® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

O modelo contratualista da recuperação judicial e a fraude em sua experiência pretérita

Ilan Presser *

Como citar este artigo: PRESSER, Ilan. O modelo contratualista da recuperação judicial e a fraude em sua experiência pretérita. Disponível em http://www.iuspedia.com.br 26 fev. 2008.

1. Introdução

A proposta deste artigo não é a realização de escorço pela História Geral, com a apresentação, por exemplo, das semelhanças dos problemas do Direito Concursal hodierno com o pactum ut minus solvatur do Direito Romano.

Tal se dá não apenas pela limitação de extensão do trabalho, mas tendo em vista que quanto maior a alteração de espaço e tempo, a realidade e a lógica de ação dos agentes econômicos são em maior grau distintas. Isto abstraindo-se a dificuldade da colheita de materiais confiáveis.

E mesmo que os conseguíssemos, a interpretação das fontes seria influenciada por nossos valores, tornando, para o tema enfrentado, pouco útil o exercício.

Por tudo isso, acreditamos em que, diante de necessidades e problemas diametralmente opostos, pouco contribui para o estudo do tema, saber de que maneira era resolvida a problemática da crise das empresas no passado remoto.

Assim, tratar-se-á, doravante, tão somente da História do Brasil independente, para subsidiar a problematização sobre efeitos futuros do regime escolhido em 2005, diante da verificação dos fatos passados.

2. Contratualismo e Processualismo

Com efeito, apesar de que a universalização padece do vício da simplificação, Fábio Konder Comparato forjou feliz expressão, às opções legislativas concernentes ao regime falimentar, classificando-nas de acordo com um dualismo pendular, ora oferecendo mais poderes aos credores, ora protegendo o devedor[1] .

Podemos, no entanto, aproveitar a expressão, para a dicotomia, mais relevante para o tema ora estudado, de que ora adquire-se feição mais contratualista, dando mais relevância ao elemento econômico, como a Lei de Recuperação de Empresas, e ora há tendência processualista, liquidatária solutória à revelia do cabedal econômico, como o Dec Lei 7661/45.

A dualidade da natureza jurídica possível para o instituto foi fruto de polêmica no Brasil, em que sobejaram, em cada um dos pólos, dois dos maiores falencistas da História do país: Trajano Miranda Valverde, que advogava posição processualista[2] e Carvalho de Mendonça[3] , postura contratualista.

O embate entre ambos modelos, à saída da empresa do estado de crise, inegavelmente, pende, corretamente, em função das necessidades hodiernas, com a lei 11.101/05, à contratualização.

3. A fraude e a atitude judicial

Antes do Dec. Lei 7.661/45, ainda que todos os diplomas utilizassem o vocábulo concordata, substituído em 2005 pela recuperação judicial, podemos distinguir quatro momentos para o regime falimentar brasileiro: o Código Comercial de 1850 [4], o Regime do Decreto Republicano 917 [5] de 1890, a reforma falencial de 1902 [6] e a Lei 2.024 de 1908[7] .

Decorre do exposto pela doutrina terem todos modelos, anteriores ao diploma de 1945, feição contratualista, e a causa eficiente comum de seu fracasso foi a atávica presença da fraude.

A utilização do processo contra seus fins, de superação da crise empresarial, foi em muito creditada à presença tímida do juiz no processo, razão pela qual, teme-se, a consolidação da idéia de que o magistrado deve assumir feição minimalista no processo de recuperação.

Ressalve-se, apesar da obviedade, a importância de se levar em conta que a realidade temporal dos diplomas anteriores a 1945 era diversa.

Desse modo, apesar de a fraude ainda ser um mal que aflige o país e, portanto, merecer preocupações para sua extirpação, não se deve, inelutavelmente, prognosticar, em feição determinista, o seu agouro para o novo regime de recuperação de empresas.

No entanto, revela-se essencial atuação fiscalizatória do juiz especialista no tema[8] .

4. O contexto do decreto-lei 7661/45

Como uma reação aos diplomas anteriores emergiu o Decreto-Lei de 1945, em momento bem distante da atual realidade brasileira: havia parca população, e perfil eminentemente agrícola.

O sistema era aparelhado com natureza menos contratualística, e mais processualística, com os holofotes voltados para o juiz [9], que concedia o "favor legal" da concordata, com seu prudente arbítrio.

Todavia tal modelo, que à contenção da fraude, sacrificava toda racionalidade econômica do instituto, nem mesmo evitá-la conseguiu, com a proliferação da indústria das concordatas[10] .

5. As dificuldades da uniformização legislativa

Desse modo, embora positivo seguir a tendência mundial de reforma nas legislações falimentares, dotada de inspiração basilar no regime norte-americano, e em soluções apresentadas por postulados e diretrizes recomendados por organizações internacionais, como o Banco Mundial e a Uncitral, cumpre ter cautela para que não se verifiquem novamente os defeitos do passado.

Note-se que a própria doutrina norte-americana, amadurecida diante da consagrada prática do contratualismo do Chapter Eleven do Bankruptcy Code, promove críticas a uma compreensão expansiva da desjudicialização [11].

Ressalte-se, para além de convergência nas conclusões da doutrina comparada, serem a realidade econômica, a cultura, as necessidades e as soluções dos países centrais diversas.

Muito embora a alteração temporal, em relação às cinco fases anteriores à Lei 11.101/05, também sugira um Brasil distinto - e abstraíndo-se os temperamentos de parte da doutrina norte-americana - não se pode crer na importação de uma panacéia à resolução de nossos problemas na superação de crises empresariais.

Por isso, alerta-se à exaustão a dificuldade inerente ao trato de objetos com variáveis distintas [12], cujo alcance escapa à mera análise legislativa, porque a interpretação literal mostra apenas "a ponta do iceberg".

Não se nega trazer o fenômeno de uniformização legislativa vantagens como a redução de barreiras à circulação de pessoas, mercadorias e capitais, além de assegurar aos agentes econômicos a desejada segurança jurídica, credibilidade, celeridade e previsibilidade.

No entanto, adverte-se que embora seja a lei redigida de maneira semelhante a um modelo estrangeiro, cumpre, diante das idiossincrasias tupiniquins, ao interpretá-la esforçar-se para obstar a reiteração de um problema que permeou todos os regimes brasileiros para lidar com empresas em dificuldades.

6. A tendência judicial

Ressalve-se que o viés de interpretação e aplicação da recuperação judicial vem de encontro à posição aqui defendida. O juiz segue passivamente a manifestação da regra da maioria pelos credores em Assembléia.

Não se nega que a regra deva ser justamente a concessão da recuperação para planos aprovados em Assembléia.

Entretanto, dois casos emblemáticos chamam a atenção para os perigos do desprestígio do instituto pelo seu caráter excessivamente liberal: Avestruz Master e Vasp.

A empresa Avestruz Master - a primeira recuperação judicial concedida em Goiânia – teve diante da aprovação do Plano pelos credores a chancela o Plano, pelo juiz, em maio de 2006, para em julho do mesmo ano, decretar a falência da empresa [13].

Além disso, há, a recuperação da Vasp, em que foi aprovado um Plano à retomada de atividades em meados de 2007, o que não foi cumprido [14].

Ora, estes dois exemplos são a concretização do censurável modelo liberal de Cairu, em contraposição ao de Hamilton [15], e só servem para desvalorizar os ativos e, assim, tornar ineficiente a retirada de empresas inviáveis do mercado.

7. Conclusão

Dimana, portanto, a partir da análise das cinco fases legislativas identificadas a constante presença da fraude no processo de superação das dificuldades empresariais.

E, optou-se em 2005 justamente por um modelo contratualista em que esta encontra solo fértil.

Embora o jurássico modelo de 1945 estivesse ultrapassado e inapto para os desafios atuais não se pode negar, a partir da História do Brasil, que a recuperação judicial trouxe um caldo de cultura favorável para a prática da fraude.

Apesar de não ser a tendência jurisprudencia, tal problema pode ser contrabalançado com uma interpretação salomônica pelos juízes, em que sejam pari passu prestigiadas as vantagens da uniformização legislativa sem serem descuraradas as peculiaridades e necessidades locais.

1. Aspectos Jurídicos da Macro-empresa, São Paulo, RT, 1970, p. 98 "Em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento" Também, na década de 20 Spencer Vampré tratava desta dualidade"Podemos dizer que toda a legislação de fallencia oscilla entre esses dois extremos. Ou tudo confiar á actividade e vigillancia dos credores, ou restringir-lhes os direitos, alargando a esfera dos representantes do Poder Público (Juizes e Curadores

Fiscaes). O primeiro systema, para o qual pende visivelmente a nossa legislação , repousa sobre princípio verdadeiro - o de que os interessados directos na fallencia melhor defendem seus direitos e interesses do que funccionarios judiciaes; mas abre margem a gravíssimo perigo - a introdução de credores fantásticos, de testas de ferro ou homens de palha, cujos actos e votos disvirtuam a pervertem todo o processo.." Spencer Vampré, Repertório Geral de Jurisprudência - Doutrina e Legislação - Da Fallencia e da concordata, v. I, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1925, p. XIX

2. O autor não apenas advoga a posição processualista, mas também diz que sempre, e portanto, inclusive antes da LRE, quando o instituto apesar da feição contratualista, também era denominado concordata, o juiz tinha papel relevante quando do juízo de admissibilidade da fase executória "A conceituação da concordata como um contrato processual tem sobre as teorias contratuais até agora examinadas a vantagem de haver salientado o valor do proceso judicial, em que se desenvolve a concordata. Mas apresenta, pelo lado contratual as mesmas fraquezas das anteriores, já porque a força extensiva da concordata aos credores que não participaram do concurso, já porque relega a decisão judicial para um plano secundário, de mera polícia, quando, e na verdade, desde o alvorecer do instituto sempre constituiu essa decisão o elemento indispensável para a obrigatoriedade da concordata em relação a todos os credores" (grifo nosso) Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, v. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 235 e 236. Também J.C. Sampaio de Lacerda, Manual de Direito Falimentar, 13. ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, p. 245 Ao comentar a teoria processual sob a égide do Dec Lei 7661-45"Somos inteiramente favoráveis ao sistema seguido pela nossa lei atual, embora com algumas ressalvas, principalmente no que diz respeito à não-obrigatoriedade de garantias."

3. J.X Carvalho de Mendonça, v.8, n. 1068 "Certo é que a concordata se apresenta como contrato especial, estabelecendo ao mesmo tempo obrigações diretamente derivadas da convenção para os que a realizam e obrigações ex lege para os abstinentes, ou dissidentes em minoria"

4. " Durante os 40 anos em que vigorou a legislação falimentar do Código, cujo processo, por demasiado lento, oneroso, não satisfazia aos interesses do comércio, não defendia suficientemente o crédito, críticas e projetos de Reforma não faltaram. Os defeitos não seria, tanto da lei, mas do modo por que era executada, falseada, como em regra toda a lei de falência, por aqueles mesmos a quem ela procura proteger." Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.9

5. " A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação de falência, pelo emprego dos meios preventivo; a autonomia excessiva dos credores, e sobretudo, o afastamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiravam, concorreram para o descrédito do Dec. nº 917." Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.9 "A fraude só não seria punida se os maiores interessados com ela pactuassem. E foi, infelizamente, o que, com o tempo, sucedeu, e acontecerá sempre, fugindo os conluiantes aos rigores da lei, se se conceder aos credores demasiada autonomia na organização falimentar."p.10 "Uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas, que os ardilosos artifícios conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos." Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.10Campos Sales Ministro da Justiça citado por Waldemar Ferreira "às dúvidas sobre o característico legal da cessação de pagamentos e insolvência, natureza comercial das dívidas, classificação dos créditos, separação do patrimônio individual e social, acresciam as queixas de fraudes nas concordatas, de óbices opostos pelo moroso processo criminal ao contrato de união, da insuficiência de fiscalização, falta de garantias na administração das massas e no julgamento dos falidos." Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, v. 14, São Paulo, Saraiva, 1965, p.35 "Entrando em vigência, mal aplicado em época de crise considerável - a chamada do encilhamento, a lei falimentar provocou os mais sérios

reparos, no comércio e no foro. A cedência de bens e a concordata extrajudicial, como meios preventivos da quebra ensejaram fraudes desabusadas." O processo de escolha dos síndicos provisórios contribuiu para aumentar os males. As críticas foram as mais acerbas e as queixas as mais justificadas. Movimentaram-se os comerciantes e os advogados. Projetos extraparlamentares elaboraram-se. Clamor quase unânime exigia que a lei nova coibisse os abusos, que tanto prejudicavam ao crédito particular e ao público." Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, v. 14, São Paulo, Saraiva, 1965, p.39

6. Sá Vianna citado por Waldemar Ferreira:

"Cedendo à contingência das coisas humanas, a Junta não pôde evitar o pessoal cúpido de lucros e negociatas clandestinas e cumpriu a disposição legal como pôde, considerando que tudo era relativo e podia ser atendido ou não segundo o ponto de vista adotado." Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, v. 14, São Paulo, Saraiva, 1965 p.41

"Mais infeliz não poderia ter sido a Reforma de 1890, e mostramos, em os ns. 42 a 45 do 7º volume, deste Tratado, os clamores que a esse respeito surgiram.A Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, aboliu a moratória e a cessão de bens, conservando a concordata preventiva, mas regulamentou-a, de modo a dar entrada à mais deslavada fraude. Não houve melhora no estado de coisas, estabelecido no Dec. nº 917; ao contrário, talvez se tornasse mais fácil a obtenção de indecorosos conchavos, sob o nome de concordata preventiva."J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. 8, 7ª ed, São Paulo, Freitas Bastos, 1962, pp.487-488

7. "A previsão não falhou. A realidade veio confundir os teimosos. A autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação, era, para nós, a causa primordial dos males de que se queixava o comércio. Os seus membros confessavam-se incapazes para cercear a fraude que se infiltrava na classe, com a qual não raro pactuavam, - sejamos justos - por complacência, amizade ou inércia. Punham de lado o seu interesse, e a lei, que os protegia,

porque era preciso servir ao pedido de um amigo ou alguém de peso." Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.11

"Ensejou deturpações e fraudes, que simples retoques de textos e de institutos podiam afastar. Isso mesmo notou J.X. Carvalho de Mendonça, ao asseverar que ela precisava de reforma, indicando pontos que reclamavam urgentes modificações, uns por minados pela chicana e pela fraude, outros por mal aplicados pelo Poder Judiciário; e ademais pela necessidade de regular os casos novos, surgidas das relações jurídicas de caráter mercantil." Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, v. 14, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 43

8. Nesse sentido, se não houve recuperação informal junto ao mercado é necessária a existência de um "bom sistema judiciário" pelo Guia de Boas Práticas e Princípios de Reestruturação, Falência e Recomeço da União Européia, p.6 "Os sistemas devem prever uma opção de reestruturação. É necessário um bom sistema judiciário para determinar quais as empresas que têm hipóteses de sobrevivência, devendo prever-se o tempo e os meios suficientes para conseguir uma reestruturação bem sucedida"

9. Silva Pacheco, Evolução do Processo Civil Brasileiro, 2 Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 236 "Vê-se, desse modo, em que conjuntura apareceu o referido decreto, em nosso país, que somente tinha um pouco mais de 40 milhões de habitantes, com a metade deles na zona rural, apresentando um perfil essencialmente agroexportador. Não obstante os nomes dos ilustres membros da comissão nomeada para redigir o anteprojeto, somente se destinava aos comerciantes, a maior parte, ainda, sob o regime de firma individual, sendo incipiente a organização societária, sob a égide do Dec. Lei 2627 de 1940, cujo art. 2 já a previa como podendo ter por objeto qualquer empresa de fim lucrativo, que, nesse caso, seria sempre mercantil. Em face da incipiência do público-alvo, e das concepções estatizantes da época, que influenciavam os estudos processuais, foram direcionados todos os processos concursais para o juiz-estatal, desconsiderando ajustes entre credores e devedores."

10. "A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude de inescrupulosos. As autoridades, permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o país, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional" "No momento se fala da reforma da Lei 6.024/74, que regulou a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras. Mas, não se alude, é sintomático, de revisão da Lei de Falências, de 1945, como se só as instituições financeiras estivessem embaraçadas com as fraudes econômicas. O que defendemos, nesse setor, é o saneamento da atividade econômica, sobretudo para a contenção das fraudes das empresas insolventes. Não desejamos solução setorial, mas um sistema jurídico que englobe todo o problema, desde as pequenas às grandes empresas." Rubens Requião, Aspectos Modernos de Direito Comercial, 2 Vol., Capítulo X, Direito Falimentar, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 130 Ou ainda "outra deveria ter sido o cuidado do legislador para evitar a facilidade com que devedores inescrupulosos solicitavam o favor da concordata preventiva. E foi o que ocorreu entre nós. Inúmeros pedidos de concordata preventiva deram entrada em juízo com o firme propósito de protelar a declaração de falência, permitindo, com a demora ao concedê-lo, através de embargos propositais interpostos por credores supostos, o desvio de bens e mercadorias, em prejuízo dos credores(...)Bastante será, portanto, procurar-se uma solução para evitar essa industrialização de concordatas preventivas." J.C. Sampaio de Lacerda, Manual de Direito Falimentar, 13. ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, p. 245

11. "Despite its prior intent, Congress amended Par. 105 of the Code in 1986 to authorize the bankruptcy court to take any action and make any determination necessary to enforce a court order or rule or to prevent an abuse of process on a sua sponte basis. Harvey R. Miller, The Changing Face of Chapter 11: A Reemergence of the Bankruptcy Judge as Producer, Director, and Sometimes Star of the Reorganization Passion Play, American Bankruptcy Law Journal, 69/431, 1995, p. 434

Notwithstanding the foregoing, reported decisions have repeatedly noted that bankruptcy courts have inherent powers in a variety of situations. According to these cases a bankruptcy judge has inherent power to sanction parties, enforce a settlement, issue an injuction, direct disbursement of registry funds, set aside illegal assignments, reconsider an interlocutory order, review the actions of a state court and enjoin further proceedings, punish an abuse of process, dismiss a case, correct mistakes and errors, hold a party in contempt, suspens or disbar attorneys, control the court´s dockets, preserve the court´s integrity and insure that the court accomplishes the legislative purpose, and deny compensation to attorneys employed during a bankruptcy case. Alan Ahart, The limited scope of Implied Powers of a Bankruptcy Judge: A Statutory Court of Bankruptcy, not a Court of equity, American Bankruptcy Law Journal, 79/1, p. 4 e 5

12. Tulio Ascarelli, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, p. 48, São Paulo, Saraiva, 1945 "O mesmo problema poderá, por seu turno, ser, juridicamente, formulado de modo diverso; será diversa a sua formulação consoante a diversidade do ambiente, os precedentes históricos, o fato de ser, o respectivo direito, codificado ou não codificado, a diversa organização jurisdicional e a diversa importância da jurisprudência, a diversidade da constituição social e política e assim por diante"

13. A recuperação da indigitada empresa foi concedida em maio, pelo juiz da 11 Vara Cível de Goiânia, Carlos Magno Rocha. Menos de 3 meses depois houve decretação de falência já que foram constatadas diversas irregularidades praticadas antes e depois da concessão da recuperação judicial. Note-se que desnecessária era a prolongação da agonia da companhia, cujo objeto social restava claramente inviável. No presente caso, a recuperação serviu à prática de mais irregularidades pelos controladores da companhia, e portanto, mais perdas para os credores. Aliás, nem argumente-se que a paralisação das atividades é pior, já que em decorrência do princípio da preservação do ativo, nesse caso não houve encerramento das atividades da empresa, cujas atividades e cumprimento de contratos seguem à preservação do ativo da massa falida, de acordo com o artigo 75 da LRE, em que se encerra a empresa de maneira empresarial. Outro caso em que o funcionamento das atividades é necessário à arrecadação dos ativos à a falência da Barramar, em que a paralisação retiraria

o valor a que os credores fazem jus. Portanto, a maniqueísta dicotomia de que uma vez quebrada a companhia ela é lacrada, e funcionando pode se reerguer é meia-verdade e o juiz deve temperar o melhor para os agentes envolvidos, que nem sempre será coincidente com um Plano aprovado.

14. A VASP realizou em 26 de julho de 2006 uma assembléia de credores, quando foi aprovado o plano de recuperação da empresa, com previsão de retomar as atividades com cargas e passageiros dentro de um prazo de 8 a 10 meses, com 12 novas aeronaves, adquiridas por meio de leasing. O juiz "concedeu a recuperação", no dia 24 de agosto de 2006, afirmando a empresa retomar suas atividades dentro de um período de 8 a 10 meses. O que não aconteceu e não deve ocorrer.

15. Celso Furtado, Formação Econômica do Brasil, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1975, p. 101 "Nada é mais ilustrativo dessa diferença do que a disparidade que existe entre os dois principais intérpretes dos ideais das classes dominantes nos 2 países: Alexander Hamilton e o Visconde de Cairu, Ambos são discípulos de Adam Smith, cujas idéias absorveram diretamente e na mesma época na Inglaterra. Sem embargo, enquanto Hamilton se transforma em paladino da industrialização, mal compreendida pela classe dos pequenos agricultores norte-americanos, advoga e promove uma decidida ação estatal de caráter positivo – estímulos diretos às indústrias e não apenas medidas passivas de caráter protecionista – Cairu crê supersticiosamente na mão invisível e repete: deixai fazer, deixai passar, deixai vender"

* Bacharel em direito formado pela Universidade de São Paulo

Disponível em:
http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080225100724383 .
Acesso em: 14 agosto 2008.