contudo, deve ser boa também para os credores que deverão receber seus créditos, mesmo que seja com a novação da dívida, podendo eliminar o eventual prejuízo a médio ou longo prazo, frisando que tudo deve ocorrer se for bom para o interesse social (COSTA, 2015, 64).

Ainda, Daniel Carnio Costa alega que o ônus aos credores só tem justificativa se houver o desenvolvimento empresarial com a geração de benefícios sociais, sendo que, empresas em recuperação judicial que não geram rendas, empregos, não pagam tributos nem circulam riquezas não devem continuar em atividade (COSTA, 2015, 64).

E concluí que o pagamento da conta pelo funcionamento de uma empresa inviável é feito por toda a sociedade e fatalmente todos acabam ficando sem produtos e serviços adequados e esse espaço seria preenchido pela empresa que não cumpre sua função social, os

credores assumirão inicialmente os prejuízos, mas certamente irão repassá-los aos consumidores (COSTA, 2015, 64).

Luis Felipe Salomão estabelece que a proteção do crédito bancário é decorrente da necessidade na viabilização da atividade empresarial, que é dependente do capital dos bancos, e o que seria preservado, acima de tudo é a economia do país (SALOMÃO, 2012, 215).

Nesse mesmo sentido, merece um grande destaque o voto do Luis Felipe Salomão na qualidade de Ministro do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.263.500/ES⁵, julgado em 05 de fevereiro de 2013.

Assim, seria ilusório acreditar que sempre o pêndulo sempre deverá pesar para a continuidade dos negócios da empresa, com a aplicação do artigo 47⁶ da Lei de Recuperação e Falências em todos os processos.

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.

Dessa forma, é fundamental observar outros aspectos da composição do valor do crédito e o risco atrelado ao seu empréstimo pelas instituições financeiras.

Nesse sentido, no item a seguir será apresentado o conceito do *spread* bancário e sua influência na formação dos juros.

⁵ Voto do Ministro Luis Felipe Salomão: “Em se tratando de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa recuperanda, embora aparente o contrário, muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância. Isso porque, se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro. Por isso a importância de que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedidas de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito de preservação da empresa. Por outro lado, em razão da importância do crédito bancário, seja para as empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional - a chamada "trava bancária" na recuperação judicial. Com efeito, até mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, não tenho dúvida em afirmar que o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao "credor titular da posição de proprietário fiduciário" a que se refere o art. 49, § 3º, da Lei, nos termos do que propugna o voto proferido pela Sra. Ministra Isabel Gallotti, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Assim, penso que é mesmo adequado se conferir uma interpretação larga às referências a bens "móveis" e "imóveis" e à "propriedade sobre a coisa" contidas na primeira parte do referido parágrafo 3º, para alcançar também os direitos creditórios, como prevê o art. 83 do Código Civil de 2002.” (REsp nº 1.263.500/ES, j. 05.02.13)

⁶ 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.

3. O RISCO DO CRÉDITO E OS *SPREADS*

Seguindo o raciocínio exposto, verifica-se que não adianta insistir em empresas não viáveis e os efeitos negativos desse processo atinge toda a sociedade que sofre pelo repasse dos prejuízos assumidos pelos credores.

Fabio Ulhoa Coelho afirma que os bancos calculam um *spread*⁷ específico por conta dos riscos associados à recuperação judicial.

Desse modo o custo dos empréstimos serão aumentados aos demais empresários que conseqüentemente repassarão esse aumento na composição do preço de seus produtos ou serviços (COELHO, 2013, 87).

E nesse sentido, é importante relembrar um dos objetivos da Lei de Recuperação e Falências é a redução do risco do crédito no Brasil.

Assim, é fundamental analisar a questão dos *spreads* para entender os fatores que estão relacionados à composição dos juros bancários.

Conforme destaca Carlos Roberto Claro, *spread* significa espalhar, contudo no âmbito financeiro é a diferença entre as taxas de juros que a instituição paga ao captar recursos e que cobra quando empresta capital (CLARO, 2009, 173).

Nos estudos de Lídia Valério Marzagão verifica-se que o *spread* da taxa de juros está relacionado ao risco e também à inadimplência (MARZAGÃO, 2005, 88).

Assim, caso haja proteção pelo sistema garantindo o direito à propriedade privada, respeito ao adimplemento contratual, estará desse modo fomentando mecanismos para o crescimento do capital que é essencial ao país (MARZAGÃO, 2005, 88).

O *spread* é definido pelo mercado, e uma das interferências em sua variação é o grau de eficiência da Lei de Recuperação e Falências, bem como do Poder Judiciário que é o responsável pela implementação (COELHO, 2013, 142).

Fabio Ulhoa Coelho destaca que a maior parte dos credores com garantia real são os bancos e assim, com a proteção conferida ao crédito dessa natureza.

⁷ Taxa de intermediação calculada como a diferença entre a taxa que os bancos pagam aos aplicadores e a que cobram dos devedores.

Desse modo, aposta-se que aumentará o volume de recuperação dos créditos cedidos as empresas e por consequência os spreads serão menores (COELHO, 2013, 162).

No mesmo sentido assevera Luis Felipe Salomão ao estabelecer que essa regra é uma máxima da *lex mercatoris*⁸, “quanto menor o risco, maior o crédito e o volume de negócios, com taxas baseadas no perigo global”(SALOMÃO, 2012, 186).

Contudo, segundo Fabio Ulhoa Coelho, não devem ser alimentadas falsas esperanças, ele ressalta a sua experiência com banqueiros e entende que não haverá redução em curto prazo.

Essa redução não ocorrerá pelo fato dos *spreads* não serem apurados somente por dados futuros e sim, também pelo passado e conclui que somente após um tempo é que a lei irá contribuir para as estatísticas que interferem na composição dos juros (COELHO, 2013, 282).

Pedro Meirelles Villas Bôas, em pesquisa realizada para dissertação de mestrado, estudou “A influência da Lei de Falências no Spread Bancário”.

O referido autor compara o Decreto-Lei 7.662/45 e a Lei 11.101/05, baseando-se totalmente em cálculos, equações e fórmulas, evidenciou que a recuperação do crédito pelo cedente se tornou mais eficiente com a nova lei (VILLAS BÔAS, 2010, 41 e 42).

Ao final destacou que a Lei de Recuperação e Falências teve um impacto sobre o *spread*, inclusive, pelo fato ser possível agora utilizar dessas análises quantitativas para verificar se existem excessos nas taxas (VILLAS BÔAS, 2010, 43).

Ainda, deve ser observado também que a Lei 4.595 de 1964 e a resolução do Bacen 1559 de 1988, item IX⁹, vedam às instituições financeiras concederem empréstimos sem a observação dos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos.

Ou seja, as instituições financeiras são obrigadas a seguirem diversas orientações e regramentos legais acerca do fornecimento do crédito, sendo assim, as cessões de créditos não são sempre realizadas de maneira aleatória.

Desse modo, ficando evidente que esse regramento se traduz na preocupação de sistema, sabendo que os efeitos de uma insolvência bancária costumam ser devastadores a toda sociedade.

⁸ *Lex Mercatória* foi uma lei desenvolvida por comerciantes na idade média.

⁹ IX - É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida.

4. WORLD BANK (BANCO MUNDIAL) – *DOING BUSINESS IN BRAZIL*

O *World Bank* realiza por meio do *Doing Business*¹⁰ diversas pesquisas fornecidas por especialistas, das quais constam indicadores quantitativos sobre as regulações do comércio e a respeito da proteção dos direitos de propriedade, que podem ser comparados por meio da análise de 190 economias.

A mais recente pesquisa do *World Bank*, o *Doing Business 2018: Reformar Para Gerar Empregos 15ª Edição*¹¹, indica uma pequena melhora no ambiente de negócios no Brasil em comparação com a edição de 2017.

Dentre os fatores que auxiliaram na melhora podem ser destacados, a reforma da Lei da Falência que contou com a colaboração do *World Bank* e a adoção de regras que facilitam empréstimos com garantias móveis.

Conforme exposto anteriormente, um dos grandes insurgentes a participação do *World Bank* na elaboração da Lei de Recuperação e Falências é o jurista Manoel Justino Bezerra Filho.

Nesse sentido ele critica o fato da instituição ter distribuído um livreto intitulado de “Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems”¹², na forma de 35 recomendações a serem seguidas pelo Congresso Nacional (BEZERRA: 2007, 4 e 5).

Ainda, Bezerra alega que há época da tramitação do projeto havia uma busca pela rapidez na aprovação em virtude de um compromisso assumido com o *World Bank* e com FMI e por tal razão queriam que a lei desse privilégio ao crédito bancário (BEZERRA, 2007, 5).

Contudo, a questão merece um olhar menos romântico e mais pragmático, o relatório mais recente divulgado pelo *World Bank*¹³, apresenta que a taxa de recuperação de crédito no Brasil é de 12,7 centavos por dólar.

Enquanto no Chile (40,8), na Bolívia (40,9), Uruguai (41,7), Jamaica (64,9) e México (67,6) e analisando os “BRICS”¹⁴ na Rússia (40,7), Índia (26,4) e China (36,9).

¹⁰ *Doing Business*, a tradução é “Realizando Negócios”, trata-se de um relatório consolidado pelo World Bank que conta com a participação de especialistas de diversos países. Disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>

¹¹ Disponível em <http://www.worldbank.org/pt/news/opinion/2017/10/31/brazil-doing-business-report-2018>

¹² Tradução literal - princípios e diretrizes para a eficácia dos procedimentos falimentares e de cobrança de dívidas.

¹³ Disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>

Ou seja, apenas comparando os índices do Brasil com países do mesmo patamar ou até mesmo mais baixo do que seu desenvolvimento, identifica-se que o índice de recuperação do crédito no Brasil é muito baixo.

É evidente que todos desejam uma cessão de recursos financeiros mais acessíveis e com taxas baixas, contudo, não adianta obrigar ao detentor do capital realizar empréstimos com juros menores sendo que o risco ainda é alto.

Para que a equação seja satisfatória a todos, é necessário que sejam priorizados mecanismos de financiamentos alternativos para as empresas em crise.

5. FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS EM CRISE

Não há como recuperar uma empresa sem capital, Tullio Ascarelli afirma que a atual economia é creditória, o crédito é o elemento que move a atividade econômica (ASCARELLI, 1999, 30).

Nesse sentido, é de conhecimento de todos que uma empresa em crise não tem condições suficientes para saldar suas obrigações e conseqüentemente seu acesso ao crédito torna-se restrito.

Isto se deve ao fato da desconfiança do mercado, assim, a empresa perde toda a capacidade de negociação com fornecedores, instituições financeiras, fisco e demais credores.

Sem o capital de giro necessário, caso uma empresa esteja em recuperação judicial, será quase improvável que haja êxito no procedimento.

Tendo em vista que a própria Lei 11.101/2005 não criou elementos robustos para captação de recursos.

Na mesma linha de raciocínio, Daltro Borges Filho explica que desde o início da lei não houve incentivos adequados para o fomento de recursos financeiros às empresas em recuperação “dinheiro novo” e também não atraiu investidores dispostos em assumir riscos (BORGES FILHO; 2015, 240 e 241).

¹⁴ Grupo derivado do acrônimo de seus membros (Brasil, Rússia, Índia, China).

Contudo, apesar das críticas, também devem ser avaliados alguns avanços nesse tema, a Lei de Recuperação e Falências, seguindo uma tendência do regime concursal norte americano estabelecido no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*¹⁵.

O diploma legal brasileiro prevê em seu artigo 60¹⁶ a possibilidade de alienação judicial de unidades isoladas ou de filiais, sendo que esses bens estarão livres de ônus e não haverá sucessão do arrematante.

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1o do art. 141 desta Lei.

Dessa forma, fica evidente que intuito do legislador ao permitir a venda de ativos da empresa durante o período da recuperação judicial é de servir como um mecanismo de apoio à empresa que está em crise.

Ainda, o artigo 67 determina que os créditos decorrentes de obrigações contraídas pela sociedade em recuperação com seus fornecedores de insumos, serviços e empréstimos, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência da empresa.

Lei 11.101/2005 (...) Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Ou seja, o objetivo fundamental desse dispositivo é auxiliar a empresa na aquisição de bens e serviços durante o período de recuperação, tendo em vista, que o fornecedor em caso de falência será beneficiado por não ter esse crédito submetido a seus efeitos.

Ademais, é importante destacar que artigo 50, XV, da Lei de Recuperação e Falências, prevê a possibilidade de emissão de valores mobiliários como meio de recuperação.

Em estudo realizado por Ilene Patrícia de Noronha Najjarian e Renata Weingrill Lancellotti, foram analisadas soluções para obtenção de crédito por meio da emissão de valores mobiliários (NAJJARIAN e LANCELOTTI, 2015).

As autoras destacam a utilização de notas promissórias comerciais (*commercial papers*) e de certificado de depósito de valor mobiliário (*Brazilian Depositary Receipt* –

¹⁵ Capítulo 11 da Lei de Falências dos Estados Unidos da América. É válido destacar que existe um mecanismo conhecido como *debtor-in-possession* “*DIP*” *Financing*, nesse contexto, a empresa continua, mesmo durante procedimento concursal em andamento, a administrar de seus bens.

BDP), considerando que a emissão desses títulos traria um tratamento equitativo aos credores de uma mesma classe (NAJJARIAN e LANCELLOTTI, 2015, 109 a 135).

Uma outra opção foi estabelecida pelo Comissão de Valores Imobiliários - CVN na instrução nº 391/03¹⁷ admitindo aos fundos de investimento em participações “FIP” aportarem recursos em empresas que estejam em recuperação judicial, devendo, contudo, as companhias adotarem práticas de governança corporativa.

Esses fundos estão devidamente previstos e regulamentados pela Comissão de Valores Imobiliários - CVM na instrução 409/04¹⁸.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente a proteção conferida pela Lei de Recuperação e Falências aos bancos foi considerada por muitos juristas como mais uma forma indevida adotada pelo legislador relacionada ao tema concursal.

Contudo, ficou evidenciado ao longo desse estudo que o benefício concedido aos bancos, desencadeia também uma blindagem aos demais seguimentos da sociedade.

Isto porque, não adianta insistir na recuperação de empresas que não conseguirão ser recuperadas e conforme ficou demonstrado, a conta acaba sendo repassada a todos.

Ademais, se for restabelecida a confiança pelo mercado financeiro com a recuperação do crédito, poderá haver empréstimos de capital com taxas mais baixas, haja vista, que o risco está incluso na composição do *spread* bancário.

Por fim, para que as empresas não sejam prejudicadas por conta de um crédito ainda elevado, o recomendado a uma empresa em crise é criação mecanismos que incentivam o financiamento alternativo por meio de investidores.

¹⁷ Art. 2o O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração. §1o Sempre que o fundo decidir aplicar recursos em companhias que estejam, ou possam estar, envolvidas em processo de recuperação e reestruturação, será admitida a integralização de cotas em bens ou direitos, inclusive créditos, desde que tais bens e direitos estejam vinculados ao processo de recuperação da sociedade investida e desde que o valor dos mesmos esteja respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada.

¹⁸ Disponível em < <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst409.html>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. Campinas: Red Livros, 1999.

BANK, THE WORD. DOING BUSINESS 2018. Disponível em <<http://www.worldbank.org/pt/news/opinion/2017/10/31/brazil-doing-business-report-2018>>. Acesso em 10 de julho de 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. 3ª ed. 2. Tir. São Paulo 2005

_____. **Empresa em crise, reforma das legislações nacionais e implementação de políticas públicas**. Palestra do autor no Congresso internacional “O Estado, A Empresa e o Mercado – Novas Tendências de Direito Econômico”. 2007. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/manoeljustino2.pdf>> Acesso em 10 de julho de 2018.

BRASIL. Agência Senado Federal. **Os princípios que orientaram Tebet na análise da nova Lei de Falências**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2004/04/14/os-principios-que-orientaram-tebet-na-analise-da-nova-lei-de-falencias-360822899>>. Acesso em 27 de abril de 2018.

BORGES FILHO, Daltro de Campos. A eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial. In: CEREZETTI, Scheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez anos da Lei nº 11.101/2005 - Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência**. Almedina. 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. Ed Renovar, 7ª ed. 2015.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas – 9. ed.** – São Paulo Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sergio Mourao Correa. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. Forense. 2009.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos**. Cadernos Jurídicos, v. 16, n. 39. Escola Paulista da Magistratura (EPM): São Paulo. jan./mar. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101592/reflexoes_processos_insolvencia_costa.pdf>. Acesso. 06/07/2018.

LUCCA, Newton De; VASCONCELOS, Miguel Pestana De. (Coordenação). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. Estudos Luso-Brasileiros – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial / Atual**. Carlos Henrique Abrão – 37. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARZAGÃO, Lídia Valério. Capítulo II. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** – Doutrina e Prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p. 88.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha e LANCELLOTTI, Renata Weingrill. Capítulo V. In: LUCCA, Newton De; VASCONCELOS, Miguel Pestana De. (Coordenação). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. Estudos Luso-Brasileiros – São Paulo: Quartier Latin, 2015, p, 109 a 135).

SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência**. 1ª ed. 2ª tiragem. 2012

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VILLAS BÔAS, Pedro Meirelles. **A Influência da Lei de Falências no Spread Bancário**. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Economia de São Paulo. 2010. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5908/66060100160.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2018.