



Henrique Ricci: Suportar trava é condição para viabilidade da empresa

No sistema capitalista de produção a ascensão econômica e a quebra do empresário são situações inevitáveis. São os dois lados da moeda, assim como o lucro e o prejuízo.

O estado não fica alheio a tal realidade, apropriando-se de parte do lucro, através da tributação, e regulando a situação de crise econômico-financeira do empresário (sociedade ou individual). Atualmente, essa regulamentação é feita, em especial e principalmente[1], pela Lei 11.101/2005.

Se o devedor é insolvente (e aqui uso a expressão no sentido de insolvência econômica e não a insolvência jurídica do devedor empresário[2]) significa que o mesmo não dispõe mais de viabilidade, razão pela qual a falência é a única opção, até como uma forma de proteção do mercado (fornecedores, clientes, instituições financeiras, fisco, etc.). Assim, por mais que a quebra do empresário não seja algo desejado, é ela inevitável, e a única alternativa, tratando-se de empresa (atividade econômica) inviável.

Vale lembrar que, em última análise, quem arca com os prejuízos gerados por devedores empresários insolventes são os consumidores e contribuintes, já que de forma irremediável tais perdas são repassadas a eles. Por isso, a proteção não é apenas dos credores, mas também da própria sociedade contribuinte e consumidora, que suportará as perdas decorrentes da falência. Ademais, enquanto mais tempo se protelar a quebra do empresário inviável, maiores serão os prejuízos gerados.

Repito: é óbvio que não é algo querido, mas trata-se de situação inevitável no sistema capitalista, como disse na primeira frase do texto.

Já ao empresário em crise, mas que ainda é viável, pela sistemática atual, são previstos os procedimentos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial de empresas, incidindo, no caso, o princípio da preservação da empresa (que deveria ser chamado, para evitar especulações, de “princípio da preservação da empresa viável”)[3]. Já ao devedor inviável é reservado o processo falimentar.

Em suma: do estado de insolvência jurídica decorre a presunção de insolvência econômica. Sendo o empresário insolvente do ponto de vista econômico, significa que o mesmo não dispõe mais de viabilidade, razão pela qual, a única alternativa, até como meio de proteção da própria sociedade consumidora e contribuinte, é a falência.

Porém, tal presunção é relativa, eis que a Lei 11.101/2005 criou mecanismos para afastá-la.

Um deles é o depósito elisivo, previsto no parágrafo único, do artigo 98. Quem é impontual injustificadamente é presumidamente insolvente, eis que, em princípio, não dispõe de recursos para arcar com seus compromissos. Caso o devedor, citado no processo falimentar, efetue o depósito no prazo da contestação, essa presunção (de insolvência econômica) fica afastada, pois, em tese, caso fosse insolvente não disporia de recursos para tanto.

O mesmo ocorre se, no prazo da contestação no processo falimentar, o devedor requerer sua recuperação



judicial, nos termos do artigo 95, da Lei 11.101/2005. Neste caso, atendidos os requisitos para pleitear a recuperação judicial[4], igualmente a presunção de insolvência econômica é afastada, passando a ser competência da assembleia-geral de credores a análise de viabilidade do devedor.

Contudo, não basta o preenchimento dos requisitos dos artigos 48 e 51, da Lei 11.101/2005, para que a viabilidade do devedor empresário reste caracterizada. O que o artigo 95 faz, é transferir essa competência (análise da viabilidade) para a assembleia-geral de credores. Assim, independentemente de a recuperação ter sido movida através de demanda autônoma, ou requerida no prazo da contestação no processo falimentar, a submissão aos artigos 48 e 51, da Lei 11/101/2005, somente garante o processamento da recuperação, e não sua concessão[5].

Enfim, o tema é muito mais amplo do que isso, mas para os propósitos do presente artigo, fui até além do que deveria...

Confesso que quando iniciei a escrever este texto a ideia era falar a respeito da recentíssima decisão do Superior Tribunal de Justiça[6], que confirmou que os créditos garantidos por alienação fiduciária de recebíveis não estão sujeitos aos efeitos da recuperação, mas, não apenas falando desta decisão, mas também a comentando, a questão que se coloca é: o que é uma empresa viável?

A recuperação judicial é uma ferramenta processual colocada à disposição do empresário em crise. Não é uma *conditio sine qua non* para reestruturação do empresário, assim como não é uma garantia de que o empresário irá se reerguer. É o processo de recuperação judicial, uma tentativa de reequilíbrio, com uma série de mecanismos à disposição do empresário[7]. Trata-se de um excepcional benefício colocado às mãos do devedor empresário. Se o empresário que obtém tal benefício irá ou não superar a crise, só o tempo e o mercado para dizer.

Deferida a petição inicial da recuperação judicial (seja por meio de demanda autônoma ou através de incidente apresentado no prazo da contestação no processo falimentar), em regra, todos os créditos constituídos até a data do pedido estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, mesmo que não vencidos.

“Em regra” porque, além do passivo fiscal, outros créditos também não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial (parágrafos 3.º e 4.º, do artigo 49, da Lei 11.101/2005). Em sala de aula, normalmente, os alunos me questionam: “mas por que a não sujeição professor?” Simples, por uma opção do legislador.

Ter seu crédito submetido aos efeitos da recuperação significa sofrer restrições sobre o mesmo. No mínimo, equivale a não poder exigí-lo entre a data do pedido e a da concessão da recuperação, período[8] em que, via de regra, as pretensões contra o devedor ficam suspensas. Isso sem contar a dilação no prazo e o deságio, que certamente serão propostos no plano[9].

Ser credor não sujeito, portanto, é um benefício, não há dúvida, e tal benefício foi uma opção política, uma opção do legislador, ao editar a Lei 11.101/2005. Entendeu ele que “*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*”



”, bem como o credor de adiantamento a contrato de câmbio e o fiscal, devem gozar de tal privilégio (não ser sujeito aos efeitos da recuperação).

Quando chega ao Judiciário uma discussão envolvendo a sujeição ou não de tais credores aos efeitos da recuperação, não compete ao Judiciário dizer se tal situação é boa ou ruim, viola ou não o “espírito da Lei 11.101/2005” (como se lei tivesse espírito!). Sua competência constitucional é para analisar a validade ou não de tal opção, assim como sua vigência e o seu âmbito de incidência.

Se essa realidade não é uma boa opção de política pública para o país, deve o legislativo alterá-la, porque, ao Judiciário, tal missão não é atribuída. Aprofundei-me mais a respeito, quando falei da não sujeição dos ACC’s aos efeitos da recuperação, em [artigo](#) publicado aqui na **ConJur**.

Insisto: a aplicabilidade ou não da Lei 11.101/2005 não pode ficar adstrita à simpatia ou antipatia do magistrado, com o crédito bancário (ou qualquer outro que seja). O legislador optou por tal proteção e ela somente pode deixar de incidir caso seja inválida, ou em virtude das regras próprias de aplicabilidade da legislação (“lei posterior revoga anterior”, “lei especial revoga a geral naquilo que for específica”, etc).

Assim, a chamada “trava bancária” — expressão retórica que revela o ânimo em relação ao crédito bancário — deve prevalecer, salvo as situações acima descritas. Aliás, embate semelhante foi travado quando a Lei 10.931/2004 criou a cédula de crédito bancário, definindo-a como título executivo extrajudicial. Na época foram levantados argumentos similares, no sentido de dizer que se tratava de benefício despropositado e que ela não poderia ser considerada título. Porém, há alguém mais legitimado para “dizer” o que é ou não título executivo, se não o legislador? E o Judiciário, o que pode fazer?

A mim, ao Judiciário compete declarar, se for o caso, que o artigo 28, da Lei 10.931/2004 é inconstitucional. No mais, quem não conforma com tal opção política deve pressionar o Poder Legislativo para eventualmente alterar o Direito posto.

Por isso, penso ser correta a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que confirmou aquilo que, para mim, já parecia absolutamente óbvio: os créditos disciplinados nos parágrafos 3º e 4º, do artigo 49, da Lei 11.101/2005, não se sujeitam aos efeitos da recuperação.

Dito isso, volto à pergunta feita acima: o que é uma empresa viável?

Viável é a empresa que, adotando meios lícitos de recuperação [\[10\]](#), tem condições de se reestruturar, seja em virtude de sua importância econômico-social (local, regional, nacional), de seu ramo de atividade, do volume do ativo e do passivo, da espécie de crise enfrentada, de seu porte econômico, etc. — lembrando que quem avalia a viabilidade é a assembleia-geral de credores.

Além disso, viável, segundo a Lei 11.101/2005, é o empresário que tem condições de arcar com o passivo não sujeito. Não adianta o empresário requerer a recuperação hoje e, no mês seguinte, não conseguir custear sequer sua folha de salários ou as tarifas públicas.

O mesmo se diz em relação aos créditos não sujeitos constituídos antes do ajuizamento da recuperação.



Caso eles sejam de tal monta, que empresário não consiga suportá-los, infelizmente, não dispõe ele de viabilidade.

Em certa recuperação da qual tive a oportunidade de participar, o plano de recuperação estava pautado quase que exclusivamente em cima da receita que seria gerada com o transporte de grãos (do interior ao Porto de Paranaguá). Porém, praticamente toda a sua frota de caminhões estava alienada fiduciariamente a uma instituição financeira, que já se encontrava, inclusive, com ação de busca e apreensão em estágio avançado. Neste caso, infelizmente, a Lei 11.101/2005 não é remédio para a crise, eis que ela não estende os efeitos da recuperação sobre os contratos cujos caminhões garantiam e, se tal empresário não encontrar solução de mercado, a alternativa é a falência.

Não é a Lei 11.101/2005 solução para todos os males, um antídoto para toda e qualquer espécie de crise. Somente às empresas viáveis é reservado o procedimento da recuperação judicial, e a definição de viabilidade do empreendimento é definida e conformada, também, pelas eventuais limitações impostas pela Lei 11.101/2005.

[1] Em especial e principalmente, porque nem todo empresário está contido no âmbito de incidência da Lei 11.101/2005. A lei, em seu artigo 2.º, afasta expressamente de sua aplicação alguns empresários; normalmente, em virtude de disporem eles de regime jurídico peculiar. Assim, v.g., a tentativa de superação da crise de uma operadora de plano de saúde, não poderá ser feita via “processo de recuperação judicial”, mas, sim, através de intervenção da Agência Nacional de Saúde.

[2] Insolvência jurídica do devedor empresário é caracterizada por uma das situações previstas no artigo 94, incisos I, II e III, da Lei 11.101/2005. Já a insolvência econômica, em apertadíssima síntese, é representada pelo déficit patrimonial, ou seja, o fato de o empresário ter o passivo maior que o ativo.

[3] Isso porque, reconhece o legislador que a empresa tem uma função social a cumprir, sendo assim, é digno que se tenha um sistema jurídico-processual que vise a reestruturação. A propósito, sobre o tema “função social da empresa”, aqui mesmo na **ConJur**, publiquei [artigo](#) a respeito.

[4] Em sua maioria, previstos nos artigos 48 e 51, da Lei 11.101/2005.

[5] Comumente confundidas, a decisão interlocutória que defere o processamento da recuperação judicial (artigo 52, da Lei 11.101/2005) tem conteúdo e efeitos completamente distintos da sentença que decreta a recuperação (artigo 58, da Lei 11.101/2005).

[6] REsp 1.263.500/ES.



[7] Reorganização societária; alteração de objeto; reestruturação do passivo; esses são apenas alguns dos inúmeros meios de recuperação judicial dispostos de forma exemplificativa no artigo 50, da Lei 11.101/2005. Porém, no cotidiano forense, o que tem sido visto é planos feitos sem levar em conta as peculiaridades do devedor que pleiteia a recuperação, restringindo-se eles a dispor a respeito de moratória e deságio.

[8] Período que, segundo a Lei 11.101/2005 (artigo 6.º, § 4.º), não pode superar 180 dias.

[9] Dilação e deságio fazem parte do “jogo” da recuperação e, desde que não sejam abusivos, são instrumentos lícitos. A propósito, [texto](#) publicado aqui na **ConJur** a respeito.

[10] E a Lei 11.101/2005, como disse acima, tem um rol exemplificativo a respeito.

Date Created

26/02/2013