

## **Objetivos Macroscópicos Da Lei Falimentar Em Face Da Análise Econômica Do Direito**

*Franklin Façanha da Silva*

### Resumo

É essencial para o ambiente econômico a vigência de uma legislação falimentar eficiente e vem sendo bastante discutida pelos juristas e economistas. Esse apego surge a partir da comprovação teórica de que uma norma para a resolução de insolvências empresariais cria uma estrutura ordenada de soluções de conflitos e coordenação de importâncias, para que empreendimentos com dificuldades financeiras, ou até mesmo as falidas, gerem soluções eficientes, previsíveis, céleres e claras do ponto de vista econômico. Analisar os objetivos macroeconômicos da legislação falimentar é enxergar em que aspectos positivos a lei nova falimentar, lei 11.101/2005, difere do antigo e defasado regime concursal e em que situações a lei foi capaz de reduzir os impactos da falência empresarial no cenário da economia nacional e internacional, baseando este estudo na teoria americana da análise econômica do direito, mostrando qual a importância de um regime falimentar claro e eficiente é capaz contribuir para o desenvolvimento do mercado e da economia. É importante esclarecer que a empresa, como um instituto, não pode ser vista como uma ilha, isolada somente como uma fonte de produção, ela deve ser encarada como uma fonte de negociação, pois uma empresa não se desenvolve se não negociar com outras empresas ou pessoas, desenvolvendo suas negociações no cenário econômico denominado de mercado. A contribuição de um sistema falimentar eficiente neste cenário é a redução dos riscos com a inadimplência, facilitando as negociações e reduzindo os custos de transação.

Palavras-chave: Objetivos macroscópicos; Legislação Falimentar; Análise econômica do direito; Empresa; Mercado.

### Abstract

It is essential to the economic environment duration of an effective bankruptcy laws and has been widely debated by lawyers and economists. This attachment comes from the theoretical evidence that a standard for the resolution of corporate insolvencies creates an ordered structure of solutions of conflicts and coordination of importance, so that enterprises with financial difficulties, or even bankrupt, managing effective solutions, predictable, timely and clear the economic point of view. Analyze the macroeconomic objectives of bankruptcy legislation is to see positive aspects in which the new bankruptcy law, law 11.101/2005, differs from the old and outdated system and open competition in which situations the law was able to reduce the impact of business failures in the setting of national economy and international, this study based on the theory of American economic analysis of law, showing how important a clear and efficient bankruptcy regime can contribute to the development of the market and the economy. It is important to clarify that the company, as an institution, can't be seen as an island, isolated only as a source of production, it should be seen as a source of negotiation, because a company does not develop if we do not negotiate with other companies or people, developing their negotiations in the economic market called. The contribution of an efficient bankruptcy system in this scenario is to reduce the risks of default, facilitating negotiations and reduce transaction costs.

Keywords: Macroscopic Objectives; Bankruptcy Law; Law and economics; Company; Market.

## 1. INTRODUÇÃO

A doutrina da Análise Econômica do Direito pretende com seus conceitos, encarar a ciência jurídica de forma inovadora, sabedora que ela é uma ciência autônoma, e como tal, possui conceitos, fundamentos e princípios próprios, e analisar sob a ótica da eficiência e objetividade, intercalando com os conceitos da Economia. Apesar de sua autonomia, o Direito não está livre das influências das demais ciências, o que demonstra o seu caráter interdisciplinar, e neste diapasão se funda a doutrina.

Almeja-se com esta análise perceber que os objetivos macroscópicos da Lei Falimentar estão em diminuir os impactos de insolvências particulares sobre a economia como um todo e limitando prejuízos gerais e individuais, de modo que os ativos sejam conservados e sigam cumprindo suas funções sociais, trazendo emprego, produto, e renda. Sinaliza aos agentes econômicos sobre as aceitáveis soluções que possam vir a ocorrer em suas táticas de negociação.

Os objetivos são elementos respeitáveis na determinação da eficiência do mercado de crédito. Neste sentido, vem instituir a divisão dos ativos restantes da empresa insolvente entre os grupos diversos que têm direitos a eles: fisco, fornecedores, credores, funcionários e acionistas. Busca-se com isto formar um balanceamento entre o credor, que financia a empresa, e os acionistas, que admitem possíveis riscos. Para que assim se possam abrigar os bens do negócio enquanto ele atravessa o processo de reestruturação ou liquidação, de forma que a transação entre as partes se formalize com o menor dano de ativos socialmente válidos.

A lei nova falimentar, Lei 11.101/2001 é responsável pela adequação o velho sistema falimentar, regido pelo revogado Decreto-Lei 7661/45, que por sua vez não exercia bem a função de promover a negociação entre as partes, resguardava em demasia o fisco e determinadas classes de trabalhadores e tinha provisões que induziam ao desperdício de recursos preciosos, como resultado, eram poucos os credores financeiros que apelavam a ela, para apostar na reconquista de seus empréstimos.

Uma das grandes inovações da Lei nova falimentar é o um dos seus princípios basilares, o da preservação da empresa. Com a inserção deste no regime concursal

ganhou não somente a empresa, mas também mercado econômico, tendo em vista que a interpretação deste princípio não fica adstrita ao conceito de empresa como uma unidade isolada, deve ser entendida de maneira ampla e abarcando o mercado, logo que a empresa não pode ser vista como uma unidade meramente produtiva e sim deve ser vista como uma entidade que negocia com seus pares no mercado, como forma de desenvolvimento, e em a empresa se desenvolvendo, haverá ganhos múltiplos do mercado e da economia nacional, uma vez que a empresa, como instituto, ela gera emprego, renda, fomenta a economia e contribui com o fisco.

Diante dos comentários mostrados e observando a seriedade do sistema de falência, são evidenciados os incentivos econômicos que ela originou, em detrimento ao antigo sistema, que desperdiçava os ativos produtivos, para um ambiente viável de dissolução de crises econômico-financeira de forma a cuidar da unidade produtiva, como é visto atualmente.

Em se tratando de Análise Econômica do Direito (AED), pretende-se com este trabalho explicar suas teorias, como ela ganhou tanta repercussão no universo jurídico mundial, quais seus apoios para o Direito, em especial para o sistema falimentar, bem como deparar com os doutrinadores que asseguraram o estudo da doutrina.

Passando aos alvos macroscópicos da Lei de Falência e Recuperação de Empresa, Lei 11.101/05, sob a expectativa da Análise Econômica do Direito, comprovando quais os objetivos gerais e atuais que a nova legislação falimentar causa para melhorar os meios de dissolução da insolvência empresarial.

Os resultados terão como fim a ampliação dos conhecimentos e explicação sistemática de como funciona o sistema falimentar hodierno, segundo a Análise Econômica do Direito, e sua importância para a sociedade em geral.

## **2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

As relações entre Direito e Economia, sempre apontadas por uma hostilidade visível, foi modificada com o tempo pela necessidade de interação entre as duas matérias. O advogado deixou de somente cumprir a função de formalizar decisões e

assumiu um rol de maior importância nos negócios, garantindo que as vontades de seus clientes não sejam prejudicadas. Tem função de lembrá-los sobre os riscos que botam em xeque, suas deliberações econômicas e suas transações. O operador do Direito deve entender a economia como um todo, para melhor atuar, em sua própria área.

A AED seria a colocação dos instrumentos teóricos, econômicos, empíricos e ciências afins, para alargar a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, aplicação e avaliação de normas jurídicas, especialmente com relação às suas consequências. Conforme aduzem Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn<sup>1</sup> (2005, p.3):

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

O Direito por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as regras entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos provados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa interface.

A AED é simplesmente o aproveitamento do instrumental analítico e empírico da Economia, especialmente da moderna economia, abandonando os antigos pragmatismos econômicos e prendendo-se mais a realidade como ela é do que como deveria ser, para assim envolver, esclarecer e antecipar as implicações fáticas, bem como a lógica, racional, do próprio ordenamento jurídico.

## 2.1 ANTECEDENTES

Surgido na década de 60 nos Estados Unidos, com as publicações de artigos de

---

<sup>1</sup> ZYLLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Raquel. **Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações**, In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Ronald Coase e Guido Calabresi, só recebeu o nome de *Law and Economics*, ou Análise Econômica do Direito em português, graças a Henry Mane, estudante de Coase, que tomou a ação de criar um núcleo de estudos acerca do tema *Center for Law and Economics*, que inicialmente localizava-se em Rochester e recentemente encontra-se na *George Mason Law School*, tendo sido estimulada com a publicação de Richard Posner em 1973 *Economics Analysis of Law*, que concretiza o movimento, sendo mais amplamente discutida por outros como Oliver Williamson, John Nash, dentre outros.

Sua criação nasceu como consequência do realismo jurídico norte-americano em reação ao doutrinalismo juspositivista, visando a separar o formalismo jurídico demasiado, na tentativa de descobrir o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência.

Os pioneiros da doutrina perceberam que para uma captação plena do fenômeno jurídico são essenciais não apenas benefícios teóricos para acomodar de forma eficiente os meios e fins legais, mas doutrinas superiores à mera percepção dos operadores do Direito para empregar meios legais e chegar a fins jurídicos, buscando uma crítica mais acurada acerca das consequências das decisões jurídicas ou alguma política pública incluída no contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será praticada. Segundo o pensamento de Horácio Spector<sup>2</sup> (2003, p.9):

O paradigma econômico do direito comparte com o utilitarismo a proposição de que o direito pode atribuir benefícios e sanções entre os diferentes indivíduos de modo tal que se maximize o bem-estar geral.

A análise econômica do direito começou a produzir explicações numa gama variada de campos jurídicos que passaram a concorrer com os fundamentos tradicionais da *Common Law* e, fundamentalmente, com a ideia assentada de que a razão do direito é fazer justiça. Em suas formulações iniciais, o paradigma econômico inclinava-se por ver o direito como um facilitador do funcionamento dos mercados livres ou como solução de suas anomalias.

O movimento foi ganhando tamanha repercussão que atualmente já se encontra programas de especialização e mestrado em todas as grandes cidades do mundo, bem

---

<sup>2</sup> SPECTOR, Horacio. **Justicia y bienestar**. Desde una perspectiva de derecho comparado. Doxa, nº 26, 2003.

como nos cursos de formação de magistrados, alcançando, inclusive, as salas de aulas da graduação nas universidades. A explicação para essa grande ascensão, sob a ótica jurídica, é como ela explica e prevê as decisões dos juízes, bem com sua capacidade para fixar um sólido conceito de justiça.

## 2.2 INTERDISCIPLINARIDADE

O Direito e Economia têm entre si nítida relação. A Economia moderna é a ciência que analisa a melhor alocação dos recursos escassos entre fins alternativos, na produção de bens ou serviços para agradar as necessidades humanas ilimitadas. Entendida como a técnica para captação do comportamento humano, tendo em vista que os agentes econômicos têm desejos ilimitados e objetivos com recursos escassos.

A sugestão do estudo interdisciplinar, leva em conta a rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica, consoante à sugestão do formalismo jurídico. Retomando os postulados do realismo à análise e evolução da realidade legal, faz-se com que a Economia possa aplicar seus conhecimentos utilizando suas técnicas, para que junto com as premissas da ciência jurídica estabeleçam ideias aplicáveis à realidade social. Estabelecendo assim, um novo tipo de relação, onde o comentário e julgamento de uma norma realizam-se através dos pressupostos da teoria econômica e que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômica.

Mais uma vez o pensamento de Horacio Spector<sup>3</sup> (2003, p.9) acerca do assunto:

Cabe, finalmente, ressaltar que a análise econômica do direito: (i) proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação basta de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si; (ii) é premissa fundamental do modelo: que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas; (iii) o modelo também assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas.

Demonstrada a relação que se estabelece entre Direito e Economia, cabe agora explicar acerca dos doutrinadores que fizeram os alicerces desta teoria que vem

---

<sup>3</sup> *Op cit.*

ganhando imensurável proporção, sendo considerado pelos americanos como um dos maiores avanços do Direito nos últimos 50 anos.

### 2.3 DOUTRINADORES

O movimento da AED alavanca com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago; dando continuidade por Richard Posner, com *Economics Analysis of Law*, também professor da Universidade de Chicago; e por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além de outros, Armen Alchian, George Stigler, Henry Manne, John Nash, Oliver Williamson, também acrescentam os comentários.

Apresentam-se os três autores que ganharam destaque historicamente na aplicação do racionalismo econômico, ao tratamento de questões jurídicas.

#### 2.3.1 Teorema de Coase e os custos de transação

Em 1960, Ronald Coase, Professor da Universidade de Chicago e economista londrino, releva o teorema que ajudou no impulso da AED, na medida em que se aborda os custos de transações, ganhando em 1991, o Prêmio Nobel da Economia.

Afirma Coase que as firmas e os mercados operam com custos positivos, ou seja o modo de sua organização é baseada nas alternativas de menor custo. Outro ponto central de sua teoria é a contemplação dos reais problemas sociais, ao criticar o posicionamento dos economistas neoclássicos, na medida em que enxerga o mundo como ele de fato é e não como deve ser, logo que os neoclassistas veem o conceito de firma, atualmente denominada de empresa, como uma unidade meramente produtiva, o que entende que deve ser vista como uma unidade contratual. O mercado e as organizações caminham juntos e ambos possuem custos para funcionar e o funcionamento das instituições são mais importantes para a compreensão do funcionamento da economia do que de fato lhes tem sido atribuído.

Conforme depreendem Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn<sup>4</sup> (2005, p.6):

---

<sup>4</sup> *Op. Cit.*

Se formos capazes de criar instituições que reduzam os custos de transação, definidos por Barzel como custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade, então os indivíduos na sociedade se engajarão em transações para resolver os problemas alocativos desses direitos. O Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando condições para o funcionamento dos mercados e dos arranjos institucionais.

Dentre as contribuições de Coase para a AED e aplicando a realidade nacional, o ponto primordial de seu trabalho foi à identificação da “firma contratual” e sua substituição de função produtiva pelo inexorável nexos que ela possui com os contratos e relevância dos direitos de propriedade. As organizações são relações contratuais governadas por mecanismos concebidos pelos agentes econômicos. Assim sendo, tem-se um caminho para a busca da resposta do que vem a ser Economia das Organizações e qual sua relação com o Direito.

Nesta esteira, se a firma, nas palavras de Coase, deve ser compreendida como um nexos de contratos, então os problemas de quebra de contratos, de condições contratuais e especialmente de meios que permitam resolver problemas com inadimplência dos contratos, causas que levam a insolvência, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na economia.

Cabe salientar que o papel da justiça, como ordenamento público, é tão importante quanto o do ordenamento privado, pois o arcabouço dos arranjos institucionais, melhor compreendido como modo de governança, das firmas, trabalham com riscos futuros e potenciais inerente ao ambiente institucional e procura criar salvaguardas aos contratos, abrindo-se assim caminho para o estudo positivo dos reflexos nos arranjos contratuais complexos que caracterizam as firmas, não vista como uma função de produção autista, mas como um nexos de contratos inteligentes, em que o Direito deve lançar suas tutelas protetivas para que se evitem falhas de mercado, prejudicando assim a produção nacional e o fomento da economia.

Nas próprias palavras de Coase em *The Problem of Social Cost*<sup>5</sup> (1960, p. 10)

---

<sup>5</sup> COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-23, 1960. p.10.

ele deixa bem claro o papel do Direito na Economia e como as decisões dos tribunais afetam diretamente na economia:

Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.

Um exemplo de aplicação do Teorema de Coase, em nosso país é a inversão do ônus da prova, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Resume o custo de transação elevado na relação fornecedor e consumidor, quando se divide o ônus da prova de modo presumido no Código de Processo Civil, assim sendo quem alega tem que provar. A Lei, ao mostrar que esta prova é do fornecedor, extingue este custo e propicia a negociação eficiente, sem esse custo à negociação é facilitada.

### 2.3.2 *Richard Posner e as decisões eficientes*

Richard Posner, professor na Universidade de Chicago e juiz federal nos Estados Unidos da América, apresenta na década de 1970 a obra inicial específica que fala sobre a Análise Econômica do Direito. Trata-se do livro *Economic Analysis of Law*.

Centrado nos estudos da aplicação da teoria microeconômica (ciência econômica que estuda o comportamento dos atores do mercado), descreve, reformula e critica algumas aparências do Direito e do Sistema Legal, sempre encaixando o Direito à vida da sociedade, aplicando como paradigma de destinatário da norma, o esboço do *homo economicus*, caracterizado pelo homem racional que procura a forma de suas opções fundamentadas em fins econômicos.

Em 1970, ele mostra três premissas fundamentais a AED: as Leis se estabelecem para imporem valores ou subsídios, as atividades alheias do mercado; as pessoas se comportam como maximizadores que pensam no seu bem estar, ainda que

realizem decisões não vinculadas as atividades mercantis (como cometer ou não um delito); e frequentemente é presumível entender as regras feitas por juízes sujeitos ao Direito Consuetudinário, como empenho, conscientes ou não, para trazer resultados eficientes.

O ineditismo da tese de Posner, no mesmo período, encontra-se exatamente nesta última premissa, ele aplica a teoria econômica ao sistema de Direito Consuetudinário, amparando, que as deliberações judiciais (no sistema do *comom law*) seguem pelo esforço, do julgador, em conseguir soluções que externalizem a eficiência. Segundo as próprias palavras de Richard Posner<sup>6</sup> (2007, p. 10):

An economic analysis of the behavioral effects of a legal rule generally begins with the assumption that the legal rule is clearly known not only to judges and other public officials but also to those subject to the legal rule. This knowledge of private citizens might amount simply to the knowledge of what consequences follow from each possible action the agent might take. Actions that provoke a response from public officials generally, or judges in particular, have no special character to them; the citizen in her deliberations treats the consequences of rule-following or rule-breaking as she treats any other price. On Hart's account of legal positivism, however, a private citizen may adopt this detached attitude towards legal rules. The concept of law inherent in policy analysis is thus consistent with positivism.

O modelo dado por Posner que seria uma determinação eficiente é relatado por Julio Alberto Diaz<sup>7</sup> (2005, *on line*):

O Juiz Posner dá o seguinte exemplo de uma decisão eficiente: imagine-se que uma pessoa, denominada “X” assina um contrato para entregar a “A” 100.000 (cem mil) peças a 10 centavos cada uma. Depois de ter entregado 10.000 peças, aparece “B” e diz a esta pessoa que precisa, desesperadamente, de 25.000 peças sendo que, caso contrário, terá que fechar sua fábrica com grandes perdas, e lhe oferece 15 centavos por peça. “X” vende as peças a B e, em consequência, não consegue entregar as peças ao contratante “A”, causando a ele uma perda pelo valor de \$ 1.000. Como “X” obteve um lucro adicional de \$1.250 na venda ao contratante B, ele acaba ficando melhor depois de ter indenizado A pela sua perda, e B também, pois a indenização reparou seu lucro cessante.

---

<sup>6</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7<sup>a</sup> ed. Boston: Little, Brown & co., 2007.

<sup>7</sup> DÍAZ, Julio Alberto. Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 377, 19 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5463>>. Acesso em: 24 out. 2010.

No mesmo período, o rompimento segundo Posner (1973), obteve um ponto de equilíbrio, pois ambos os primeiros contratantes, juntos ao terceiro que apareceu, terminaram em melhor situação daquela em que estavam, sem que ninguém tivesse sido lesado, o que induziria a chancela do sistema jurídico do *comom law*.

### 2.3.3 *Jonh Nash e a Teoria dos Jogos*

Em 1949, John Forbes Nash, ao longo de seus 21 anos criou sua tese de doutorado, intitulada “*Theory of Non-cooperative games*”, também conhecida como “Equilíbrio de Nash”, e que originou verdadeira revolução no estudo da tática econômica aplicada ao estudo da Teoria dos Jogos.

A Teoria dos Jogos foi desenvolvida pelo matemático suíço John Von Neumann no início do século XX. Sua criação foi com a intenção analisar a maneira como agentes econômicos ou sociais atuam no mercado, considerando as possíveis ações e estratégias dos demais agentes econômicos. Esta teoria também analisa as características dos agentes econômicos, de forma a prever as estratégias de cada um deles e os prováveis resultados, diante de cada estratégia, com o intuito de avaliar as prováveis decisões que esses agentes tomarão. Ao prever ou ajudar a entender o comportamento das pessoas, a teoria dos jogos auxilia o Direito, em seu papel de influenciador de condutas, a avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e eficiência. Conforme as palavras de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi<sup>8</sup> (2005, p.157):

Quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas ações se baseiam naquilo que esperam ou desejam que os outros façam, existe o que se denomina “*comportamento estratégico*”. Quando isso ocorre, a interação entre eles pode ser tratada como um jogo. Em tal situação, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as *estratégias* racionais desses indivíduos a partir da definição de quais são as regras do jogo. Os estudiosos de Direito & Economia utilizam a Teoria dos Jogos para estudar como as empresas interagem dadas às normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico, como os agentes econômicos ou como partes em litígios de diversas formas.

---

<sup>8</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

A Teoria dos Jogos ganhou nova extensão e maior seriedade, inclusive no campo jurídico, a partir da teoria de Nash (1949), que enraizou os estudos de equilíbrio entre os agentes econômicos, em relação a ambientes não cooperativos.

A doutrina do nobre matemático aborda soluções para determinado mercado concorrente, mostrando que diante da tática de outros agentes, nenhum outro, pode elevar ao máximo seus resultados. A análise combinada das táticas de mercado a serem escolhidas levará, segundo Nash, a uma solução do qual nenhum dos agentes particularmente experimentará prejuízo, em vista da tática de mercado de outros agentes, garantindo o sucesso da atividade econômica e a saudável manutenção do mercado.

Na Teoria dos Jogos, a conduta é influenciada pela norma legal, sabedor que em certas situações pode ser coerente ir contra ela. Vê-se que os comportamentos não são determinados, podem ser distintos. Ela confere mais de um tipo de comportamento e a opção de qual será acompanhado pode depender da influência mútua de todos. Neste seguimento, ela trabalha mais como forma básica e necessária, do que como condição aceitável para deliberar o comportamento humano, sobretudo se considera que o fenômeno jurídico é sempre mais extenso e abrangente que a mera letra da norma.

A aplicação prática da Lei 11.101/2005 é refletida na assembleia de credores e no plano de recuperação de empresas. Ela é responsável pela defesa dos interesses dos credores, que se organizam por classes, de acordo com a classificação de seus créditos. É um órgão coletivo, deliberativo, convocado e instalado na forma da Lei, com a função de discutir, analisar e definir causas exclusivas. Enquanto o plano de falência é um instituto atual, criado pela referida lei, que serve para reaver o funcionamento da empresa em crise por meio da viabilidade econômico-financeira. É necessária para sua aprovação, a anuência dos credores, logo que em acaso adverso, será fruto da crítica da assembleia geral de credores e é imprescindível nestas situações, pois caso o plano de recuperação não seja confirmado a empresa ingressará em processo de falência.

Seja recuperação, seja falência, só se dará andamento no procedimento concursal, se as deliberações das evidências, de participação dos credores, forem

visíveis aos institutos. Conforme relatado, os credores agrupados por meio da classificação de seus créditos, (podendo ser trabalhista, de garantia real, dentre outros) feitos através destes grupos, os votos das deliberações, que são evados de interesses, remetendo-se ao tema do equilíbrio de Nash, uma vez que todas as classes procuram proteger seus interesses homogêneos para o contentamento de seus débitos, e na assembleia podem ocorrer confrontos de interesses heterogêneos, logo que todas as classes possuem desejos individuais. Uma delas pode almejar a decretação da falência e a outra cobiçar a adesão ao plano de recuperação judicial. Nesse momento as normas do jogo ficam claras com as definições legais e princípios consoantes ao regime falimentar, onde essa discordância de interesses só será solucionada com a cooperação de todos os envolvidos, para o benefício do interesse geral.

### **3.OBJETIVOS MACROSCÓPICOS DA NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIAS (Lei 11.101/05) EM FACE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

É essencial para a atmosfera econômica nacional a essência de uma legislação falimentar competente, o que é bastante debatida pelos doutrinadores da AED. Essa seriedade nasce a partir da experiência doutrinária e prática, de que um sistema de resolução de insolvências que impõe uma estrutura sistemática de resolução de desordem e coordenação de interesses para empresas falidas ou com problemas financeiros, provocando consequências eficientes do panorama econômico. A legislação falimentar desempenha uma função ainda mais complexa, indicando aos agentes econômicos sobre os prováveis efeitos a serem alcançados nas táticas de negócios.

Para a economia de mercado, a Lei falimentar é importante instituição legal. Os desígnios da Lei são três: evadir-se das empresas ineficientes; realocar ativos em ordem crescente de competência, e de deveres para credores, aumentando, nessa atitude, a eficiência do sistema; e, por fim, criar um sistema de estímulos para que a conduta dos agentes econômicos se mostre parecido com o almejado.

Ela é um elemento ponderável na determinação da eficiência de um mercado de crédito. É desígnio seu organizar a divisão dos ativos remanescentes da empresa

insolvente entre os diferentes grupos que têm direitos a eles: acionistas, credores, funcionários, fornecedores e o fisco. Como a legislação de crédito em geral, ela deve procurar estabelecer um equilíbrio entre proteger os credores – incentivando-os a financiar a empresa – e os acionistas – encorajando-os a assumir riscos razoáveis. Noutra é proteger os bens da empresa enquanto ela passa pelo processo de reestruturação ou liquidação, de forma que o processo de negociação entre as partes se dê com a menor perda de ativos socialmente válidos.

A promoção da eficiência econômica é um dos objetivos do regime de falência, segundo a doutrina da AED, com intuito que o sistema econômico se veja livre das empresas ineficientes e realoque os ativos produtivos aos credos para empresas mais eficientes, através do aumento da eficiência nas relações comerciais por via da redução dos custos de transação nas negociações, bem como ao garantir meios de cobrança judicial eficazes, fazendo com que as penalidades aos inadimplentes sejam mais rigorosas, erguendo o mercado de crédito e diminuindo a pressão aos juros.

Por fim tem-se que a redução dos custos de transação resolve o problema da ação coletiva que surge entre os credores, buscando solução harmônica entre eles, daí o fato de que é sempre melhor o Estado impor os procedimentos padrões desta execução coletiva, pois seria muito difícil que todos os interessados chegassem, caso a caso, a um acordo que fosse satisfatório para todos.

Entende-se por objetivos macroscópicos, segundo os conceitos da ciência econômica, como estudo da economia como um todo, ou seja, estuda os agregados econômicos em geral, aplicando isto ao sistema falimentar brasileiro, obtém-se o estudo sistemático de que incentivos econômicos o sistema irá proporcionar.

### 3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DE UM BOM SISTEMA FALIMENTAR

A eficiência do sistema de crédito deve ser direta na orientação de qualquer Lei de Falência, preservando de forma honesta e célere a entidade econômica, sem danos aos credores reais da massa. Considera as influências de fatores legais e institucionais em sua aplicação, e tem por base, o grau de amadurecimento social de uma determinada economia e os institutos dos seus anseios de proteção.

Pelo ponto de vista macroscópico, nas situações de falência, duas soluções são colocadas: os credores ou podem executar suas respectivas garantias ou pode se realizar a venda de todos os ativos para liquidação proporcional ao passivo. Na última hipótese, a atual Lei se agrega, num ordenamento específico e numa sistematização de prioridade para que o procedimento falimentar seja o mais metódico possível. Como lembra Thomas Felsberg<sup>9</sup> (*apud*, PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 208), embasando o assunto sob uma perspectiva mais voltada à Análise Econômica do Direito:

[...] empresas insolventes são unidades produtivas exatamente iguais às solventes, com a exceção de que seus passivos se encontram desestruturados; fora isso geram empregos, compram e transformam matérias-primas, vendem produtos acabados – enfim, produzem riquezas.

Finaliza com o anseio por resultados eficientes com os procedimentos do Direito Concursal de forma *ex post*, ou seja, que a importância integral dos ativos da massa falida (acervo de bens do falido) deve sempre ser maximizado com o intuito de lançar a maior quantia de dinheiro possível para os credores (qualquer um que tiver créditos com a empresa). Sendo assim, qualquer decisão de venda ou reestruturação deve satisfazer a regra de que o procedimento será mais eficiente se o resultado aos credores for o maior possível. Isto gera um estado de eficiência *ex ante*, quanto maiores às garantias repassadas aos credores, antes da insolvência ou da falta de liquidez, menores os custos de transação, relacionados ao curso das atividades da empresa, por exemplo, a taxa de juros.

### 3.2 SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO, LEI 11.101/2005

É tranquilo o juízo de que deve ser dado com grande solenidade à busca da preservação da empresa e, particularmente no ordenamento jurídico brasileiro onde foram vivenciadas décadas com uma legislação totalmente atrasada e longe da realidade. Faz-se de extrema precisão uma interpretação do texto legal, tanto nos casos antigos como naqueles já regulados pela Lei nº 11.101/2005, que privilegie formas e mecanismos que liberem a recuperação das empresas em crise.

---

<sup>9</sup> *Op. Cit.*

Waldo Fazzio Júnior<sup>10</sup> (2008, p.20) enaltece o valor econômico e social da empresa e do início em análise garantindo que “insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social”. Por ser uma unidade econômica de produção de bens e serviços, com a necessidade de empregados, a empresa unifica o elo de uma enorme corrente da economia, cujo desaparecimento seguramente é capaz de propiciar efeitos intransponíveis, e tais sequelas não são favoráveis para o mercado, por isso tanta proteção ao princípio da preservação da empresa.

Portanto, com a empresa em crise, os meios para evitar a falência devem ser medidos e não utilizados de maneira irrestrita, aplicando princípio da viabilidade da empresa, analisando viável para a coletividade a preservação dessa empresa. Caso seja admitida a generalização da aplicação do princípio da preservação da empresa agregado com o da viabilidade, ao invés de amortecer os custos de transação, que se aspira evitar com a manutenção da atividade econômica, poderá ter efeito reverso, com custos maiores.

Os meios legais aplicados à recuperação devem ser abordados: a veemência dos credores, do emprego dos trabalhadores e a sustentação da fonte produtora. Trata-se de norma programática, mas que traduz uma referência hermenêutica obrigatória para a interpretação de todos os demais artigos que cuidam da recuperação judicial, evitando qualquer ocasião em que se possa entender de forma diversa ao disposto no Art. 47 da Lei de Falências e Recuperação Judicial.

Em relação ao interesse dos credores é necessário explicar sobre o princípio do tratamento paritário entre os credores, ou *par condictiu creditorum*. O sistema concursal brasileiro visa satisfazer equitativamente, pretensões creditícias legítimas, mesmo ante a necessidade de se considerar o interesse social na manutenção ou não do

---

<sup>10</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

empreendimento em crise, o fato é que a solução proporcional do passivo sempre será o norte do procedimento adotado. Cada crédito deve observar a posição que a Lei lhe reserva na classificação dos créditos, assegurando a índole preferencial de alguns seja efetivamente observada.

A diferença na aplicação do princípio repousa sobre o fato em que enquanto na recuperação judicial a empresa possui meios de sanar a crise econômico-financeira, através de plano de recuperação judicial, na falência isso não é possível, pois os meios utilizados no processo de falência visam garantir a satisfação dos créditos aos credores, fazendo isso de forma a maximizar esta satisfação respeitando a classificação dos créditos que a Lei impõe. Como de forma sábia coloca Gladston Mamede<sup>11</sup> (2008, p. 287-288):

Compreende-se, assim, o artigo 75 da Lei 11.101/05, quando prevê que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; ele, o empresário ou a sociedade empresária torna-se insolvente e, destarte, seu patrimônio deverá ser liquidado para saldar, no que for possível, as dívidas que tem. No entanto, confundir o empresário ou a sociedade empresária com a empresa é um erro crasso. A empresa é um ente despersonalizado, que cumpre sua função social (princípio da função social da empresa) e que, portanto deve ser preservada (princípio da preservação da empresa). Com o desmantelamento da estrutura produtiva, perdem todos, o que por si só justifica o novo sistema. Uma lástima, um erro que se repetiu ao longo de décadas no Brasil, levando à liquidação de empresas (e ao desmantelamento de estruturas produtivas) como se fosse um pressuposto para a liquidação das sociedades empresárias que as titularizavam e que tinha falido. Não é. As sociedades podem ser liquidadas sem liquidar as empresas, já que são coisas distintas: sujeito e objeto. Aliena-se o objeto (a empresa) em pleno funcionamento, com o que se conseguirá um valor superior pelo patrimônio ativo (beneficiando, assim, mesmo os credores), e mantêm-se os benefícios da fonte produtora, incluindo empregos, mercado etc.

Ao se analisar economicamente os principais agentes envolvidos num processo de recuperação judicial, percebe-se que cada um deles, individualmente, tem intenções para buscar a recuperação da empresa. Sob o ponto de vista do devedor e administrador

---

<sup>11</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial Brasileiro: falência e recuperação judicial**. Vol. 4. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

da empresa, essa é a melhor alternativa para abrandar a crise financeira e manter a viabilidade de seu negócio, evitando a falência. Na visão dos credores, a superação da crise financeira da empresa aumenta as perspectivas de recuperação dos créditos concedidos, a manutenção ou mesmo a realização de novos negócios. Já para os trabalhadores, o objetivo é a manutenção dos empregos e a criação de condições efetivas para que os salários e benefícios em atraso sejam devidamente pagos. Para as Fazendas Públicas, o sucesso na recuperação da empresa representa uma garantia de recebimento de tributos não recolhidos e, principalmente, de que o fluxo futuro não será interrompido pela falência.

Para que a recuperação judicial tenha seus fins garantidos foi criado o período de *stay*, onde todas as ações e execuções ficam suspensas por um período improrrogável de 180 dias, dando uma sobrevida a empresa em crise. Vale ressaltar que com este período a empresa terá que negociar com seus credores em assembleia para que aprove o plano de recuperação judicial, para que desta forma se ditem os moldes em que a empresa deverá seguir para sanar a crise que enfrenta.

Além da recuperação judicial existe a extrajudicial, que reflete um acordo entre credores e a empresa devedora, em que se negociam os débitos para que assim todos sejam satisfeitos da forma mais eficiente. Sua conceituação fica a cargo do pensamento de Waldo Fazzio Júnior<sup>12</sup> (2006, p.117):

A recuperação extrajudicial é um negócio, um acordo que pode ser celebrado entre o devedor e alguns credores ou entre o devedor e todos os credores. Não é a única possibilidade de acordo privado entre o devedor e seus credores, o que, aliais, é expressamente reconhecido no Art. 167 da LRE.

A criação da recuperação extrajudicial não apenas autoriza a realização de negociações privadas e informais entre o devedor e seus credores, reduzindo o custo de transação envolvido no procedimento, como também conferem maior transparência e segurança com a possibilidade de homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial que resulte dessas negociações. A presença do Judiciário é demandada para verificar se os requisitos legais estão sendo cumpridos, homologando o acordo em caso

---

<sup>12</sup> *Op. Cit.*

positivo, o que torna o processo mais ágil e flexível. Embora pequena a participação do Poder Público mostra-se necessária como forma de legitimar e conferir maior segurança ao acordo, minimizando a possibilidade de disputas nos tribunais, o que prejudicaria a celeridade e a confiabilidade que se buscou com o novo instituto.

Por muitas vezes não é viável, a recuperação da empresa. Para essas situações foi elaborado um procedimento célere de falência. É necessário um lineamento legal com incitamentos corretos, para que a empresa seja liquidada de forma ordenada e eficiente, assim como se faz em sua recuperação. A ordem representa o respeito às preferências dos créditos, aos formatos de alienação dos ativos, às decisões coletivas em detrimento das decisões individuais. A eficiência significa a maximização dos resultados, considerando a maior quantidade possível de créditos. Dando ênfase que, a falência simula uma ocasião de inviabilidade financeira da empresa, mas não essencialmente a economia do negócio intransitável.

Insuscetível de recuperação judicial, as expressões no estado de falência e liquidação servem para designar a insolvência ou a crise da sociedade ou empresário. Entendida em sua acepção jurídica, a insolvência empresarial é o estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo. Salientada que, esta insolvência não é entendida em sua acepção econômica, conforme as bem postas palavras de Fábio Ulhoa Coelho<sup>13</sup> (2009, p.252):

Um dos pressupostos da instauração deste específico processo judicial de execução é, portanto, a insolvência. Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a Lei falimentar estabelece. Para que o devedor empresário se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se livra da execução concursal o empresário que lograr demonstrar eventual superioridade de ativo em relação ao passivo. Note-se que a prova da solvência econômica pelo devedor civil tem o efeito

---

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

de afastar a instauração de sua execução concursal (CPC, art. 756, II), mas isso não acontece no âmbito do pedido de falência.

Para fins de decretação de falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos nos incisos do Art. 94 da Lei Falimentar como ensejadores da quebra. Especificamente, se o empresário for, sem justificativa, impontual no cumprimento de obrigação líquida, se incorrer em tríplice omissão, ou se praticar atos de falência, cumpre-se o pressuposto da insolvência jurídica. Quer dizer que demonstrados os quesitos legais acima, mesmo que o empresário tenha patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo, será decretada sua falência.

Para a consecução dos objetivos do juízo, fazem-se necessários órgãos que conduzirão ao procedimento falimentar, sendo eles: o juiz, o administrador judicial e o Ministério Público, figurando como obrigatórios, e os facultativos, que são: a assembleia geral de credores e o comitê de credores.

A figura do juiz é tão importante para os feitos falimentares que todos os demais órgãos giram em torno dele, logo que possui função de regente do procedimento concursal, podendo tomar todas as medidas necessárias para o bom andamento do processo.

Dentre as inovações da nova legislação falimentar o Ministério Público deixou de ser considerado curador da massa e passou a ser considerado como fiscal da Lei, ganhando o procedimento em celeridade. Enquanto o administrador judicial não é administrador em si, em verdade ele é apenas um fiscalizador do falido e somente atuará efetivamente como administrador no espaço de tempo em que o administrador do falido for afastado da condução de seus negócios, até que seja indicado pela assembleia geral de credores um gestor judicial, que irá administrar a atividade econômica, logo que o devedor é afastado da administração da atividade econômica. Já os órgãos facultativos têm a finalidade de auxiliar o juízo falimentar e defender os interesses dos credores.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O surgimento do atual sistema falimentar brasileiro, regido pela Lei

11.101/2005 foi embasado pela experiência internacional e motivado pela relevância cada vez mais preponderante que as empresas possuem no cenário nacional, pois é através delas que se geram empregos, renda, fomenta a economia nacional, geram receitas aos cofres públicos, enfim, um agregado de atributos que contribuem para o desenvolvimento nacional.

A criação de um procedimento falimentar que atenda aos anseios de mercado é essencial para a manutenção de um cenário econômico estável e propício ao desenvolvimento. Por isso que a nova legislação falimentar foi tão louvada, uma vez que o antigo sistema falimentar já não estava em consonância à dinâmica econômica do sistema capitalista e as necessidades do mercado.

Graças às teorias da Análise Econômica do Direito pôde-se notar que através do estudo interdisciplinar de duas ciências que possuem metodologias semelhantes, porém com objetos distintos é capaz de encontrar soluções palpáveis para a problemática da resolução de insolvência empresarial, baseando-se em teorias que visam à objetividade e eficiência.

A introdução no país de um marco legal falimentar bem balanceado, baseado nos institutos de recuperação de empresas e falências e que equilibra os interesses de devedor e credores, constitui um passo fundamental na direção de um ambiente econômico com maior segurança jurídica e destinada à preservação da produção, do emprego e do crédito. Esse é um avanço institucional importante, com impactos positivos no funcionamento da economia e que se traduzirão em processos de resolução de insolvências mais eficientes e num ambiente mais propício à realização de negócios em geral e ao mercado de crédito em particular.

Demonstrou-se que através de alterações na forma de se operar o Direito Concursal, a exemplo da classificação dos créditos, onde os créditos de garantia real têm privilégio de recebimento aos tributários, ganhando o sistema em incentivos a continuidade da atividade econômica, bem com na criação de novos institutos, a respeito da recuperação extrajudicial, fazendo com que os credores e o devedor possam negociar acerca dos créditos que estão levando a empresa à crise, o resgate de outros já

existentes em legislações antigas que ganharam nova funcionalidade, como é o caso da assembleia geral de credores, ganhando os credores maior poder de participação do procedimento falimentar, o síndico que se transformou em administrador judicial, tendo este mais atribuições e responsabilidades perante a massa falida, e do Ministério Público, que não intervém tanto no processo, ganhando este em celeridade.

Pretende-se, portanto, com esse novo conjunto de regras, dotar a economia brasileira de uma legislação que estimule a preservação das empresas economicamente viáveis e maximize o valor daquelas que não têm condições de recuperação, aumentando a eficiência econômica, ampliando o mercado de crédito e consolidando as bases para um crescimento sustentável, que implique em ganhos de bem estar para toda a sociedade.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-23, 1960. p.10.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DÍAZ, Julio Alberto. Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 377, 19 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5463>>. Acesso em: 24 out. 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial Brasileiro: falência e recuperação judicial**. Vol. 4. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsvier, 2005

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7<sup>a</sup> ed. Boston: Little, Brown & co., 2007. p.10.

SPECTOR, Horacio. **Justicia y bienestar**. Desde uma perspectiva de derecho comparado. Doxa, nº 26, 2003.

ZYLLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Raquel. Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.