

Manutenção de Contratos de Desconto Bancário em Procedimentos de Recuperação Judicial

Paulo Roberto de Sousa Bigolin*

*Introdução. 1 Problema do financiamento de empresas em recuperação judicial.
2 Contrato de desconto bancário. 3 Manutenção da execução forçada dos
contratos de desconto bancário pelo Poder Judiciário. Conclusão.*

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial poderá determinar que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação às empresas em recuperação judicial tenha sido suspensa diante da constatação de risco de inadimplemento pelo Banco, utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo; como método de procedimento, o método exploratório; e como técnica de pesquisa, o método bibliográfico. Verificou-se que, a despeito das controvérsias verificadas na determinação de execução forçada de contrato de desconto bancário pelo Poder Judiciário, já há decisões nesse sentido, cujo objetivo consiste em manter algum crédito acessível para a empresa em recuperação judicial, para o financiamento de suas atividades e do próprio procedimento recuperatório.

Palavras-chave: Bancário. Contrato. Desconto. Recuperação. Judicial.

* Advogado. Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (Ucam).

Maintenance of Bank Discount Agreements in Judicial Recovery Procedures

Abstract

The objective of this study is to analyze if the judgment responsible for conducting the Judicial Recovery process may determine that financial institutions maintain enforcement of bank discount contracts, even if their execution in relation to companies in Judicial Recovery has been suspended on the Risk of default by the Bank, using as method of approach the deductive method, as method of procedure the exploratory method, and as a research technique, the bibliographic method. It was verified that, in spite of the controversies verified in the determination of enforced execution of bank discount agreement by the Judiciary, there are already decisions in this sense, whose objective is to keep some credit accessible to the company in Judicial Recovery, for the financing of its activities and the recovery procedure itself.

Keywords: *Bank. Agreements. Discount. Judicial. Recovery.*

Introdução

Não há como negar que diversos fatores podem levar uma empresa saudável a uma situação de crise econômico-financeira. No Brasil, especificamente, a situação de crise está mais próxima dos agentes econômicos empresariais, dadas as circunstâncias já comuns de taxa de juros, inflação e instabilidade elevada, entre outros problemas de ordem estrutural.

Em conjunto com a crise, surge a dificuldade da empresa em manter o cumprimento de obrigações em curto e longo prazo presentes em seu passivo (circulante principalmente), através de recursos financeiros em caixa, de ter acesso a novas linhas de crédito, e de manter o nível de crédito já existente e concedido.

Nesse ponto, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que surgiu com o propósito de proporcionar e viabilizar oportunidades de recuperação para empresas em situação de crise, não fornece os auxílios necessários para o acesso a crédito. Inclusive, verifica-se que a falta de crédito para empresas em recuperação impede, na maioria dos casos, que a própria Lei cumpra a função desejada.

O percurso para tomada de crédito ou sua manutenção por empresas em recuperação judicial revela-se tormentoso, na medida em que a restrição de crédito, principalmente por instituições financeiras, é automaticamente aplicada nesses casos em virtude da própria regulação do setor bancário, que, ao contrário de facilitar, acaba dificultando os procedimentos operacionais para concessão de crédito.

Na realidade, no nosso país, até mesmo as empresas saudáveis têm dificuldade na obtenção de crédito. Para empresas em recuperação, essa dificuldade cresce exponencialmente. Mesmo quando a captação de crédito em recuperação judicial é possível, o dinheiro acaba tendo um alto custo para as empresas que se encontram nesse procedimento, uma vez que as instituições financeiras atribuem a operações dessa natureza uma classificação de alto risco de inadimplemento, ou de perigo e incerteza na satisfação do crédito pelas empresas¹.

¹ VON MISES, Richard. 1928. *Probability, Statistics and Truth*. 2nd revised English ed. New York: Macmillan.

A tentativa de as empresas em recuperação manterem a execução de contratos bancários, onde há a concessão de crédito, não se revela menos problemática do que a concessão de crédito novo. O travamento da execução de contratos por instituições financeiras, cujo objeto prevê a concessão continuada de crédito, como ocorre, por exemplo, com os contratos de desconto bancário, de conta-corrente, cartão de crédito, entre outros, geralmente é tida como medida-padrão em vista da presunção de risco iminente de inadimplimento pelas empresas em recuperação.

Outrossim, o procedimento de recuperação judicial, nada obstante ter sido introduzido com o objetivo de sanar a situação de crise econômica pelo devedor, possibilitando a preservação da atividade empresarial, demonstrou-se como uma ferramenta insuficiente para a obtenção de crédito no mercado pelas empresas em crise. Nesse sentido, apesar de ter o favor legal deferido, muitas empresas não conseguem sequer suportar os custos para tocar o procedimento até a concessão da recuperação judicial, tendo inúmeras dificuldades em manter até mesmo as linhas de crédito já existentes.

A falta de regras específicas para a obtenção de crédito por empresas em situação de crise, seja na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, seja em outros diplomas legislativos, faz com que as instituições financeiras sejam compelidas a evitar o financiamento de empresas em recuperação judicial, diante das regras cogentes de aprovisionamento de créditos em razão de riscos de inadimplência.

Essa mesma situação de aprovisionamento obrigatório também é aplicada para os contratos bancários de execução continuada de crédito já concedido, situação que também dificulta a manutenção desses pactos pelas instituições financeiras em procedimentos de recuperação judicial.

Poucas normas regulamentares dispõem sobre a concessão ou a manutenção de crédito para empresas em recuperação judicial, mesmo que de forma indireta, sendo o assunto geralmente tratado em regulamentações específicas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BCB). Todavia, com certeza nenhuma, é mais criticada pela doutrina especializada do que a Resolução CMN nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999, haja vista que referida norma determina o aprovisionamento obrigatório de 100% (cem por cento) dos valores fornecidos às empresas em recuperação judicial, mesmo que o contrato não esteja vencido ou inadimplido pelo beneficiado.

Com efeito, mesmo nos contratos onde há a execução continuada pela empresa e pela instituição financeira, a última é obrigada a realizar o aprovisionamento dos valores em caso de deferimento ou concessão de recuperação judicial, situação que torna a execução da avença cara e complexa. Logo, sobressai-se como alternativa mais eficiente e viável para instituições financeiras a interrupção do contrato, uma vez que representa medida que proporcionará a redução de custos de transação, de oportunidade, e de agência.

Obviamente que, nestas situações, a empresa em crise é quem efetivamente sofre com a interrupção de crédito por instituições financeiras. Todavia, ainda para os casos em que a empresa dependa exclusivamente de fornecedores que não se enquadram no seguimento de instituições financeiras, a situação não é diferente. Isso porque não há grandes benefícios legais para que fornecedores e demais agentes econômicos mantenham a concessão de condições mais favoráveis para empresas em recuperação judicial. Nem mesmo o benefício legal previsto no artigo 67, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, fez com que essa classe superasse a extrema aversão ao risco de inadimplimento decorrente das empresas submersas em procedimento de recuperação judicial.

Todos os problemas ora relacionados interferem diretamente no fluxo financeiro mais sensível de uma empresa em recuperação. Obviamente que, nesse panorama, está inserida a execução de contratos bancários que têm como objeto o financiamento “continuado” de empresas em recuperação, haja vista

que esses contratos interferem diretamente na liquidez do caixa da empresa, sendo muito utilizados e necessários para o adimplemento de obrigações do passivo circulante de curto prazo.

Nesse cenário se encontra a execução dos contratos de desconto bancário, uma vez que se trata de instrumento muito utilizado para a antecipação de recebíveis pelas empresas em recuperação judicial. Outrossim, a suspensão da execução desse contrato por instituições financeiras causa diversos transtornos para as empresas, podendo, inclusive, levá-las a uma situação insuperável de insolvabilidade, com a consequente decretação de sua falência.

Em muitos casos, as empresas dependem apenas da antecipação de recebíveis para a manutenção não só do cumprimento de obrigações cotidianas, mas também para a continuidade do próprio procedimento de recuperação judicial. Em razão disso, não é incomum observarmos empresas em recuperação judicial efetuarem requerimentos, almejando a manutenção cautelar de contratos desse tipo, situação que contribui ainda mais para críticas doutrinárias no sentido de que as decisões proferidas em relação a essa matéria apenas favorecem a insegurança jurídica causada pelo Poder Judiciário, causando efeito reverso, na medida em que oferecem desestímulo ainda maior para a concessão de financiamentos, mesmo que com taxas de juros maiores.

Em curto prazo, decisões visando à manutenção compulsória de contratos bancários favorecem as empresas com efeitos imediatos, porém prejudiciais em longo prazo. Verifica-se, na experiência prática, que compelir instituições financeiras a manter execução de contratos bancários não só provoca uma ingerência indevida nas atividades dos bancos, mas também do devedor, em razão dos comuns problemas de agência que exsurtem na fiscalização do cumprimento desses contratos pelo Poder Judiciário, pelos credores e pelo administrador judicial.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar se o juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial poderá outorgar provimento de índole cautelar, no âmbito da decisão que defere o seu processamento, determinando que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação à referida empresa tenha sido suspensa, independentemente do motivo que deu causa.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á como método de abordagem o método dedutivo, uma vez que se trata da metodologia recomendada para a investigação do problema anteriormente proposto. Da mesma forma, será adotado como método de procedimento o método exploratório, com o objetivo de explorar se há possibilidade do exercício do poder jurisdicional de cautela para essas hipóteses.

Como técnica de pesquisa, o presente trabalho adotará o método bibliográfico, que será desenvolvido através do levantamento de documentação direta e indireta, artigos, dissertações e livros sobre a temática em questão.

1 Problema do financiamento de empresas em recuperação judicial

Geralmente, quando uma empresa em situação de crise econômico-financeira pleiteia o deferimento de processamento de recuperação judicial, o lucro gerado pelo exercício de atividade empresarial não é suficiente sequer para garantir a continuidade de suas atividades, para pagamento de credores e obrigações vincendas, com a capacidade de investimento zerada. Em alguns casos, o lucro gerado pela empresa não permite o pagamento ao menos dos custos que decorrem do procedimento de recuperação judicial para a efetivação do plano.

A legislação que trata do procedimento de recuperação de empresas no Brasil não contempla nenhuma espécie de regra que facilite a concessão de crédito para empresas em recuperação

judicial, diferentemente de outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, há um procedimento especificamente dedicado à reorganização de empresas e à facilitação de acesso a crédito, consoante previsto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*.

Quando determinada empresa ingressa em procedimento de recuperação judicial, não só as instituições financeiras, mas também os credores em geral presumem que aquela organização não tem mais condições de honrar suas dívidas. Com efeito, a reserva de credores em relação às empresas em recuperação, nesse sentido, é mais que um efeito psíquico do procedimento de recuperação, consistindo em um dos fatores que mais dificulta a captação de recursos.

No Brasil, a forma mais comum de captação de recursos financeiros ocorre perante instituições financeiras, que são companhias que se dedicam especificamente à captação de recursos de terceiros para concessão de financiamentos a devedores. Para empresas saudáveis, o processo de captação já tem custos elevados e, para as empresas em recuperação, os custos acabam inviabilizando a própria operação, uma vez que o risco atribuído ao crédito para empresas nessa situação influencia diretamente nas taxas de juros cobradas, que podem ser ainda maiores caso a instituição financeira não tenha acesso a informações financeiras e contábeis confiáveis, que lhe permitam avaliar com maior fidedignidade o risco de crédito.

O conjunto de todos os fatores sopesados permite que se chegue à conclusão de que o processo para captação de recursos por empresas em recuperação transforma-se em um verdadeiro prélio, de forma que, para possibilitar a obtenção de financiamentos, as empresas se desfazem de ativos e ainda admitem a possibilidade de fiscalização e ingerência de instituições financeiras na administração da companhia, muito embora a sua administração ainda competir aos dirigentes já nomeados.

A vindicação de garantias para a concessão de financiamentos a empresas em recuperação judicial virou uma exigência quase que padronizada. Isso se deve, porém, ao teor do artigo 49, §3º, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que excluiu expressamente dos efeitos da recuperação judicial os créditos devidos a

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.

Com uma evidente redução de risco de crédito para as empresas que cedam ou alienem fiduciariamente em garantia bens móveis ou imóveis do ativo immobilizado, esse tipo de operação tornou-se a preferida por instituições financeiras, levando à experiência atual de que instituições financeiras não realizam financiamentos sem garantias líquidas e desembaraçadas de ônus.

Não poderia ser diferente, uma vez que as instituições financeiras estão submetidas aos ditames das Resoluções nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999; e 2.697, de 24 de fevereiro de 2000, ambas do Conselho Monetário Nacional (CMN). Nesse sentido, eventual garantia prestada pelo devedor permite que o banco classifique eventual operação de financiamento como de baixo risco. Em outro cenário, sem as devidas garantias, as instituições financeiras classificam as operações de crédito em função dos riscos previstos nas normas em referência.

De fato, muito se discute, tanto em relevo doutrinário quanto jurisprudencial, acerca da necessidade de previsão de regras mais favoráveis às empresas em recuperação judicial, de modo que os agentes econômicos tenham incentivos e garantias mais robustas para realizar financiamentos de devedores em crise.

Em conclusão, as empresas que estão submersas em procedimentos de recuperação judicial têm grande dificuldade de obter recursos financeiros ou operações de financiamento de suas atividades enquanto perdurar o risco de inadimplência. Por conseguinte, a ausência de garantias e a falta de um plano de recuperação que atenda aos anseios dos credores certamente influenciarão para um desfecho não desejado pelo devedor.

2 Contrato de desconto bancário

Grande parte das organizações que se dedicam ao exercício de atividade econômica organizada utiliza o contrato de desconto bancário para geração de fluxo de caixa perante instituições financeiras como forma de permitir a liquidação de obrigações de curto prazo.

Outrossim, o contrato de desconto bancário permite a realização de uma operação tipicamente bancária, através da qual determinada instituição financeira adianta créditos de terceiros para empresas, deduzindo-se os juros da operação mediante a cessão do crédito que é feita através do endosso cambiário.

A prática demonstra que a operação de desconto é feita apenas sobre títulos de crédito que, por sua vez, representam soma líquida e certa, portanto de fácil recuperação pela instituição financeira. O mais usual é o desconto de duplicatas, em que o cliente endossa a duplicata para o banco, que se torna o titular do crédito nela incorporada. A instituição financeira, por sua vez, paga ao cliente, na data do endosso, o valor da duplicata, abatendo suas taxas de juros pelo adiantamento. No vencimento, o banco cobra a quantia designada no título do sacado. Em caso de inadimplemento, o valor adiantado é cobrado do cliente, que recebe o título de volta, através de mecanismo jurídico conhecido como “direito de regresso”.

Ocorre nesse contrato específico a cessão *pro solvendo*. Assim, caso o terceiro não pague ao banco a importância devida, quem a descontou fica obrigado a restituir para a instituição financeira a importância dela recebida por antecipação.

O desconto bancário ainda permite que a instituição financeira realize uma operação subsequente de endosso, denominada resseguro. Trata-se de operação pela qual as instituições financeiras revendem (cedem) os títulos sob desconto para qualquer estabelecimento bancário ou para o Banco Central do Brasil (BCB), cuja previsão legal encontra-se no artigo 10, inciso V, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Para poder utilizar-se com brevidade do capital empregado no desconto de títulos, as instituições financeiras poderão redescotar referidos títulos em outros estabelecimentos bancários. Praticando essa operação, os bancos se tornam devedores daqueles em que fazem o redescoto, pela garantia que dão aos títulos redescotados, obtendo assim mais disponibilidade para as suas operações comuns, com a realização do capital por eles empregado na primeira operação, ou melhor, no desconto dos títulos de terceiros.

O Banco do Brasil manteve uma Carteira de Redescotos, que funcionou com exclusividade e relativa autonomia, possuindo, inclusive, contabilidade própria e podendo redescotar títulos até mesmo apresentados pelo próprio Banco do Brasil. Todavia, por força do disposto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 6.634, de 27 de junho de 1944, outras instituições financeiras foram autorizadas a realizar operações de redescoto no país e, posteriormente, o Decreto-Lei nº 8.494, de 28 de dezembro de 1945, acabou retirando a exclusividade dessa Carteira de Redescotos, permitindo que outros bancos fizessem o redescoto, mas dando à Carteira do Banco do Brasil poderes para fixar o limite do redescoto, que não podia exceder o capital e as reservas da instituição financeira interessada. Pelo

artigo 56 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a Carteira de Redescontos do Banco do Brasil foi extinta, incorporando-se os seus bens, direitos e obrigações ao Banco Central do Brasil (BCB).

3 Manutenção da execução forçada dos contratos de desconto bancário pelo Poder Judiciário

Como já afirmado em linhas anteriores, o processo de recuperação judicial, por si só, já implica um cenário de dificuldade de obtenção de crédito. Sob a perspectiva do credor, falta à empresa que pleiteia o deferimento de recuperação, recursos financeiros para honrar obrigações vincendas ou vencidas, situação que implica uma desconfiança em relação à possibilidade do adimplemento de obrigações contratadas pelas empresas nessa situação, principalmente nos contratos de execução em longo prazo.

Uma presunção de inadimplementos de obrigações coloca em expectativa a forma pela qual os contratos mantidos com a empresa em recuperação podem ser cumpridos. Isso porque os fornecedores em geral não têm interesse em financiar empresas economicamente fragilizadas, preferindo parceiros comerciais saudáveis. Além disso, a insegurança jurídica que há no tratamento das obrigações de empresas submetidas à recuperação judicial faz com que os fornecedores e instituições financeiras evitem vínculos obrigacionais com empresas em situação de crise econômico-financeira.

A possibilidade de o juízo recuperatório intervir na execução de contratos, principalmente bancários, sempre foi tema de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Muito se discutiu, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto à extensão do poder de cautela do juízo da recuperação judicial, principalmente quando o seu exercício se dá na parte inicial do procedimento, em meandros da decisão que defere o processamento do procedimento, impondo às partes a execução obrigatória de um vínculo não mais desejado por uma delas.

Essa ordem de cumprimento depende sempre de elementos objetivos e subjetivos do caso concreto e, por tal razão, não há a possibilidade de que sejam fixados critérios precisos sob em quais hipóteses é possível se manter o cumprimento forçado de obrigações no intuito de se evitar a quebra de empresas em crise.

Outrossim, muito embora a insegurança jurídica seja inquestionável, e nada obstante a determinação de implemento forçado de contratos acarrete diversas externalidades negativas, também há quem diga que esse cumprimento representa uma ingerência indevida na atividade privada dos agentes econômicos, de forma que os custos advindos dessa execução sejam suportados por fornecedores em geral. Assim sendo, há incentivos para que as empresas em geral desviem-se de organizações que se encontram em recuperação judicial, como forma de se evitar custos de transação adicionais.

Os pedidos das atuais tutelas de urgência nesse sentido (anteriormente denominados cautelares) são formulados por empresas em recuperação judicial na petição inicial, tendo a sua sustentação jurídica resguardada no artigo 189 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento recuperatório, invocando-se, geralmente, o exercício do poder geral de cautela previsto em vários dispositivos do diploma processual para a persecução do ideal de preservação da empresa, nos termos do artigo 47 da mesma Lei. Evidentemente que tal norma prevê a utilização do poder geral de cautela pelos magistrados responsáveis pela condução do procedimento de recuperação, desde que presentes os pressupostos admitidos pela legislação e pela jurisprudência pátria.

Sendo o pedido cautelar formulado na petição inicial de recuperação judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris*, que corresponde à plausibilidade do direito alegado, e do *periculum in mora*, que corresponde à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida pelo juízo.

Quando se trata de pessoa jurídica em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem se orientado no sentido de que seja função dos órgãos jurisdicionais “viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase”².

Nessa viabilidade, certamente encontra-se incluída a possibilidade de o juízo responsável pela recuperação determinar, liminarmente ou cautelarmente, a manutenção da execução de contratos fundamentais para a manutenção da viabilidade da empresa, uma vez que o entendimento predominante é de que esses contratos não se rescindem diante do deferimento do pleito recuperatório, tendo a empresa em recuperação judicial o direito de manutenção de todos os contratos anteriores à recuperação judicial, principalmente os essenciais para a persecução dos fins recuperatórios.

Essa interpretação encontra respaldo nas regras contidas nos artigos 47 e 49, §§2º e 3º, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. É certo que a *mens legis* tem por intuito evitar a retirada de bens e de demais acessórios essenciais para o desenvolvimento da atividade da empresa, determinando-se que as obrigações anteriores à recuperação judicial devem manter os termos contratados, salvo se o implemento do plano de recuperação, posteriormente, impuser alguma modificação no contrato em vigência.

Nada obstante, não é incomum que as instituições financeiras, principalmente, manifestem por expresso o desejo de não dar continuidade à execução de contratos com empresas em dificuldades financeiras, em especial quando presente cláusula destinada a extinguir o contrato quando uma das contratantes recorrer à recuperação judicial (cláusula *ipso facto*).

Há que se mencionar que essa faculdade prevista em contratos, mormente fixadas antes de sua assinatura, tem dificuldade em se coadunar com os ideais de preservação da empresa, tratando-se de um princípio abstrato que na maioria das vezes colide com diversos preceitos fáticos consequencialistas, sendo, portanto, de complexa harmonização. Esse conflito exige do magistrado responsável pelo caso concreto que seja realizada uma opção onde os custos do seu cumprimento serão sempre suportados por umas das partes, ou ainda pela sociedade, a depender do caso.

Em razão desse antagonismo relativo entre cláusulas contratuais e princípios jurídicos relacionados ao procedimento de recuperação judicial, geralmente nos casos onde se verifica a inexistência de interesse da instituição financeira ou falta de própria viabilidade para a manutenção da relação contratual com a empresa em recuperação judicial, há uma interpretação extensiva do princípio da preservação da empresa pelo juízo recuperatório para o fim de fundamentar o provimento jurisdicional que impõe a execução forçada de contratos.

Com efeito, a possibilidade de haver decisões determinando a manutenção forçada de contratos, geralmente prolatadas em descompasso com a volição das partes envolvidas, recebe grandes críticas da doutrina, ainda que a preservação da empresa seja o critério norteador da recuperação judicial, haja vista que as decisões judiciais nesse sentido deixam as partes contratantes em posições não equivalentes, quebrando o equilíbrio contratual que rege as relações privadas.

2 REsp nº 1.187.404/MT. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Pesquisa de Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão publicado em: 15 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Além disso, do ponto de vista econômico, tem-se que a manutenção forçada de contratos implica a proteção de empresas muitas vezes inviáveis economicamente, prejudicando assim o equilíbrio do mercado, com diversas externalidades negativas. No caso específico de instituições financeiras, a imposição de ônus na concessão forçada de crédito provoca o aumento do risco e dos juros. Com efeito, o ônus de contratar com determinada empresa em recuperação acaba sendo repassado para as demais organizações, oportunidade em que a sociedade como um todo acaba suportando os custos da execução de avença que deveria ficar restrita às partes contratantes.

Outro efeito que se percebe é que as decisões que determinam o cumprimento forçado de determinado contrato bancário acabam por ocasionar o aumento de exigências para a formalização de contratos posteriores do mesmo tipo jurídico, dado o panorama de insegurança contratual nas relações empresariais. Assim, os precedentes do Poder Judiciário servem para orientações de instituições financeiras que, prevendo a possibilidade de uma posição contratual não desejada, evitem a concessão de determinado tipo de crédito para as empresas.

Sem embargo, em relação aos contratos de desconto bancário, as mesmas conclusões podem ser aplicadas. Nesse sentido, observam-se na prática inúmeras decisões judiciais determinando o cumprimento forçado desses contratos com base no poder geral de cautela ínsito aos procedimentos de recuperação judicial.

A manutenção desse tipo de contrato, na maioria das vezes, é requerida na própria ação de recuperação judicial, cujo deferimento se dá na decisão que defere o processamento do procedimento recuperatório, em conjunto com outras medidas que também podem ser pleiteadas liminarmente, tendo caráter unilateral e, portanto, não sujeita ao contraditório ou à oitiva da outra parte contratante.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, decisões determinando o cumprimento forçado dos contratos de desconto bancário não são comuns, mas já podem ser observadas em algumas Comarcas com recuperações judiciais menores, com empresas de pequeno porte, as quais dependem necessariamente desse tipo de antecipação de recebíveis para a continuidade do seu fluxo de caixa, e por consequência, para cumprimento de obrigações em curto prazo e pagamento de custas do processo³:

[...] fundamentam o pedido na necessidade de viabilizar a superação da crise econômico-financeira, permitindo a manutenção da produção e dos empregos (116 empregos diretos). Alega que a prática administrativa de **utilização de empréstimos bancários**, cumulada com outros fatores de mercado, levaram as empresas ao enfraquecimento de sua condição financeira. Informam que o aumento do passivo coloca em risco as atividades, pois causou desequilíbrio no direcionamento de recursos entre os setores produtivos, culminando com a falta de numerário para honrar com todos os compromissos já assumidos e **falta de crédito bancário para fomentar suas atividades**. Alegam que a crise se agravou nos últimos anos e afirmam que adotaram medidas como (I) redução do quadro de funcionários, (II) **renegociação dos contratos bancários**. [...]. **Buscam obter retomada de crédito na praça (afastamento de registros de negativação), autorização judicial para operações de descontos de títulos**, e implementar demais ações do plano de recuperação, submetendo-se a avaliações a cada 12 meses. Postulam liminarmente (a) a abstenção de cobrança administrativa de contratos bancários e débitos em geral, de forma que todos os créditos sejam integrados à presente recuperação judicial, (b) a abstenção de registro em

3 Processo nº 077/1.17.0000043-5. Comarca de Venâncio Aires. Órgão Julgador: 3ª Vara. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 6 jul. 2018.

cadastros de negativação e/ou sua exclusão em 48 horas, de forma a não comprometer a imagem das empresas ou obstruir a emissão de certidões negativas, e (c) **a manutenção de operações de descontos de títulos com os Bancos para antecipação de recebíveis, de forma a possibilitar o exercício das atividades das empresas recuperandas.** [...]. É o relatório. Decido. Compulsando o quadro de credores constituído essencialmente por fornecedores, instituições bancárias e fisco, resta evidente que as soluções existentes no próprio mercado foram insuficientes para que as empresas superassem o mau momento da atividade, sendo que as prerrogativas oferecidas pela Lei nº 11.101/05 apresentam-se como a melhor alternativa disponível para que se torne possível alcançar a manutenção do empreendimento. Porém, nem ao mercado e nem à sociedade interessa a manutenção de empresas inadimplentes e mal administradas. A gravidade da crise de liquidez das empresas vem expressada pelos protestos de títulos ocorridos desde outubro de 2016 (fl.879 e seguintes). [...] Diante da ausência de impedimentos e do preenchimento pelas requerentes dos requisitos legais, nos termos do art. 52 da lei nº 11.101/05, determino o processamento da Recuperação Judicial. [...] 5.- De plano, verifico que merecem prosperar parcialmente os pedidos de tutela provisória de urgência de natureza antecipada. 5.1. (a) vislumbro a presença dos requisitos exigidos pelo art. 300 do CPC para fins de deferir a tutela antecipatória, quais sejam: a probabilidade do direito pleiteado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, no que se refere a abstenção de cobrança administrativa de contratos bancários e débitos em geral, de forma que todos os créditos sejam integrados à presente recuperação judicial. [...] 5.3. (c) vislumbro a presença dos requisitos exigidos pelo art. 300 do CPC para fins de deferir a tutela antecipatória, quais sejam: a probabilidade do direito pleiteado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, **no que se refere a manutenção de operações de descontos de títulos com os Bancos para antecipação de recebíveis, de forma a possibilitar o exercício das atividades das empresas recuperandas. Considerando que as empresas declaram a falta de numerário para honrar com todos os compromissos já assumidos e falta de crédito bancário para fomentar suas atividades, haverá grande chance de se tornar inviável o prosseguimento dos negócios se não houver a possibilidade de manutenção dos descontos de títulos e antecipação de recebíveis com as instituições bancárias, que assim anuírem. No entanto, considerando que a recuperação judicial visa a implantação de boas práticas administrativas e reestruturação da capacidade financeira das empresas, entendo que a presente autorização deve se dar pelo prazo de 180 dias, sujeita à reavaliação prevista no item 7, e restrita às instituições bancárias.** Nos termos do art. 300, § 1º, do CPC, dispense a prestação de caução (5.1. (a) e 5.3. (c)), considerando a situação das empresas recuperandas, que já é de conhecimento dos Bancos credores [...]. (Grifo nosso).

De fato, apesar de todos os problemas anteriormente apontados e decorrentes da determinação de cumprimento forçado de contratos bancários, a urgência de alguns procedimentos e a necessidade de preservação da empresa em crise exigem decisões mais energéticas e abstratas, no sentido de se gerarem recursos financeiros e capital de giro para o cumprimento de obrigações imperativas e de curto prazo, evitando-se a quebra da organização.

Por outro lado, o contrato de desconto bancário permite que a empresa aufera liquidez imediata de seu ativo circulante com o recebimento de recursos que só estariam disponíveis em longo prazo. Tendo a empresa um contrato dessa modalidade vigente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a presença do *fumus boni iuris* possibilita a prorrogação ou a execução imediata do contrato, mesmo que a instituição financeira não queira promover a sua continuidade.

Portanto, no atual cenário, é possível se observar que a possibilidade de outorga de provimento jurisdicional de índole cautelar, com base no poder geral de cautela do juízo de recuperação judicial,

para o fim de se determinar o cumprimento forçado de contrato de desconto bancário, não é mais algo inovador, de forma que decisões nesse sentido vêm sendo utilizadas como via oblíqua para corrigir o problema de falta de incentivos legais para o financiamento de empresas em situação de crise econômico-financeira.

Conclusão

Ficou claro que o deferimento do processamento de recuperação judicial implica necessariamente problemas de financiamento para a empresa em crise. O procedimento recuperatório, longe de representar apenas problemas de reputação para as empresas que a ele se submetem, também dificulta a atuação de instituições financeiras como agentes financiadores em razão das regras legais de avaliação de riscos e previsão de provisões obrigatórias insculpidas nas Resoluções nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999, e 2.697, de 24 de fevereiro de 2000, ambas do Conselho Monetário Nacional (CMN)

Para obter algum tipo de financiamento, as empresas em recuperação acabam se desfazendo ou onerando seus ativos para reduzir o risco de crédito, uma vez que eventual garantia prestada pelo devedor permite a classificação da operação de financiamento como de baixo risco, como também para permitir maior liquidez para as instituições financeiras.

Em razão desses fatores, o custo para se obterem financiamentos em curto ou longo prazo é alto para as empresas em recuperação, de sorte que a manutenção da execução de contratos atuais se sobressai como medida de sobrevivência e preservação da própria organização.

Muitas empresas, principalmente as de pequeno porte, dependem de contratos bancários para a antecipação de recebíveis, principalmente durante o procedimento de recuperação judicial, como alternativa para gerar algum tipo liquidez e fluxo de caixa.

A prática demonstra que a maior parte das operações de crédito consiste em desconto bancário. Suas facilidades atraem empresas e instituições financeiras. As primeiras são atraídas pelo ingresso imediato de recursos financeiros que estariam disponíveis em longo prazo. Por seu turno, as instituições financeiras são seduzidas pela fácil recuperação do crédito em caso de inadimplência.

Todavia, a questão controvertida exsurge quando referidos contratos têm sua execução suspensa pela instituição financeira, sob a constatação de inadimplência, ou de risco de crédito e provisionamentos obrigatórios em razão do pedido de recuperação judicial, agravando-se o quadro de crise econômico-financeira da recuperanda.

Os problemas de financiamento de empresas em recuperação judicial não encontram solução no mercado ou na regulação legal. Logo, cabe ao Poder Judiciário atender aos anseios financeiros mais urgentes das empresas em recuperação, podendo fazê-lo com base nos controvertidos provimentos de natureza cautelar, caso eventualmente presentes os requisitos autorizadores da medida.

Com base nessa perspectiva, atualmente, ao se questionar sobre a possibilidade do juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial outorgar provimento de índole cautelar, no âmbito da decisão que defere o seu processamento, determinando que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação à referida empresa tenha sido suspensa, independentemente do motivo que deu causa, é possível se concluir que: (i) o juízo poderá determinar o cumprimento forçado desses contratos com fundamento nos artigos 47 e 49, §§2º e 3º, da Lei 11.101/05; (ii) o juízo poderá determinar o cumprimento forçado do contrato com fundamento no princípio da preservação das empresas; (iii) presentes os pressupostos, poderá fazê-lo através da concessão de provimentos de índole cautelar ou de tutela de urgência.

Por final, apesar de justificável do ponto de vista fático e legal, essa determinação encontra ainda forte resistência doutrinária, na medida em que causa diversas externalidades negativas, a saber: (i) as partes contratantes tomam posições não equivalentes, interrompendo o equilíbrio contratual que rege as relações privadas; (ii) risco de manutenção de empresas inviáveis economicamente; (iii) prejuízo ao equilíbrio do mercado, trazendo diversas externalidades negativas; (iv) aumento do risco e dos juros; (v) aumento de exigências para a formalização de contratos posteriores da mesma natureza jurídica.

Portanto, a cautela é sempre recomendável, mesmo quando presente situação de grave crise de empresas em recuperação. Logo, exige-se prudência do Poder Judiciário para o deferimento desse tipo de medida, de forma que se evite prejudicar o mercado e as demais empresas que nele operam.

Referências

ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. **Mercado Financeiro: aspectos históricos e conceituais**. São Paulo: Pioneira, 2007.

AYOUB Luiz Alberto e CAVALLI Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel JUSTINO. **Lei de Recuperação de Empresa e Falências**, 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.634, de 27 de junho de 1944**. Dá nova redação ao art. 8º da Lei nº 449, de 14 de junho de 1937, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6634-27-junho-1944-389630-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 8.494, de 28 de dezembro de 1945**. Modifica disposições sobre a Carteira de Redescontos do Banco do Brasil S. A. e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8494-28-dezembro-1945-458323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. **Resolução nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999**, do Conselho Monetário Nacional (CMN). Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. **Resolução nº 2.697, de 24 de fevereiro de 2000**, do Conselho Monetário Nacional. Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e divulgação de informações em nota

explicativa às demonstrações financeiras. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res_2697_v1_o.pdf. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Processo nº 077/1.17.0000043-5**. Comarca de Venâncio Aires. Órgão Julgador: 3ª Vara. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.187.404/MT**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Pesquisa de Acórdãos, 15 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 06 jul. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime de Insolvência Empresarial**, 7ª edição. São Paulo: Renovar, 2015.

COASE, Ronald. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOTER, Robert D., ULEN, Thomas. 1992. **Law and Economics**. New York: Addison Wesley.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

HOLTON, Glyn A. **Defining Risk**. Financial Analysis Journal 60 (6), 2004.

JENSEN, M.; MECKLING, W. 1976. **Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. Journal of Financial Economics, 3(3): 305-360.

KNIGHT, F. H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Hart, Schaffner, and Marx, 1921.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

LASTRA, Rosa M. **Banco Central e Regulamentação Bancária**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

MIRANDA JUNIOR, Darcy de Arruda & KUGELMAS, Alfredo Luiz. **Repertório de Jurisprudência Falimentar**. São Paulo: Ed. RT., 1976.

REQUIÃO, Rubens. **Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1983.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **A Falência no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931-1934. 3^o v.

VON MISES, Richard. 1928. **Probability, Statistics and Truth**. 2nd revised English ed. New York: Macmillan.