

# Atualidades

## O ESTADO, A EMPRESA E O MERCADO – NOVAS TENDÊNCIAS DE DIREITO ECONÔMICO E COMERCIAL<sup>1</sup>

### Empresa em crise, reforma das legislações nacionais e implementação de políticas públicas. O direito a serviço do mercado?

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO

O direito está a serviço do mercado? Começando pelo último questionamento do título deste segmento, e tendo em vista estar o evento de hoje voltado para a nova legislação falimentar brasileira, melhor simplificar e tornar mais direta a questão, reformulando-a para perguntar se a nova Lei de Recuperação e Falências está a serviço do mercado. Reformulada a questão nestes termos, necessário também é que desde logo fique fixado que, neste momento histórico, pelo menos no Brasil – talvez no mundo todo –, o poder determinante no mercado é o poder do capital financeiro, dos banqueiros em geral, que quase tudo podem e que tudo conseguem, pelo menos em termos de resultados legislativos decorrentes das pressões exercidas sobre Câmaras e Senado, no que têm sempre contado com o auxílio, direto ou encoberto, do Poder Executivo.

O Poder Judiciário, limitado no seu âmbito de atuação pelas leis ditadas pelo

Legislativo, às vezes tem tentado apresentar uma certa resistência, tênue e esparsa, que se espera possa vir a se tornar mais efetiva, contra o predomínio absoluto dos interesses do setor financeiro. Pince-se como exemplo, a última manifestação do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 2.591, Relator o Ministro Eros Grau, e decidir que os negócios bancários estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, embora ressalvando ao Banco Central a definição da taxa de juros das operações.<sup>2</sup> Se o STF tivesse decidido de forma contrária, teria liberado talvez as últimas amarras que ainda podem se contrapor às pressões para a busca do lucro a todo e qualquer custo. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como exemplo desta tentativa de regramento da desordem

2. Ementa: “Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/1988. Art. 170, V, da CB/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia (art. 3º, § 2º, do CDC). Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. (...)”.

1. Palestra do autor no Seminário Internacional “O Estado, a Empresa e o Mercado – Novas Tendências de Direito Econômico”, patrocinado pela Faculdade de Direito da USP, coordenado pelos Profs. Eros Roberto Grau, Diego Corapi e Paula A. Forgioni, com a participação de professores italianos e brasileiros.

na busca do lucro, podemos trazer como exemplos as Súmulas 30 (entendendo inacumuláveis comissão de permanência e correção monetária), 233 (afastando a executividade de contrato de abertura de crédito), 258 (negando autonomia a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito), 259 (acatando ação de prestação de contas de correntista contra o banco), 285 (limitando a multa moratória em contrato bancário ao máximo permitido pelo Código de Defesa do Consumidor), 286 (admitindo discussão de ilegalidades de contratos anteriores, mesmo tendo havido renegociação entre cliente e banco), 288 (inadmitindo a “taxa de juros de longo prazo” em contratos bancários com clientes), 296 (entendendo que a comissão de permanência não pode ser cumulada com juros remuneratórios, limitando os juros no período de inadimplência à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado em qualquer caso), 297 (entendendo que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras), 298 (afirmando que o alongamento da dívida rural não é faculdade do banco e sim, direito do cliente).

É recomendável afastar desde logo, qualquer possibilidade de identificação de xenofobia, pois atualmente quando se fala em capital financeiro, não se pensa em nacionalidade. O capital financeiro é apátrida e sem outro interesse que o lucro, não se prende a qualquer nacionalidade e corre apenas para investir no lugar onde o lucro pode ser maior, interferindo sempre para que o lucro permaneça de forma contínua. A semelhança da Revolução Comercial e da decorrente globalização dos séculos XV/XVI, estamos hoje diante do retorno de uma nova forma de *Lex Mercatoria*, que se poderia entender como a coletânea de regras formadas a partir do costume das grandes empresas, aplicando-se a qualquer atividade empresarial e a qualquer empresário, independentemente do lugar no qual o fato tenha ocorrido e independente também da nacionalidade dos envolvidos

no litígio a ser solucionado. Mais do que Tavares Guerreiro,<sup>3</sup> que fala no conteúdo da *Lex Mercatoria* que, “mesmo sem constituir ordem ou sistema, tende a se institucionalizar, cada vez mais superando a insuficiência do método de conflitos (de leis e de jurisdição) do direito internacional privado, para a disciplina dos contratos internacionais”, o que se pode vislumbrar é uma nova forma de influência na própria elaboração da lei, para inserir nela normas que atendam, de forma globalizada, ao interesse do mercado.

Hermes Marcelo Huck<sup>4</sup> critica corretamente esta nova *Lex Mercatoria*, dizendo que “um comércio desvinculado das leis nacionais, antes de representar uma supressão de fronteiras, significa um comércio sem barreiras políticas. Os direitos nacionais impõem suas razões de ordem jurídica às relações comerciais internacionais. Um imenso mercado mundial, regulado apenas por regras autogeradas, certamente há de ignorar qualquer razão que não seja de mercado. A adoção generalizada de uma *lex mercatoria*, representará a consagração absoluta da lei do mercado despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político”. Paula Forgioni é quem afirma que “o direito é fenômeno complexo que não pode ficar enclausurado nos limites da economia”.<sup>5</sup> E, acrescentaria: menos ainda pode prender-se aos limites da análise econômica voltada aos interesses do mercado. Esta também é a posição de Calixto Salomão Filho, crítico do “princípio da eficiência” na medida em que esta pretende que as normas jurídicas e julgamentos sejam orientados por tal princípio,

3. J. A. Tavares Guerreiro, *Fundamentos da Arbitragem Comercial Internacional*, Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 1989, à disposição na Biblioteca da Faculdade de Direito da USP.

4. Hermes Marcelo Huck, *Sentença Estrangeira e “Lex Mercatoria”: Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional*, São Paulo, Saraiva, 1994.

5. Paula Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 180.

lembrando que esta “pretensão claramente desconsidera o momento valorativo tanto da criação quanto da aplicação de qualquer norma jurídica, seja em matéria empresarial ou não”.<sup>6</sup>

No caso específico de nossa Lei de Recuperação e Falências, lembre-se que o World Bank distribuiu fartamente aqui no Brasil, entre todos aqueles que se preocupavam com o estudo da lei – e entre os deputados e senadores que votaram o projeto –, um livreto intitulado *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*. Em tal folheto, trazia exatamente – a tradução literal no caso é suficiente – princípios e diretrizes para a eficácia dos procedimentos falimentares e de cobrança de dívidas, na forma de 35 recomendações a serem seguidas pelos legisladores brasileiros. As primeiras 26 recomendações diziam respeito à execução de dívidas, falência e reabilitação de empresas e modos informais de tentativa de salvamento de empresas em crises, enquanto as últimas nove recomendações traziam orientação sobre o Judiciário, expondo de que forma deveria este se estruturar e atuar para atender às necessidades da recuperação de empresas, evidentemente à luz do entendimento dos detentores do capital financeiro.

A pressão foi explícita e quem acompanhou os últimos meses da tramitação do projeto da lei de recuperação, recorda-se – os jornais da época traziam também noticiário a respeito – que os representantes da Câmara e do Senado Federal, de público, nas sessões de votação, lembravam sempre que precisavam aprovar rapidamente a nova lei de recuperação, pois este era um compromisso assumido com o World Bank e com o FMI. O argumento que se conseguiu impingir era no sentido de que o capital financeiro como um todo, estava interessado também na recuperação das em-

presas brasileiras e, por isto mesmo, queria que a lei privilegiasse o crédito bancário, em caso de recuperação e de falência, colocando-o em posição superior ao direito do crédito dos trabalhadores e do crédito fiscal. Diziam os representantes do sistema financeiro que este privilégio era essencial, pois garantindo aos bancos posição privilegiada, os juros para os empréstimos necessários à recuperação das empresas rapidamente baixariam, dentro do princípio de que quanto menor o risco, menores são os juros.<sup>7</sup> Como resultado, o que se vê é que a lei foi aprovada com todas as benesses que o capital financeiro queria para si e, como era de se esperar, não houve qualquer baixa nos juros que, no momento atual, em termos mundiais, perde apenas para os juros cobrados na Turquia, como informa o noticiário econômico de todos os jornais.

Já é possível tentar responder à pergunta feita no início do trabalho; e a resposta é no sentido de que a nova Lei de Recuperação, antes de preocupar-se com a tentativa de salvação das empresas em crise, preocupa-se com a recuperação do crédito financeiro investido em tais empresas. O exame de diversos artigos da lei mostra esta opção pelo capital financeiro, começando pelo § 3<sup>o</sup> do art. 49, que esta-

7. Um histórico do que ocorria em período anterior à aprovação do Projeto pode ser visto na RT 822/128-138, abr./2004, deste mesmo autor.

8. “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...); § 3<sup>o</sup>. 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 de 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<sup>o</sup> do art. 6<sup>o</sup> desta lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.”

6. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 30.

belece que os créditos relativos a alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, bem como os créditos decorrentes de contratos de arrendamento mercantil, entre outros, não estão sujeitos aos efeitos da recuperação. Também não se sujeitam aos efeitos da recuperação os valores devidos a título de adiantamento de contrato de câmbio, conforme previsto no inciso II do art. 86, combinado com o § 4<sup>o</sup> deste mesmo art. 49. Os créditos em moeda estrangeira, normalmente de titularidade das instituições bancárias ou dos grandes conglomerados financeiros, também gozam de tratamento privilegiado, pois o § 2<sup>o</sup><sup>10</sup> do art. 50 estabelece que em tais casos, a variação cambial será conservada como índice de correção, só podendo ser afastada se houver expressa aprovação do próprio credor. Nas “Disposições Finais e Transitórias”, no último capítulo da Lei, os arts. 193 e 194 arrematam a “blindagem”<sup>11</sup> dos negócios bancários relativamente à falência, ao dispor que as obrigações assumidas nas câmaras de compensação não está subsumidas à lei de falências, prevendo que tais obrigações “serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos”. Completa o art. 194, quase repetindo a proteção já instituída no art. 193, para dizer que o produto resultante das garantias será destinado à liquidação

9. “§ 4<sup>o</sup>. Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do artigo 86 desta Lei.”

10. “§ 2<sup>o</sup>. Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa do plano de recuperação.”

11. O termo “blindagem” vem sendo usado, tanto em economia como em direito, para significar uma férrea proteção, bastante fechada, de determinado direito ou patrimônio, de tal forma que os bens “blindados” não serão atingidos por penhoras, sequestros, arrestos, etc., vez que a defesa implantada em favor de tais bens destina-os especificamente a determinado fim. No caso, a “blindagem” é em favor dos negócios em câmaras de compensação, relativamente aos efeitos da falência.

das obrigações assumidas no âmbito das próprias câmaras. Ou seja, introduziu-se na lei um verdadeiro sistema de proteção aos negócios do capital financeiro, de forma tão escancarada, que a lei, durante sua tramitação e logo após sua aprovação, passou a ser jocosamente chamada de “Lei Febraban” ou “Lei de Recuperação do crédito bancário”.<sup>12</sup> Para coroamento da defesa dos interesses dos bancos, e por evidente pressão destes, a última versão da lei de recuperação (esta modificação foi introduzida no projeto, dias antes da aprovação da lei), inseriu um inciso II no art. 83, para colocar em segundo lugar, no quadro geral de credores, os “créditos com garantia real”, sabendo-se que normalmente em tal situação, estão exatamente os créditos dos bancos.

Se de um lado a defesa do capital financeiro ficou estabelecida, menos não se fez em favor do Fisco, bastando para tanto verificar a impossível obrigação imputada à empresa em processo de recuperação que, pelo art. 57 da lei, deverá apresentar certidões negativas de débitos tributários, antes da concessão da recuperação judicial prevista no art. 58. O dispositivo legal guarda tamanha impossibilidade de aplicação que, como era esperado, não tem sido aplicado, vez que sua aplicação fraudaria o princípio estabelecido pela lei, de preservação da empresa. Em outras palavras, exigir que uma sociedade empresária em crise apresente certidão negativa de débitos tributários equivale a determinar ao juiz que decrete a quebra da empresa, o que confronta a principiologia da lei, estabelecida no art. 47, no sentido de visar, sobretudo, a recuperação da sociedade empresária em crise.

Para que se possa bem apreender o espírito que norteou a lei, verifique-se agora que, enquanto de um lado se privilegia o crédito financeiro e o crédito fiscal, de outro relega-se a uma posição subalterna

12. V. artigo deste mesmo autor em RT 822/128, já anteriormente mencionado.



o crédito trabalhista. Embora esteja ainda em primeiro lugar no quadro geral de credores, ainda assim o crédito trabalhista fica limitado ao valor correspondente a cento e cinquenta salários mínimos. Lembre-se ainda que antes do pagamento dos salários, sempre receberão os bancos o valor correspondente aos adiantamentos de contrato de câmbio (ACC), como prevê o inciso II do art. 86 da lei.

Necessário é atentar também para as distorções que, de forma inesperada e às vezes em progressão imperceptível à primeira análise, vão se acumulando a partir de uma posição não bem cuidada da lei. Como sabem todos que atuam no campo falimentar, as instituições financeiras não têm por hábito requerer falência de seus devedores, embora não haja qualquer impedimento legal, em princípio. Alguns estudos estão sendo feitos, porém, para que bancos passem agora a requerer falência de seus credores, a partir de uma conjunção de disposições legais. Sucede que a lei anterior, o Decreto-lei n. 7.661/1945, em seu art. 9º, inciso III, letra "b", exigia que o credor com garantia real renunciasse a ela se quisesse requerer a falência de seu devedor, disposição que não foi conservada na nova lei. O banco credor, se executar a garantia ofertada por seu devedor, sofrerá certamente a concorrência dos credores trabalhistas e fiscais, que tranqüilamente têm sido reconhecidos como preferenciais, mesmo em disputa com credor hipotecário. Assim, para o banco, sob o aspecto puramente tático, melhor será que requeira a falência do devedor ao invés de executar a garantia, pois, em caso de falência, apenas terá que suportar a preferência do credor trabalhista limitado a 150 salários mínimos (art. 83, I), preferência a que, de qualquer maneira, teria mesmo que se submeter na execução, com a desvantagem de nesta última não haver o limite de 150 salários mínimos. Além de excluir da preferência aquilo que excedesse os referidos 150 salários mínimos, excluiria também o credor tributário, que é o terceiro na lista

do art. 83, logo depois do credor com garantia. Portanto, como se vê, por este lado o excesso de garantia aos bancos, atuará como estímulo para a falência e não para a recuperação, na qual o banco credor normalmente é mero expectador, que apenas aguarda o decurso dos 180 dias do § 3º do art. 49, para executar as garantias de alienação fiduciária e arrendamento mercantil, sem que em momento algum corra risco relativamente a qualquer outra garantia, na forma do § 1º do art. 50. Enfim, não será surpresa se começarem a surgir dentro de breve espaço de tempo, bancos requerendo a falência de seus credores; a posição dos bancos, embora possa parecer injustificável ante o princípio da preservação da empresa, será facilmente explicável, até porque a lei permite tal tipo de posicionamento.

Como examinado desde o princípio deste texto, a lei de recuperação veio manchada pela incorporação da idéia de que o direito deve servir o mercado. Não se está percebendo que esta incorporação começa a ser danosa para o próprio mercado, começa a atingir de forma terrível os próprios agentes econômicos que imaginam conquistar benefícios a partir da distorção. Não se pode pretender (como parece querer o segmento financeiro que tanta pressão fez para assumir posição de privilégio na nova lei) um mercado sem risco. Francesco Galgano pergunta, em uma de suas obras, como se distinguir o empresário e ele mesmo completa: "a resposta pode, à primeira vista, parecer óbvia: empresário é aquele que, na atividade de produção ou de troca, arrisca a própria riqueza".<sup>13</sup> Falando desta submissão do direito ao mercado, Calixto Salomão Filho, um dos mais jovens (se não o mais) Professor Titular de Direito Comercial da história da USP, externa sua fundada preocupação ante tal problema, lamentando que no Brasil, esta submissão do direito às grandes estruturas

13. Francesco Galgano, *L'Impreditore*, 3ª ed., Bolonha, Zanichelli Editore S.p., 1980, p. 165.

econômicas monopolistas chegue ao ponto de transformar o próprio direito em incentivador de tais práticas.

A partir do exame de leis aprovadas, Calixto traz dois exemplos, em texto<sup>14</sup> que vale a pena transcrever literalmente. Faz uma primeira crítica à Lei n. 8.884/1994, a chamada “lei antitruste”, dizendo que surpreendentemente, esta lei que veio para combater os monopólios, acaba por favorecê-los, trazendo efeito exatamente contrário ao que dela se esperava. Diz: “A não-aplicação do controle estrutural pelos órgãos de defesa da concorrência – salvo raras exceções (a enorme maioria das concentrações entre empresas foi aprovada sem restrição expressiva) – fez com que o resultado da lei fosse, paradoxalmente, uma chancela estatal, inexistente até sua promulgação, de situações de elevadíssima concentração de poder. A constitucionalidade da posição jurídica de muitos monopólios ou oligopólios, em sua essência bastante discutível, passou a ser de difícil contestação após a aprovação do ato de concentração, por ter sido sua criação chancelada pelo órgão estatal encarregado da defesa da concorrência”.

Em outro exemplo, o festejado Mestre toma como ponto de partida a nova lei de patentes (Lei n. 9.279/1996), dizendo: “A nova lei de patentes, editada em meio a pressões internacionais pelo seu reconhecimento ilimitado, passa a permitir o patenteamento de produtos essenciais, como medicamentos. Nova concentração de poder, evidentemente desnecessária em um país, cujas dimensões e população não permitiriam o desabastecimento de medicamentos, mesmo que as condições de preço não fossem as monopolísticas, proporcionadas pelas patentes – a introdução posterior dos genéricos provaria essa última afirmação para muitos medicamentos”. E conclui seu artigo, com absoluta precisão,

lembrando que “o resultado mais latente dessa política de estímulo ao poder é que as relações de dominação e força, em vez de relações jurídicas fundadas na moral e na ética, passam a ditar os relacionamentos econômicos e sociais”.

Não se pode violar a essência das coisas, não se pode pretender tirar da atividade empresarial o risco, sob pena de, dialeticamente, a ausência de risco levar à própria morte da atividade. O exame de outra lei, a exemplo do sistema utilizado por Calixto Salomão Filho, também pode ilustrar o pensamento. A Lei n. 9.514/1997, combinada com a Lei n. 10.931/2004, estabeleceu um sistema de financiamento – calcado em parte no sistema americano de hipotecas para construções de habitações ao povo –, mediante o qual, concedido financiamento imobiliário para o adquirente, se este deixa de pagar qualquer parcela, pode perder o imóvel e tudo quanto já pagou sem qualquer devolução, de forma extremamente rápida, ante o mecanismo de alienação fiduciária introduzido para os imóveis. A par de estabelecer uma situação de iniquidade (o adquirente pagou 90% do preço do imóvel, inadimpliu um décimo, perde o imóvel e tudo quanto pagou), torna o empresário de certa forma descuidado, pois não toma as cautelas necessárias no momento de conceder o financiamento, por saber que não corre risco, pois em caso de inadimplemento, ao contrário, terá lucro.

No entanto, esta garantia excessiva, este sistema legislativo a serviço do mercado, este afastamento do risco, esta “estrutura econômica baseada em grandes monopólios”, como diz Calixto, pode levar a desvirtuamentos que conduzem exatamente ao resultado oposto, ou seja, ao invés de se afastar o risco, o risco aumenta a ponto de se tornar crise. Observe-se o exemplo atualíssimo dos créditos assim chamados “sub-prime” do sistema de financiamento imobiliário dos Estados Unidos. Lá, apesar da solidez das instituições e do mercado,

14. “Poder Econômico”, no jornal *Folha de S. Paulo*, de 20.8.2007, p. A3.

ocorreu o que está tentando se demonstrar, ou seja, o afastamento do risco pelo sistema sólido de hipotecas americano, levou o empresário a emprestar dinheiro sem qualquer pesquisa maior, certo de que o risco de inadimplência estava afastado, ante a imediata retomada do imóvel. Daí, o surgimento de devedores com os créditos classificados como "sub-prime", ou seja, créditos de alto risco que não estão sendo pagos. E os financiadores agora retomam os imóveis, mas, para que, para vender para quem? E daí a parada na construção civil, e daí o aumento assustador do desemprego, e daí a crise que começa a se estender pelo mundo.

Aqui no Brasil, a lei de recuperações já começa a dar mostras de que pode caminhar para crise. Em primeiro lugar, como o crédito com garantia real está em segundo lugar na lista de credores, os bancos já não emprestam mais sem tal tipo de garantia, o que dificulta evidentemente os negócios de financiamento, a par de dificultar em consequência, o desenvolvimento da atividade empresária.

Outro resultado pernicioso deste art. 83 também se prenuncia e, aos estudiosos da matéria é curioso ficar atento para ver se a profecia se realiza. Aos credores com garantia real, em caso de inadimplemento, é mais conveniente o decreto de falência do que a execução; se o banco credor pagar os 150 salários do inciso I do art. 83, sobram-lhe bens (os garantidores) que não serão atingidos pelo Fisco, o que ocorreria se não houvesse falência.

Enfim, à guisa de conclusão: a nova Lei de Recuperação favorece o capital financeiro em prejuízo da atividade produtiva, por um lado. Por outro lado, dificulta o financiamento à atividade empresária, ao estimular por parte do credor a exigência de garantias reais. Finalmente, ao colocar o capital financeiro em posição privilegiada, induz o banco a, dentro da lógica capitalista, forçar a falência da sociedade empresária em crise, para que receba os valores decorrentes da realização da garantia, sobre a qual pesará apenas o valor dos salários em atraso, até o limite de 150 salários mínimos.