



COORDENAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

TÓPICOS
ATUAIS SOBRE
RECUPERAÇÃO
JUDICIAL

APRESENTAÇÃO

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

PREFÁCIO

Desembargador Moacyr Lobato de Campos Filho

TÓPICOS
ATUAIS SOBRE
RECUPERAÇÃO
JUDICIAL

A decorative graphic on the right side of the cover consists of seven vertical bars of varying heights and widths, arranged in a descending staircase pattern from top-left to bottom-right. Each bar has a glossy sphere at its base, with the spheres also following the descending staircase pattern. The bars and spheres are rendered in shades of gray, creating a 3D effect with highlights and shadows.

COORDENAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

TÓPICOS ATUAIS SOBRE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

APRESENTAÇÃO

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

PREFÁCIO

Desembargador Moacyr Lobato de Campos Filho

Coordenação Editorial
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto

Conselho Editorial

DOUTORES:

Fábio S. Santos
Ionã Carqueijo Scarante
João Evangelista do Nascimento Neto
José Gileá
José Rômulo de Magalhães Filho
Luciano Sérgio Ventim Bomfim
Maria João Guia (Portugal)
Nadialice Francischini de Souza
Régia Mabel Freitas
Ricardo Maurício Freire Soares
Sheila Marta Carregosa Rocha
Urbano Félix Pugliese do Bomfim

MESTRES:

Angelo Boreggio
Bruno Barbosa Heim
Daniela Magalhães Costa de Jesus
Isan Almeida Lima
Jerusa de Arruda
Katia Maria Mendes da Silva
Magno Conceição das Mercês
Marcelo Politano de Freitas
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto
Raphael Lima R. Leal
Sueli Bonfim Lago

Programação Visual de Capa
Fernando Campos

Diagramação
Alfredo Barreto

Revisão

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

A reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer modo, somente será permitida com autorização da editora.

(Lei nº 9.610 de 19.02.1998)

CIP – Brasil. Catalogação na fonte

Machado, Célio Marcos Lopes; Leão, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés -

Tópicos atuais sobre recuperação judicial / organização, Célio Marcos Lopes Machado & Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Salvador, BA: Editora Mente Aberta; 31 de outubro de 2022.

322 p.

ISBN: 978-85-66960-67-9

1. Direito. 2. Recuperação judicial. 3. IAtualidades. I. Machado, Célio Marcos Lopes, Diego Rodrigues. II. Leão, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. III. Carvalho, Augusto César Leite, apresentação. IV. Campos Filho, Moacyr Lobato de, prefácio V. Título.

CDD 340

Impresso no Brasil

SOBRE OS ORGANIZADORES

CÉLIO MARCOS LOPES MACHADO

Advogado e Economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Doutorando em Direito pela PUCMINAS. E-mail: celio@machadomendes.com.

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Pós-doutora em Direitos Humanos e Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha. Doutora em Direito Público pela PUCMINAS. Mestre em Direito das relações econômico-empresariais pela UNIFRAN-SP. Professora Universitária. Autora de obras jurídicas. E-mail: simoneleticia77@gmail.com.

APRESENTAÇÃO

A obra *Tópicos atuais sobre recuperação judicial* organizada pela professora Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e pelo advogado Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, constitui uma produção intelectual de pesquisadores do universo jurídico e acadêmico, com reflexões de grande valia para o contexto atual.

No primeiro capítulo, o autor Célio Marcos Lopes Machado suscita “Breves considerações acerca das principais alterações advindas da Lei n. 14.112/2020 na recuperação judicial, extrajudicial e falências”, dissertando a respeito das novidades trazidas pela Lei n. 14.112/2020, que visam reduzir a burocracia e acelerar os processos de recuperação judicial no Brasil, em busca de novas alternativas para a solução das crises (econômica, financeira e patrimonial) das empresas, utilizando-se de mecanismos menos burocráticos e mais acessíveis, visando uma melhor reestruturação das empresas. O autor discute, principalmente, as principais alterações advindas dessa nova legislação e destaca que elas são bastante positivas e ocorreram principalmente em razão da pandemia Covid-19, que afetou a atividade produtiva empresarial, diminuindo substancialmente suas chances de sobrevivência.

Em seguida, no capítulo II, o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca expõe sobre “A reorganização de empresas”, destacando que a Lei nº 14.112 de 2020 provoca o reexame crítico da questão das empresas em situação de dificuldade e que a reorganização destas empresas surge como esforço de sustentabilidade. Para o autor, o fenômeno da atuação globalizada das empresas exige que as autoridades competentes se comuniquem e se preparem para garantir a superação das crises enfrentadas pelas empresas. Destaca a interpretação da legislação brasileira num contexto de globalização e com a utilização do método da análise econômica do Direito.

No capítulo III, os autores Paulo Márcio Reis Santos e Fabiane Ap. Soares da Silva Lucena, expõem sobre “Análise econômica do Direito aplicada na recuperação judicial: a eficiência como método para a concretização da função social da empresa”, oportunidade em que sustentam que o momento de crise econômica e financeira enfrentado pelas empresas é pauta de interesse daqueles que fazem parte de sua cadeia de produção e consumo. Para eles, muitas vezes as soluções para demandas de recuperação judicial são encontradas para além do arcabouço normativo. Partindo desta premissa, levam em consideração que a teoria da análise

econômica do direito (AED) aplicada na recuperação judicial promove maior eficiência e previsibilidade nas repostas para os interessados além de observância ao princípio função social da empresa mesmo no encerramento de suas atividades, além de indiretamente contribuir para a celeridade processual.

Após, no capítulo IV, as autoras Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discutem sobre “Mediação de conflitos nos processos de recuperação judicial: as inovações advindas da Lei n.º 14.112/2020”, no intuito de promover uma análise do instituto jurídico da mediação a partir das principais inovações advindas da Lei n.º 14.112/2020 (Lei de Recuperação Judicial) – que promoveu a atualização da legislação atinente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Ressaltam que o capítulo se direciona especificamente à inclusão dos artigos 20-A a 20-D e à alteração promovida na alínea ‘j’, do inciso I do artigo 22, ambos referentes à Lei 11.101/2005, inovações efetivadas pelo legislador pátrio no propósito de estimular a uso dos métodos alternativos de solução de conflitos, com enfoque na mediação, relacionados à recuperação judicial e à falência.

No capítulo V, o autor Antonio Evangelista de Souza Netto estabelece “Os novos parâmetros normativos da legislação brasileira sobre os procedimentos de insolvência transnacional”, no intuito de abordar alguns aspectos das novas regras brasileiras sobre os processos de insolvência transnacional, incluídas na Lei n.º 11.101/2005 pela Lei n.º 14.112/2020. Destaca a relação da reforma com outras medidas de desburocratização e aperfeiçoamento dos sistemas regulatórios das atividades econômicas no Brasil; as influências exercidas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI); as hipóteses específicas de incidência das novas disposições legais; e as contribuições das diretrizes da Rede de Insolvência Judicial (RIJ) para a regulamentação da cooperação jurisdicional no campo da insolvência transnacional.

As autoras Teresa Cristina da Cunha Peixoto e Ana Clara da Cunha Peixoto Reis versam, no capítulo VI, sobre “Os aspectos da recuperação judicial no âmbito do produtor rural” e ponderam que a submissão do agronegócio, dada a sua importância econômica para o país, à Lei de Recuperação Judicial tem implicado questionamentos ainda não sedimentados na doutrina e na jurisprudência quanto ao enquadramento do produtor rural após o registro como empresário rural. Sustentam que o exponencial crescimento do agronegócio demandou alto investimento dos produtores rurais, inclusive por meio da contratação de empréstimos bancários, visando maximizar a produção e majorar a rentabilidade. Para elas, se de um lado o crescimento projetou os produtores rurais, pessoas físicas não empresárias, no mercado, por outro, a larga demanda por

investimentos ocasionou o maior endividamento do setor, que urgiu pela sua inclusão na regulamentação da recuperação judicial. A Lei n. 14.112 de 2020 trouxe significativa alteração na redação da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101/05).

Em seguida, no capítulo VII, a autora Lucyléa Gonçalves França trata da “Recuperação judicial e sustentabilidade: a função socioambiental empresarial”, investigando de que maneira a Lei n. 11.101/2005, reconhece, e recepciona, a sustentabilidade como ferramenta de estabilidade social e sua importância para os mercados, na construção do modelo de regulação empresarial ideal. A autora faz a análise do processo de evolução da legislação ambiental brasileira consequentemente dirigida ao conjunto de empreendimentos, independentemente de sua natureza ou objeto social e expõe que a recuperação judicial se apresenta como ferramenta imprescindível para a ampliação do tratamento da sustentabilidade muito além do contexto ambiental, levando-se em considerações o conjunto das relações sociais e a necessidade de avanço das instituições e preservação, das empresas deficitárias.

No capítulo VIII, o autor Renato Dolabella trata da “Recuperação judicial para associações desportivas sem fins lucrativos e a Lei de Sociedades Anônimas do futebol (SAF)”, pois as entidades desportivas historicamente se estruturaram na forma de associações sem fins lucrativos, inclusive no âmbito do futebol. Para o autor, ao longo do tempo, essa situação foi motivo de diversos debates e normas, inclusive quanto à eventual equiparação dessas organizações a pessoas jurídicas de caráter empresarial. Uma das questões que se destacam nesse contexto é a (im)possibilidade de um clube de futebol requerer sua recuperação judicial, tema esse relevante por causa do alto grau de endividamento das maiores entidades brasileiras dessa modalidade.

Após, no capítulo IX, o autor Pablo Henrique de Oliveira examina “A inaplicabilidade do teto de juros de um por cento ao mês e da vedação à sua capitalização em periodicidade inferior à anual aos contratos de *DIP financing* que tenham, como fornecedor do crédito, pessoa não integrante do sistema financeiro nacional”, com o objetivo de verificar se o limite da licitude da remuneração (juros) por empréstimos e financiamentos realizados por pessoas estranhas ao Sistema Financeiro Nacional, nos termos da legislação civil, são, ou não, aplicáveis a essas mesmas pessoas no âmbito do financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial (“DIP Financing”), conforme o regime instituído pela Lei n. 14.112 de 24 de novembro de 2020.

No capítulo X, as autoras Patrícia Gorisch e Paula Carpes Victório dissertam acerca do tema “ *Holding* familiar na Covid-19 e no planejamento na resolução de conflitos sucessórios”, destacando a necessidade da existência de uma organização voltada à administração do patrimônio

comum aos membros da família, com a sobrevivência da empresa familiar sem maiores prejuízos na hipótese de se abrir, por algum eventual óbito, a sucessão. Para as autoras, a *holding* familiar se apresenta, nesse contexto, como excelente solução, pois a administração do bem comum de família é profissionalizada, sem as interferências de eventuais conflitos familiares existentes. Salientam que o direito sucessório no Brasil ocasiona uma série de conflitos familiares – quer pela demora na tramitação dos processos de inventário no Judiciário, quer pela dificuldade em haver uma composição amigável com relação à partilha de bens sem testamento. Ademais, há a dificuldade na administração desse patrimônio até que a partilha seja realizada. Somado a isso, há ainda a urgência que as empresas familiares têm em administrar o seu próprio patrimônio após a morte do patriarca ou matriarca, ainda mais em tempos de pandemia na covid19.

As autoras Sandra Fonseca e Bárbara Fonseca, no capítulo XI, analisam “A Lei de Recuperação Judicial como instrumento de proteção ao direito social do trabalho” e pontuam que a proteção internacional dos direitos humanos positivou-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que veio a lume após as graves violações perpetradas na segunda grande guerra contra o ser humano. Sustentam que entre os direitos sociais, encontra-se o direito ao trabalho do cidadão para uma vida digna, bem como de sua família, e que exercício do trabalho é garantido pela empresa, cumprindo a sua função social. Para elas, o Estado, com a mitigação de sua soberania, recebe a influência do direito internacional, devendo fornecer melhores condições para a criação, desenvolvimento e recuperação das empresas, evitando-se os danos sociais.

Após, no capítulo XII, as autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão Sabrina Nunes Borges investigam as “Inovações processuais da Lei de Falências e Recuperação Judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015”, porquanto muitas dessas alterações vieram consolidar entendimentos já arraigados na doutrina e, principalmente, na jurisprudência, e outras vieram acrescentar dispositivos acerca de temas novos, que até então não eram tratados pela legislação. Enfatizam que tal reforma veio em um momento de extrema necessidade, sobretudo em função da crise advinda do Covid-19. E questionam enfim em que medida essas inovações processuais podem contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico da recuperação judicial.

No capítulo XIII, os autores Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Lucas Rafael Chaves de Souza e Wesley Aguiar Chaves, buscam traçar “Breves notas político-criminais sobre expansionismo penal na recuperação judicial no Brasil contemporâneo” e analisam o expansionismo penal na reconstrução do Estado de Direito brasileiro, cujo elemento fundante é a legalidade penal, princípio limitador da atuação do ente estatal, bem como as inovações trazidas para a seara penal no que toca à recuperação judicial.

Trazem uma análise pontual das alterações das disposições penais da Nova Lei voltada ao regramento da recuperação judicial e ao estado de falência.

Por sua vez, no capítulo XIV, o autor Alison Mendes Nogueira apresenta alternativas para a aplicação da teoria diferenciadora do estado de necessidade, no âmbito dos crimes tributários, em especial, para tratamento das condutas praticadas na administração de empresas em recuperação judicial. Disserta sobre “*Crimes tributários e a empresa em recuperação judicial – comentários sobre a aplicação do estado de necessidade exculpante*”, analisando o tratamento dado ao estado de necessidade na legislação nacional vigente, e das consequências derivadas de sua aplicação no âmbito do Direito Penal Tributário, a partir do estudo e análise das jurisprudências consolidadas sobre o tema. Ao final, traça um paralelo entre os requisitos e as consequências da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com base na Lei n. 11.105/2005, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, e a possibilidade de aplicação do estado de necessidade exculpante para os injustos relacionados à ordem tributária e econômica, em consonância com o Princípio da Independência das Instâncias.

Os autores Alex Dylan Freitas Silva e Frederico Santiago de Mendonça cuidam no capítulo XV, da “Competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias de empresas em recuperação judicial: a polêmica alteração promovida pela Lei n. 14.112/2020”, apurando que a jurisprudência hodierna é majoritária no sentido de atribuir a competência da Justiça do Trabalho para executar o crédito trabalhista (principal) e previdenciário (acessório), sendo este último de ofício. No entanto, em caso de recuperação judicial da sociedade empresária executada na Justiça do Trabalho, os autores problematizam a competência para a execução do crédito previdenciário, destacando que a Lei n. 14.112/2020 alterou a Lei da Recuperação e Falência, passando a impedir expressamente os juízes trabalhistas de expedirem certidões de crédito previdenciário ao juízo falimentar.

No capítulo XVI, a autora Naiara de Moraes e Silva versa sobre “Entre crises micro e macroeconômicas: recuperação judicial e preservação da capacidade produtiva pós-pandemia”. Para a autora, a recuperação judicial busca viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, dos interesses dos credores, e promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Sustenta que a recuperação judicial é instituto jurídico capaz de auxiliar na recuperação da capacidade produtiva e de adimplemento de empresas em dificuldade. A autora põe em debate os elementos dos cenários microeconômico e macroeconômico que interferem na sobrevivência das companhias, visando uma abordagem interdisciplinar da realidade fática, considerando o contexto da pandemia

de Covid-19 e os caminhos propositivos capazes de manter a capacidade produtiva após as satisfações obrigacionais, respeitando-se a função social das empresas.

Como facilmente se há perceber, esta coletânea dissecou a recuperação judicial de forma cuidadosamente transversal, atendendo a expectativas múltiplas de compreensão da roupagem desse instituto após, sobretudo, a edição da Lei n. 14.112/2020.

Em cada capítulo deste livro, o leitor poderá adensar os seus estudos acerca das perspectivas cível, penal, trabalhista, previdenciária e penal que se descortinam a partir das significativas modificações havidas na lei de regência da recuperação judicial, sob os auspícios de uma abordagem crítica que cuida igualmente de questionar a legitimação da nova ordem legal sob a abóbada dos preceitos convencionais e constitucionais que exigem a sintonia de qualquer inovação jurídica com os desígnios da sustentabilidade e do respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Terá sido uma distinção para este amante do bom Direito, do Direito que se irradia com a centelha da razão e da sensibilidade, a oportunidade de ter o primeiro contato com esta obra e, a convite da professora Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, a de poder apresentá-la à comunidade acadêmica e profissional, com os auspícios de uma leitura fluida e muito proveitosa.

Brasília-DF, na primavera de 2022.

Augusto César Leite de Carvalho

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho
Professor de Direitos Humanos e de Direito do Trabalho

PREFÁCIO

Em poucas vezes o Brasil experimentou alterações de ordem legislativa tão intensas e profundas como na área do Direito da Insolvência, ou direito das empresas em dificuldades e outras designações utilizadas para identificar o sistema concebido para enfrentar a crise das empresas e dos empresários no Brasil.

Mal ultrapassado o primeiro quinto do século XXI, duas das mais importantes leis promulgadas no país vieram exatamente nessa seara.

De fato, em 2005, a Lei n. 11.101 rompeu a inércia de seis décadas e apresentou à sociedade brasileira, especialmente aos seus agentes econômicos e à comunidade jurídica em geral, modelo diferente da velha e superada Concordata.

Veio a lume, por exigência de todos aqueles devotados ao estudo do fenômeno da Insolvência, o instituto da recuperação de empresas, tanto no plano judicial, como no plano extrajudicial.

De rápida assimilação pelo mercado e entusiasmada adesão na doutrina e ágeis e esclarecedoras decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, a recuperação judicial, sobretudo, revelou-se como efetiva possibilidade de soerguimento da empresa e a preservação dos inúmeros benefícios de ordem econômica e social advindos da manutenção da atividade econômica.

A dinâmica das relações econômicas e seus inevitáveis desdobramentos na ordem social impõem permanente reflexão sobre adequação das normas jurídicas vigentes à pulsante realidade do desenvolvimento dos negócios.

Não é de se estranhar, portanto, que os quinze primeiros anos de vigência da Lei n. 11.101 indicassem a necessidade, mais do que a simples conveniência, de aperfeiçoamento do sistema, a fim de complementar aquilo que o texto originariamente não fora capaz de regular, preenchendo campos e lacunas que a **práxis** mostrou ser indispensável.

Com esse propósito, o Projeto de Lei oriundo de iniciativa congressional, precedida de amplos estudos e subsídios apresentados por notáveis conhecedores da matéria, resultou na edição da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, com entrada em vigência no final de janeiro de 2021.

Não houve, por força da nova lei, de todos conhecida, qualquer transformação radical do sistema concebido em 2005.

Ao contrário, suas bases se mantiveram íntegras, sem embargo de profundas transformações implementadas pelas novas disposições.

Saudados e bem recebidos, os avanços contidos na Lei n. 14.112/2020 foram - e continuam a ser - objeto de debates, pesquisas e reflexões, traduzidos em estudos, muitos deles apresentados sob a forma de obra coletiva como a que, agora, a Professora Simone Letícia Severo de Sousa Dabés Leão - coordenadora ao lado do Dr. Célio Marcos Lopes Machado -, concede-me a honra de prefaciá-la.

A obra *Tópicos atuais sobre recuperação judicial* não é somente mais um livro sobre temática tão atual e presente em nossos dias. Sua singularidade reside na seleção dos autores que oferecem suas contribuições em forma de artigos. São professores, mestres, doutores e pós doutores, magistrados, advogados e outros profissionais, com vasta experiência e conhecimento.

O trabalho que se oferece ao público leitor traz ainda relevante aspecto geracional: em pelo menos dois dos artigos apresentados, as autoras, mãe e filha, reúnem seus esforços e talento para a concretização de objetivo tão almejado.

Citar alguns deles, por mais meritória que seja a distinção, seria indesculpável omissão em relação a tantos outros. Mencioná-los, todos, seria render justa homenagem ao trabalho e trajetória de cada um, tornando, porém, mais longa e cansativa essa introdução.

Cabe, entretanto, uma exceção. É indispensável saudar o eminente jurista, professor e magistrado João Bosco Leopoldino da Fonseca, uma das mais expressivas figuras do nosso direito. Essa modesta homenagem se estende a todos aqueles que contribuíram para a realização de tão importante e destacada obra jurídica.

Os temas abordados estão à altura de seus autores: modernos e, sobretudo, úteis.

O volume, que ora se oferece à leitura de todos aqueles que se interessam, ou que venham a se interessar pelo tema, começa por indispensáveis considerações acerca das principais alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020; prossegue pela abordagem segura da reorganização de empresas e por aspectos relacionados à análise econômica do direito, elegendo a eficiência como método adequado à realização da função social da empresa.

Avança por temas próprios da nova lei, essenciais à visão moderna da recuperação judicial, de que são exemplos, a mediação, a insolvência transnacional, à recuperação judicial do produtor rural e das associações desportivas, como também as inovações processuais à luz do Código de Processo Civil.

Outros temas de suma importância não foram negligenciados como, por exemplo, a Lei da Recuperação de empresas como instrumento de proteção ao direito social do trabalho e a competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias de empresas em

recuperação; do mesmo modo, está presente a abordagem sobre crimes tributários no ambiente de RJ.

Vale ainda o registro da abordagem do tema da resolução de conflitos sucessórios no universo das *holdings* familiares e as crises, micro e macroeconômicas e Recuperação Judicial e preservação da capacidade produtiva pós-pandemia.

Vê-se, pois, que não apenas os efeitos da Lei n. 14.112/2020 estão aqui devidamente tratados. Os impactos da recente crise sanitária, que nos atingiu a todos, também foram considerados com absoluta pertinência temática.

A reunião de autores, de trajetórias profissionais e acadêmicas de elevado destaque e de temas atuais e desafiadores, resultou na elaboração de um trabalho que dignifica a literatura jurídica especializada, ao tempo de propiciar aos seus leitores oportunidade de conhecimento e aprofundamento das questões abordadas com tamanha propriedade.

Moacyr Lobato de Campos Filho

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Mestre em Direito (UFMG)

Doutor em Direito Privado (PUC-MINAS)

Professor de Direito Empresarial (PUC-MINAS)

SUMÁRIO

1 Breves considerações acerca das principais alterações advindas da Lei n. 14.112/2020 na recuperação judicial, extrajudicial e falências, 19
Célio Marcos Lopes Machado

2 A reorganização de empresas, 40
João Bosco Leopoldino da Fonseca

3 Análise econômica do Direito aplicada na recuperação judicial: a eficiência como método para a concretização da função social da empresa, 70
Paulo Márcio Reis Santos
Fabiane Ap. Soares da Silva Lucena

4 Mediação de conflitos nos processos de recuperação judicial: as inovações advindas da Lei n. 14.112/2020, 87
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

5 Os novos parâmetros normativos da legislação brasileira sobre os procedimentos de insolvência transnacional, 112
Antonio Evangelista de Souza Netto

6 Os aspectos da recuperação judicial no âmbito do produtor rural, 136
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis

7 Recuperação judicial e sustentabilidade: a função socioambiental empresarial, 162
Lucyléa Gonçalves França

8 Recuperação judicial para associações desportivas sem fins lucrativos e a Lei de Sociedades Anônimas do Futebol (SAF), 177
Renato Dolabella

9 A inaplicabilidade do teto de juros de um por cento ao mês e da vedação à sua capitalização em periodicidade inferior à anual aos contratos de *DIP financing* que tenham, como fornecedor do crédito, pessoa não integrante do sistema financeiro nacional, 190

Pablo Henrique de Oliveira

10 *Holding* familiar na Covid-19 e no planejamento na resolução de conflitos sucessórios, 217

Patrícia Gorisch

Paula Carpes Victório

11 A lei de recuperação judicial como instrumento de proteção ao direito social do trabalho, 229

Sandra Fonseca

Bárbara Fonseca

12 Inovações processuais da Lei de Falências e Recuperação Judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015, 247

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Sabrina Nunes Borges

13 Breves notas político-criminais sobre expansionismo penal na recuperação judicial no Brasil contemporâneo, 264

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Lucas Rafael Chaves de Souza

Wesley Aguiar Chaves

14 Os crimes tributários e a empresa em recuperação judicial: comentários sobre a aplicação do estado de necessidade exculpante, 272

Alison Mendes Nogueira

15 Competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias de empresas em recuperação judicial: a polêmica alteração promovida pela Lei n. 14.112/2020, 288

Alex Dylan Freitas Silva

Frederico Santiago de Mendonça

16 Entre crises micro e macroeconômicas: recuperação judicial e preservação da capacidade produtiva pós-pandemia, 311

Naiara de Moraes e Silva

I

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI N. 14.112/2020 NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIAS

Célio Marcos Lopes Machado¹

Resumo: As alterações da Lei n. 14.112/2020 trouxeram novas alternativas para a solução das crises (econômica, financeira e patrimonial) das empresas, utilizando-se de mecanismos menos burocráticos e mais acessíveis, visando uma melhor reestruturação das empresas. Tais alterações são bastante positivas e ocorreram principalmente em razão da pandemia Covid-19, que afetou a atividade produtiva empresarial, diminuindo substancialmente suas chances de sobrevivência. A reforma trouxe significativa melhora para a recuperação extrajudicial, que passou a ser utilizada com maior frequência, constituindo uma importante ferramenta, para impedir a recuperação judicial. Como objetivo geral do presente artigo, debater-se-á a respeito das novidades trazidas pela Lei n. 14.112/2020, que visam reduzir a burocracia e acelerar os processos de recuperação judicial no Brasil. Para a adequada compreensão do tema, a pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar as principais alterações advindas da Lei n. 14.112/2020. Utilizar-se-á a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

Palavras-chave: principais alterações; Lei n. 14.112/2020; recuperação judicial; recuperação extrajudicial; falência.

I INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 47 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica tem por finalidade criar uma existência digna a todos, e para isso alguns princípios expostos em seus incisos devem ser observados, dentre eles a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das

¹ Advogado e Economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Doutorando em Direito pela PUCMINAS. E-mail: celio@machadomendes.com.

desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de capital nacional de pequeno porte.

Na data de 26 de março de 2021 foi sancionada a Lei n. 14.112 de 2020, a chamada Nova Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências, impulsionada pela crise econômico-financeira em virtude da pandemia da Covid-19.

A Lei n. 14.112/2020 trouxe profundas reformas na Lei Recuperacional/Lei n. 11.101/2005, instrumentos relevantes para o desenvolvimento da recuperação judicial, extrajudicial e falências, dentre elas as conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, que ganharam destaque em seção própria na lei, motivo pelo qual diversos tribunais do país criaram seus Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs).

A nova lei prevê que os processos disciplinados pela Lei n. 11.101/2005, terão prioridade em sua tramitação, exceto o habeas corpus e outras prioridades já estabelecidas em leis especiais.

A Lei n. 11.101/2005 previa que o prazo de suspensão das execuções contra o devedor (*stay period*) de 180 dias era improrrogável. Com a alteração há possibilidade expressa de prorrogação desse prazo, em uma única vez, desde que o devedor não tenha concorrido para a superação do período.

Observar-se-á que a nova legislação traz previsão expressa da constatação prévia, ou seja, a nomeação de um profissional de confiança, para realizar perícia prévia e apresentar laudo, no prazo máximo de cinco dias.

Inovação interessante diz respeito à consolidação processual e substancial, que na realidade já vinham ocorrendo na jurisprudência majoritária.

A Nova Lei prevê a possibilidade de apresentação do plano de recuperação judicial por parte dos credores, nos 30 (trinta) dias subsequentes à rejeição do plano apresentado pela própria empresa em recuperação, ou caso transcorra o *stay period* sem que o Plano de Recuperação Judicial da Recuperanda tenha sido aprovado.

O administrador judicial, por sua vez, ganhou mais relevância, visando maior comprometimento aos resultados pretendidos em relação à recuperação judicial e falência.

Outra novidade relevante é a possibilidade do produtor rural optar pelo plano de recuperação especial similar ao destinado aos microempresários individuais, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4,8 milhões e que comprove que exerce atividade por no mínimo dois anos.

Louvável a extensão do prazo de pagamento das dívidas tributárias do devedores, que passa de sete para dez anos.

Na lei anterior, os débitos trabalhistas podiam ser quitados em um ano. Na nova lei, podem ser quitados em até três anos,

Como objetivo geral do presente artigo, debater-se-á a respeito das principais novidades trazidas pela Lei n. 14.112/2020, que visam reduzir a burocracia e acelerar os processos de recuperação judicial no Brasil.

Para a adequada compreensão do tema, a pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar as principais alterações advindas da Lei n. 14.112/2020.

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica. Tem-se, no entanto, as seguintes indagações: as novidades trazidas pela Lei n. 14.112/2020 fomentaram o empresariado a buscar o Poder Judiciário? Tais alterações contribuíram para “desburocratizar” a reestruturação das empresas e foram capazes de trazer maior celeridade ao instituto da recuperação judicial e falimentar?

2 DOS PRINCÍPIOS ATINENTES À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Os princípios representam valores pretendidos pela sociedade e influenciam todo o ordenamento jurídico.

Karl Larenz define princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que se estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente normas de comportamento (LARENZ, 2009, p. 35-36).

Os princípios orientam e implementam o direito por caminho abstratos, que dão rumo a todo um sistema normativo. Constituem-se, portanto, normas hierarquicamente privilegiadas, com predominância sobre outras regras por formarem o arcabouço do ordenamento jurídico (ABOUD, 2008, p. 63-64).

Especificadamente no que tange à recuperação judicial e falências, devem ser aplicados os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da preservação e função social da empresa, da segurança jurídica, dentre outros.

As recentes alterações da Lei n. 11.101/2005 através da Lei n.14.112/2020, vieram para modernizar o sistema de Falências e Recuperações Judiciais e para facilitar o soerguimento das empresas, consolidando principalmente os princípios da preservação da empresa e a proteção aos trabalhadores.

Dentre os princípios que regem o processo de falência e recuperação judicial, o artigo 47 da Lei n. 11.101/05 prevê que os interesses dos credores também devem ser preservados.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos são os direitos básicos inerentes à natureza humana.

Fernanda Silva, por sua vez, aponta que os direitos humanos são tema de relevância inquestionável, para a compreensão da inserção do homem na sociedade política em que vive, abrindo-se para uma reflexão ética. E complementa:

A importância dos direitos humanos evidencia-se na sua própria vocação para a proteção e continuidade da vida humana que funcionam como um escudo de proteção da vulnerabilidade humana à intempéries ínsitas da existência humana ou produzidos pelos próprios seres humanos (SILVA, 2002, p. 100)

À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2017, p. 107).

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001, p. 233).

A Constituição Federal trata do princípio fundamental a dignidade humana, como fundamento e substrato principal dos demais direitos e garantias individuais e coletivas, garantindo a posição do homem na sociedade política na busca do verdadeiro Estado de bem-estar social (artigos 1.º e 170), no intuito de assegurar a livre iniciativa na ordem econômica, em obediência à dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a proteção do meio ambiente.

Luís Roberto Barroso destaca o princípio da dignidade da pessoa humana assegurado a todas as pessoas que existem no mundo:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo-se da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de SUS indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial (BARROSO, 2010, p. 382).

Não pairam dúvidas, de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um dos mais valiosos, consagrados constitucionalmente, configurando a base para as políticas públicas, sendo extremamente relevante no sistema recuperacional.

2.2 PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

O artigo 170 da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dinaura Goldinho Pimentel Gomes leciona sobre o valor do trabalho:

Com efeito, a Lei Maior proclama, no art. 1º, inc. IV, o valor do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 170 caput, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. Assim, ao ser também elencada como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa é tomada singelamente, ao passo que o trabalho é visto de modo valorizado, como irradiação da própria dignidade humana.

Nesse contexto, a empresa deve ser considerada efetivamente como organização de pessoas para um fim comum. Com essa percepção, torna-se mais viável o pleno exercício da Democracia, no âmbito dessas organizações produtivas, cujo apelo advém das forças mais profundas a modelarem a sociedade global, em busca da autonomia individual e da emergência de uma cidadania mais reflexiva. As empresas assim estruturadas podem muito bem agir em parceria com o Estado, fomentando e fortalecendo diferentes formas de solidariedade (GOMES, 2005, p. 145).

Alexandre de Moraes complementa:

A Ordem Econômica Constitucional (CF, arts. 170 ao 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170 (MORAES, 2003, p. 655).

A própria ideia de “valor social” do labor humano se reveste de um duplo significado. De fato, ao mesmo tempo em que este princípio funciona como exigência da humanização no plano das relações sociais e econômicas, ele atua, também, como uma ideologia que tende a obscurecer o fato de que, numa sociedade capitalista, qualquer que seja o modelo de organização

da produção, o trabalho é incapaz de propiciar ao homem uma autêntica realização (SILVA, 2003, p. 16).

A valorização do trabalho humano é ao mesmo tempo, um direito e uma obrigação de cada indivíduo.

Não basta valorizar o trabalho, é necessário que a sociedade crie oportunidades para o trabalho, para que todos, com seu próprio esforço, possam ter uma vida digna, em “busca do pleno emprego”. Assim, o trabalho há de ser a base do sistema econômico. (SOUSA, 2008, p. 63)

Ao tratar da Ordem Social, a Constituição estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho humano e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, CF).

2.3 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal garante a todos o direito de propriedade.

Por sua vez, o inc. XXIII, desse mesmo dispositivo, limita o direito à propriedade, assegurando que “a propriedade atenderá a sua função social”.

A expressão *função social* traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem. A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade. Esta é coletiva e não individual conforme se depreende da expressão função social usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma *função social* a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sem expressamente mencionada no art. 47 da Lei n. 11.101/2005 (TOMAZETTE, 2021, p. 80-81).

Já o princípio da preservação da empresa é norteador da função social, configurando o objetivo maior da recuperação judicial.

A atividade empresarial se sobrepõe aos interesses individuais do empresário e dos sócios da empresa como um todo.

A proteção da empresa, portanto, não é mera proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas também proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a produção de riquezas. Aliás, não apenas o empreendedor, o empresário, mas também terceiros que mantenham relações negociais com a empresa e cujos direitos e interesses possam ser também afetados pela função social da empresa [...] (MAMEDE, 2010, p. 54).

Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manu-

tenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular. Além da separação entre a sorte da empresa e do empresário, o princípio da preservação da empresa significa que o propósito liquidatório deve ficar em segundo plano. Se a empresa for viável, todos os esforços devem ser realizados para que ela se preserve (TOMAZETTE, 2021, p. 82).

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado de forma recorrente acerca do princípio da preservação da empresa:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCESSÃO. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO. ENTENDIMENTO MANTIDO MESMO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 13.043/2014. LIMINAR DEFERIDA PELO STF TORNADA SEM EFEITO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte de Justiça entende que “a legislação processual permite ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível ou, ainda, aplicar a jurisprudência consolidada deste Tribunal, sendo certo, ademais, que a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado afasta qualquer alegação de ofensa ao princípio da colegialidade” (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.936.474/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 24/2/2022).

2. O posicionamento jurisprudencial do STJ é no sentido de ser possível o deferimento da recuperação judicial sem a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais, ante a incompatibilidade da referida imposição com os princípios da função social e da preservação da empresa - o que não foi alterado com a edição da Lei n. 13.043/2014.

3. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha concedido liminar, na Rcl n. 43.169/SP, suspendendo os efeitos do acórdão proferido no julgamento do REsp n. 1.864.625/SP, é certo que, em dezembro/2020, houve negativa de seguimento à referida reclamação, tornando sem efeito a liminar deferida.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.999.521/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 18/8/2022.) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGÊNCIA REGULADORA. PODERES E COMPETÊNCIA. ANAC. AEROPORTO DE CONGONHAS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PANTANAL LINHAS AÉREAS. SLOTS E HOTTRANS (HORÁRIOS DE

TRANSPORTE), REALOCAÇÃO. INCORPORAÇÃO AOS ATIVOS DE EMPRESA AÉREA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexiste o vício de fundamentação acerca da validade dos atos administrativos da agência reguladora. **Acórdão que afirma, apenas, a necessidade de observação do princípio da preservação da empresa.**

2. Ante a especialidade da matéria e seus efeitos sistêmicos na economia de todo o País, o Poder Judiciário não pode se imiscuir na atividade administrativa a ponto de impor a observação absoluta do princípio da preservação da empresa, mesmo em prejuízos à concorrência do setor e aos usuários do serviço público concedido. A travestida incorporação de ativos sob gestão da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), como slots e hotrans, ao patrimônio da empresa aérea impede que a agência reguladora desempenhe com plenitude sua competência específica. Hipótese em que, ausente a verificação de vícios objetivos na decisão administrativa, deve-se preservar o ato administrativo.

3. Recurso especial provido em parte para permitir à ANAC a redistribuição dos slots, hotrans e demais ativos concedidos disputados, nos limites de sua atribuição administrativa. (REsp n. 1.287.461/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 30/6/2022.) (grifou-se).

Todavia, urge ressaltar, que o princípio da preservação da empresa deve ser adotado com ponderações, sempre observados outros princípios que regem as relações empresariais.

2.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A recuperação judicial deve seguir o desfecho, a fim de atender ao princípio da segurança jurídica.

O devido processo legal não é só segurança jurídica, impondo-se a ampla e efetiva oportunidade de diálogo entre os diversos sujeitos do processo para identificar a melhor forma de encaminhamento da superação da crise econômico-financeira da empresa por meio de um adequado regime de comunhão de interesses (VASCONCELOS, 2012, p. 178).

À guisa de exemplificar, os prazos dispostos na Lei n. 11.101/2005 têm o intuito conferir segurança jurídica mínima aos credores submetidos à recuperação judicial.

A respeito, em seu voto no RESP nº 1.794.209/SP, ponderou o relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

Com efeito, é inegável que **a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimen-**

tos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do spread bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, além de ser nitidamente conflitante com o espírito da lei 11.101/2005 e com as novas previsões de financiamento trazidas pela lei 14.112/2020 (grifou-se)

O instituto da recuperação judicial representa uma maior segurança jurídica e transparência nas relações comerciais.

Em seguida, tecer-se-ão breves comentários a respeito das principais alterações advindas da Lei n. 14.112/2020.

No decorrer da obra, os demais autores dissertarão a respeito, traçando pormenores relevantes de tais alterações na atual conjunta jurídica brasileira.

3 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI N. 14.112/2020 NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIAS

3.1 DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

A nova Seção II-A inclui expressamente a possibilidade de mediação nos processos de recuperação judicial:

Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:

I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;

II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais;

III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

Observa-se que tal seção traz um estímulo às negociações extrajudiciais, através da mediação e conciliação, que ocorrem seja nos Centros Judiciários de Cidadania ou em câmaras privadas de negociação e mediação.

A conciliação e mediação, na recuperação judicial, podem ser *extrajudicial* ou *judicial*. No primeiro caso, as partes contratam um mediador de sua confiança, normalmente sob os auspícios de uma Câmara particular. No segundo, o mediador é nomeado pelo juiz... Por fim, há, de um lado, a conciliação e mediação que acontecem com a suspensão temporária da exigibilidade das obrigações do devedor; e, de outro, as que se desenvolvem *sem* essa suspensão (COELHO, 2021, p. 1020).

Conseqüentemente, o Judiciário participa ativamente da reestruturação das empresas em Recuperação Judicial, objetivando um procedimento mais acessível e mais célere.

No capítulo IV, as autoras Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão tratarão das inovações acerca da mediação de conflitos nos processos de recuperação judicial de forma pormenorizada.

3.2 DA APRESENTAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO PELOS CREDORES

Com a nova alteração, há a alternativa de apresentação pelos credores de um plano de recuperação judicial, sem a anuência do devedor.

No modelo anterior, cabia à recuperanda apresentar o plano, e submetê-lo à votação, o que na maioria dos casos era motivo de morosidade.

De acordo com o art. 56, § 4.º, o plano de recuperação também pode ser apresentado pelos credores (plano alternativo dos credores), caso rejeitado aquele apresentado pelo devedor, observando-se os requisitos dispostos no texto legal.

O credor sempre pode apresentar um plano alternativo ao devedor. Nada o impede, no plano jurídico. Não acontece por razões de ordem material: os credores normalmente não dispõem de todas as informações necessárias à elaboração de um plano de recuperação de empresa alheia e, mesmo que as possua, não estão dispostos a gastar com isso (COELHO, 2021, p. 232).

O artigo 56, § 4.º «formaliza» a aplicação do entendimento jurisprudencial majoritário que vinha sendo aplicado pelos magistrados, no sentido de prorrogar o chamado *stay period* (período em que permanecem suspensas as ações individuais movidas contra a recuperanda por 180 dias), por mais duas vezes, podendo chegar a 540 dias de suspensão (CORVALAN, 2022, p. 1).

Assim, a apresentação do Plano Alternativo pelos credores, em qualquer hipótese, dará início a um novo *stay period* de 180 dias, conforme previsão do artigo 6.º, §§ 4.º e 4.º-A da Lei n. 11.101/05.

O plano alternativo de credores e a ampliação das atribuições do administrador judicial, configuram instrumentos relevante para a garantia da preservação da empresa viável, bem como a retirada das empresas inviáveis no mercado.

3.3 DA POSSIBILIDADE DE FINANCIAMENTO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Na lei anterior não existia oportunidade de financiamento às empresas em recuperação judicial.

Logo, não se permitia a entrada de “novo capital” para possível reestruturação da empresa.

A nova lei permite o financiamento da empresa em recuperação judicial inspirada no modelo norte americano, nos termo do art. 69-A:

Art. 69-A da lei 11.101/05. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos.

Inspirados pelo modelo americano (*Deep Financing*) foi criado então um financiamento próprio para as empresas em recuperação judicial, que é bem-vindo e bem visto pelo mercado financeiro, por ser um financiamento de baixo risco para o credor interessado, na medida em que o credor que realiza o empréstimo será o primeiro a receber o crédito caso a Recuperação Judicial falhe (ESTEVEES, 2021, p. 2).

O princípio é o *debtor-in-possession*. Vale dizer, apenas em casos excepcionais, especificamente dispostos na LF, os administradores da sociedade em recuperação judicial precisam de autorização judicial para a prática de um determinado negócio jurídico, pela recuperanda (COELHO, 2021, p. 273).

Desse modo, de acordo as novas regras, o magistrado pode autorizar que a empresa celebre contratos de financiamento com seus devedores, com o intuito de financiar suas atividades e despesas de preservação ou reestruturação empresarial.

3.4 AMPLIAÇÃO PARA O PRAZO DE PARCELAMENTO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

De acordo com as alterações incorporadas no artigo 10-A da Lei n. 10.522/02, que dispõe acerca do cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, a empresa que pleitear ou tiver

deferido o processamento da recuperação judicial pode parcelar os seus débitos consolidados com a Fazenda Nacional em até 120 parcelas mensais.

Por meio do art. 50-A, a Lei n. 14.112/2020, os impostos e contribuições incidentes nas receitas e nos ganhos decorrentes da redução no valor dos créditos deixam de ser cobrados, sendo uma forma de contribuição do Estado para a recuperação daquelas empresas que se mostrarem viáveis.

Desse modo, de acordo com a Lei n. 14.112/2020, as empresas que tiverem o processamento da recuperação judicial podem parcelar as dívidas tributárias em até 120 (cento e vinte) meses, de forma escalonada, permitindo que tal prazo seja aumentado em 20% (vinte por cento). Em se tratando de microempresas ou empresas de pequeno porte aplicar-se-á o art. 10-A, inc. V e parágrafo 7.º-A.

3.5 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL

Enquanto o empresário em geral só pode provar o exercício regular de sua atividade por meio de registro de empresas, o produtor rural, a partir de 2013, pode prova-la (a regularidade) demonstrando ter cumprido, nos dois anos anteriores, suas obrigações tributárias instrumentais (COELHO, 2021, p. 170).

A nova lei traz a possibilidade do produtor rural, que atua como pessoa física, de solicitar a recuperação judicial.

Registre-se que para exercer tal direito, ele terá que comprovar o exercício da atividade por pelo menos dois anos. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos (Tema n. 1.145), o produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos, terá a faculdade de requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial, no momento em que formalizar o registro, independentemente do tempo de registro. A tese fixada no rito dos repetitivos orienta os juízes e tribunais de todo o país no julgamento de casos semelhantes. Além de confirmar posição firmada nas duas turmas de direito privado do STJ, a seção levou em consideração a Lei 14.112/2020, que introduziu na Lei de Recuperação e Falência o artigo 70-A, segundo o qual é permitido ao produtor rural apresentar plano especial de reestruturação.²

Desse forma, o art. 70 da Lei n. 14.112/2020 previu que os produtores rurais podem também apresentar plano especial de recuperação judicial, **2 In. Segunda Seção confirma possibilidade de produtor rural inscrito em Junta Comercial pedir recuperação.** Recurso repetitivo. DJe: 29/06/2022. Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 16 de set. 2022. O Ministro Luís Felipe Salomão apontou que, no caso do produtor rural, a qualidade de empresário deve ser atestada sempre que seja comprovado o exercício profissional de atividade econômica rural organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, independentemente de inscrição na Junta Comercial.

quando tiverem valor da causa inferior a 4,8 milhões.

No cap. VI desta obra, as autoras Ana Clara da Cunha Peixoto Reis e Teresa Cristina da Cunha Peixoto tratarão em detalhes dos aspectos da recuperação judicial no âmbito do produtor rural.

3.6 DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

A consolidação *processual* e *substancial* são fenômenos frequentes na recuperação judicial e constituem inovações importantes, que já vinham ocorrendo na jurisprudência majoritária.

A Consolidação *Substancial* é a reunião entre direitos e obrigações de todas as Recuperandas que compõem um reconhecido Grupo Econômico de Empresas, que passam a ser tratadas como um ente único, sem, contudo, não implicar na reunião definitiva das personalidades jurídicas das Empresas, produzindo efeitos apenas em relação ao processo de recuperação judicial. Assim, as empresas que estejam em recuperação judicial no mesmo processo, como Grupo econômico, e que seja constatada a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem uma extensa análise, somada à ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses poderão ter reconhecida a Consolidação Substancial:

- I – existência de garantias cruzadas;
- II – relação de controle ou de dependência;
- III – identidade total ou parcial do quadro societário; e
- IV – atuação conjunta no mercado entre os postulantes (FERRARI; KBALA, 2021, p. 1).³

Já a consolidação *processual* é a possibilidade das sociedades ingressarem conjuntamente com um só pedido de recuperação judicial. Com isso, poderá se evitar vários processos de recuperação judicial processados ao mesmo tempo e em comarcas distintas.

³ Os Autores pontuam que o reconhecimento da consolidação substancial resulta no agrupamento de todos os ativos e passivos das Empresas que compõem o Grupo Econômico os quais serão tratados como se pertencessem a um único devedor. Ainda, como consequência é importante ressaltar 2 pontos: 1º A consolidação substancial acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro. 2º A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular (FERRARI; KUBALA, 2021, p. 1).

Importante salientar que a consolidação *processual* não impede que alguns devedores obtenham a concessão de recuperação judicial e outros tenham a falência decretada.

Do mesmo modo, a consolidação *processual* não induz à *substancial* e cada uma das requerentes mantém sua autonomia patrimonial.

Com a consolidação *processual* é possível que os devedores apresentem um plano único, que permita uma adequada visão de conjunto, com redução de custas e ganho de eficiência, desde que respeitada a individualidade, patrimônio e passivo, de cada recuperanda. Já a consolidação *substancial* ocorre quando os devedores apresentam um plano unitário de recuperação judicial, considerando a união dos passivos e dos ativos, de modo que deixa de haver qualquer segregação de créditos entre as devedoras. (MARQUES; ZENEDIN, 2020, p. 161)

O grupo pode ser de direito (formalmente constituído entre sociedade controladora e sociedades por ela controladas, por meio de convenção arquivada perante a Junta Comercial - arts. 265 e 271 da lei 6.404/1976) ou de fato (que se forma entre sociedades relacionadas em decorrência da participação que uma possui no capital social das outras, sem que tenha sido ajustada, todavia, qualquer convenção sobre sua organização formal e administrativa). Como a afinidade exigida pelo art. 113, III do CPC se dá por ponto comum “de fato ou de direito”, a consolidação *processual* é admitida tanto no caso de grupo de direito como no de fato (MOREIRA *et al*, 2019, p. 1).

Urge mencionar, que o destino de cada uma das empresas pode ser diverso: enquanto um dos devedores pode ter seu plano aprovado, e se recuperar, o outro pode não obter êxito à recuperação judicial e declarar falência.

A consolidação *substancial* deve ser utilizada com precaução, observando devidamente os requisitos legais e só poderá ser aplicada, após a realização de dupla análise: feita pelo juiz e pela assembleia geral de credores, com preenchimento dos requisitos que possibilitam a sua aplicação.

A consolidação *substancial* é particularmente útil ao grupo devedor porque reduz o poder de barganha dos credores mais relevantes na negociação do plano: se eles antes seriam capazes de influenciar o desfecho do plano de uma dada sociedade do grupo devedor (por vezes com garantias cruzadas perante as demais, criando assim risco para o grupo todo), essa influência é diluída quando o credor é obrigado a fazer parte de um universo maior de credores. Ademais, os credores têm capacidade limitada de oposição, já que cabe ao juízo decidir – e não a eles deliberar – a concessão da consolidação *substancial* (art. 69-J) (ZABAGLIA; OIKAWA, 2021, p. 2).

A propósito, colacionam-se os seguintes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PROCESSAMENTO DEFERIDO - SUPERAÇÃO DA CRISE - CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL - **CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL - LEI 11.101/05 - PREVISÃO - INCLUÍDA POR LEI 14.112/2020 - EXCEPCIONALIDADE INEXISTENTE** - SIGILO DA DOCUMENTAÇÃO - DOCUMENTOS PESSOAIS DOS ADMINISTRADORES - SIGILO APENAS PARA TERCEIROS. - A recuperação judicial visa à superação do estado de crise pela qual a empresa esteja passando, para que se preservem a produção, os empregos e os interesses dos credores. - Na recuperação judicial pretende-se a recuperação financeira da empresa com a preservação da sua atividade econômica. - Doutrina e jurisprudência já admitiam a consolidação processual e até mesmo a consolidação substancial, notadamente considerando que, muitas vezes, o objetivo legal de soerguimento da empresa somente será alcançado se a renegociação envolver todo o passivo do grupo empresarial. - O pedido de recuperação judicial pode ser feito individualmente, para cada uma das empresas, ou ao grupo, hipótese em que ocorrerá o litisconsórcio ativo e o processamento será nos mesmos autos (consolidação processual). - O juiz, excepcionalmente, e independentemente da realização de assembleia geral, pode autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes de mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas se houver interconexão e confusão entre ativos ou passivos dos devedores, e contanto seja cumulativamente observada a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses: existência de garantias cruzadas; relação de controle ou de dependência; identidade total ou parcial do quadro societário; e atuação conjunta no mercado entre os postulantes. - Não obstante à restrição contida no art. 189, III, do CPC, a restrição de acesso aos documentos deve ser dirigida apenas a terceiros, não aos credores cadastrados, representados no processo e que, naturalmente, têm interesse nas informações contidas nos documentos - verdadeiros “sujeitos processuais” na recuperação judicial e interessados, não apenas na defesa dos seus direitos, mas também no regular andamento da recuperação. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.572714-2/000, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/08/2021, publicação da súmula em 31/08/2021) (grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRAMINUTA - AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE - REJEITAR - MÉRITO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EMPRESÁRIO RURAL - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ANTERIOR AO REGISTRO - COMPUTO DO PRAZO DE 02 ANOS - EFEITO RETROATIVO DE INSCRIÇÃO - INSTRUÇÃO DA INICIAL - ART. 51 DA LEI 11.101 - **CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL - PREVISÃO LEGAL - REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES** - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Rejeita-se a preliminar de ausência de dialeticidade na hipótese em que pelos argumentos trazidos na peça recursal é possível identificar-se a presença de fundamentos de

fato e de direito voltados à desconstituição da sentença recorrida. - Em se tratando de produtor rural, o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido de que, para fins de contagem do período de 02 anos previsto nos art. 47 e 48 da Lei 11.101, deve ser incluído aquele anterior ao registro, uma vez que este tem natureza declaratória no caso do referido produtor. - Não há o que se falar em realização de nova consolidação se ausentes os indícios de que o relatório realizado encontra-se distante da realidade dos fatos. As razões apresentadas pelos ora agravados são suficientes para o deferimento da recuperação. - **Tem-se de um lado a consolidação processual, entendida como o processamento da recuperação judicial de um grupo de empresas em um mesmo procedimento, e do outro a consolidação substancial, tida como a possibilidade de apresentação de um único plano de recuperação judicial para estas sociedades econômicas que supostamente integram esse grupo.** - Neste juízo de cognição sumária (análise provisória e de urgência), entende-se pela existência de grupo empresarial, o que implica, por conseguinte, no reconhecimento da consolidação processual e aplicação dos art. 69-G, 69-H e 69-I da Lei 11.101/05, devendo ser mantida a decisão de primeiro grau no que tange a este ponto. - No que se refere à consolidação substancial, não se verifica manifestação neste sentido pelo magistrado a quo na decisão que deferiu o pedido de recuperação judicial, uma vez que o MM Juiz de Direito ateve-se a determinar a apresentação de plano pelos devedores, no prazo de 60 dias, não sendo possível presumir, em razão da excepcionalidade da medida, que foi deferida a consolidação substancial. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.037511-7/001, Relator(a): Des.(a) José Eustáquio Lucas Pereira, 21ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 30/06/2022, publicação da súmula em 05/07/2022) (grifou-se).

No mesmo diapasão, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacando que o juiz pode autorizar a consolidação substancial, independentemente de convocação de assembleia geral de credores:

Recuperação judicial. Deferimento da consolidação substancial de ativos e passivos das recuperandas. Decisão que adotou a manifestação do administrador judicial. Validade da fundamentação '*per relationem*'. Irresignação do banco agravante. Alegação de que não houve prévia manifestação dos credores. **Incumbe ao Magistrado deferir a consolidação substancial, independentemente da convocação de Assembleia Geral de Credores. Presença dos requisitos legais para tanto. Inteligência do art. 69-J, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2020.** Ausência de cerceamento de defesa. Devido processo legal observado. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento n.º 2.126.864-83.2022.8.26.0000. Rel. Natan Zelinski de Arruda. Agravante: BANCO BRADESCO S/A Agravadas: MÉTODO POTENCIAL ENGENHARIA S/A E OUTRA Comarca: SÃO PAULO. Data do julgamento: 13/09/2022) (grifou-se).

Logo, não pairam dúvidas que a consolidação substancial permite economia e maior celeridade no procedimento judicial.

3.7 CONSTATAÇÃO PRÉVIA

Mesmo sem a existência de previsão legal sobre a realização de constatação prévia, na prática alguns juízes determinavam a realização antes de deferir o processamento da Recuperação Judicial, atendendo à Recomendação n.º 57 do CNJ.

Nos termos do art. 51-A, com a nova redação da Lei n. 14.112/2020:

Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial. [...]

Art. 51-A § 3º. A constatação prévia será determinada sem que seja ouvida a outra parte e sem apresentação de quesitos por qualquer das partes, com a possibilidade de o juiz determinar a realização da diligência sem a prévia ciência do devedor, quando entender que esta poderá frustrar os seus objetivos.

O objetivo da constatação é constatar que a empresa está em funcionamento, qual o principal estabelecimento para fins da definição da competência e que as descrições feitas na petição inicial e na documentação que a acompanha correspondem são reais, isto é. Assim, sempre que entender necessário, poderá o juiz nomear profissional idôneo e tecnicamente capaz, para constatar as reais condições de funcionamento do devedor e conferir a documentação que acompanhou a petição inicial de pedido de recuperação judicial (BRITO, 2021, p. 36).

Ao lecionar sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho expõe que a realização da constatação prévia é sempre uma faculdade do juiz e não convém que ela se torne rotineira:

Apenas em caso excepcionais, deve ser determinada. Em regra essa fase postulatória deve compreender somente o requerimento e o despacho determinando o processamento do pedido ou seu indeferimento.

Não pode o juiz perder de vista que a constatação prévia tem necessariamente três efeitos negativos: i) aumenta a duração da fase postulatória; ii) acarreta mais custos para o devedor que se encontra em crise econômico-financeira; e iii) gera estímulos indevidos, inserindo o profissional encarregado de a realizar num incontornável conflito de interesses (COELHO, 2021, p. 214-215).

Para muitos, o aumento da duração da fase postulatória gera uma insegurança jurídica, inclusive porque a constatação prévia gera custos e prolonga a decisão da autorização do pedido de recuperação judicial, tornando tal instituto de pouca utilidade.

4 CONCLUSÃO

É notório que a recuperação judicial configura um instrumento eficaz, para a reestruturação de muitas empresas.

As alterações da Lei n. 14.112/2020 (de aplicabilidade imediata) trouxeram novas alternativas para a solução das crises (econômica, financeira e patrimonial) das empresas, utilizando-se de mecanismos menos burocráticos e mais acessíveis, visando a uma melhor reestruturação das empresas.

Tais alterações são bastante positivas e ocorreram principalmente em razão da pandemia Covid-19, que afetou a atividade produtiva empresarial, diminuindo substancialmente as suas chances de sobrevivência.

A reforma trouxe significativa melhora para a recuperação extrajudicial, que passou a ser utilizada com maior frequência, constituindo uma importante ferramenta, para impedir a recuperação judicial.

Observou-se que as alterações da Lei n. 14.112/2020 trouxeram um estímulo, visando às conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

Importante ressaltar, que as sessões de conciliações e mediações podem ocorrer nas fases pré-processuais e processuais.

Desse modo, a empresa pode negociar com seus credores antes ou após a recuperação judicial, fazendo uso da conciliação, da mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, que devem ser incentivados em todos os graus de jurisdição, sempre respeitando o direito de terceiros.

Indubitavelmente, os dispositivos atinentes à Consolidação Substancial são bem-vindos, porquanto visam acelerar o reconhecimento pelo Judiciário de empresas que compõem várias sociedades/Grupos Econômicos ou Grupos Empresariais, ocasionando uma conseqüente economia processual, trazendo benefícios a todos os envolvidos no procedimento da Recuperação Judicial.

O papel do administrador judicial assume salutar relevância, pois ele além de estimular a conciliação, mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos), mantém endereço eletrônico na internet com informações atualizadas sobre os processos de recuperação judicial e falência.

O regramento da insolvência transnacional está no capítulo VI-A da LREF (arts. 167-A a 167-Y). Constitui uma inovação de extrema relevância e será destaca no cap. V, pelo autor Antonio Evangelista Souza Netto.

Em consideração à função social da empresa, deve-se diligenciar esforços em busca da manutenção da continuidade da atividade empresarial,

As modificações trazidas pela Lei nº 14.112/20 contribuem para a modernização do regime jurídico de insolvência empresarial, agilizando e desburocratizando os procedimentos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência.

Destarte, a reforma é um passo na direção certa da celeridade e da efetividade, para que empresas viáveis tenham condições de permanecer no mercado.

REFERÊNCIAS

- ABOUD, A. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? **Revista Jurídica Consulex**. Ano XXII. N. 267. Ano 2008.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. **Lei n.º 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n.ºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2020, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. Planalto. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. STJ. **Segunda Seção confirma possibilidade de produtor rural inscrito em Junta Comercial pedir recuperação**. Recurso repetitivo. DJe: 29/06/2022. Disponível em www.stj.hus.br Acesso em 16 de set. 2022.
- BRITO, Ana Carolina Ferreira de Melo; MARTINELLI, Mariana Vianna; PINTO, Manoel Duarte. **Principais mudanças da Lei de Falências e Recuperação Judicial**. E-book disponível em www.trigueirofontes.com.br Acesso em 14 de set. de 2022.

- CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial. Falência e recuperação de empresas.** De acordo com a Lei n. 14.112/2020 e 14.193/2021. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- COELHO, Fábio Ulhôa, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 15. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- CORREA LIMA, Osmar Brina; CORREA LIMA, Sérgio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:** Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CORVALAN, Felipe Cabral. **Um ano após a reforma da Lei de Recuperação de Empresas, entenda o que mudou.** Publicado em 28 jan. de 2022. Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 15 de set. de 2022.
- CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 10. Ed. São Paulo: Forense, 2020.
- ESTEVEVES, Maria Luiza. **A nova lei de recuperação judicial e falências:** seus efeitos no âmbito empresarial brasileiro. <https://www.migalhas.com.br/depeso/355207/a-nova-lei-de-recuperacao-judicial-e-falencias> Acesso em 14 de set. de 2022.
- FERRARI, Vitor Antony; KUBALA, Ivan. **A consolidação substancial diante das alterações da Lei de Recuperações Judiciais e Falências.** Disponível em <https://www.mazzuccoemello.com/> Acesso em 16 de set. de 2022.
- GOMES, Dinaura Goldinho Pimentel. ***Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas.*** São Paulo: LTr, 2005.
- GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LARENZ, K. R. R. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Apud ÁVILA, H. **Teoria do princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** empresa e atuação empresarial. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, André Moraes; ZENEDIN, Rafael Nicoletti. **Uma análise Comparativa do Direito de propor o Plano de Recuperação Judicial à Luz das Legislações Americana e Brasileira.** Em *Recuperação Judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos* (coord. André Chateaubriand Martins e Márcia Yagui). São Paulo: Almedina.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 655.
- MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* **Consolidação processual e substancial na recuperação judicial: o que é isso?** Disponível em

- processual-e-substancial-na-recuperacao-judicial--o-que-e-isso Acesso em 17 de set. de 2022.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **Valorização do Trabalho como Princípio Constitucional da Ordem Econômica Brasileira: interpretação crítica e possibilidades de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2003.
- SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- TOMAZETTI, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. Vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- TZIRULNIK, Luiz. **Recuperação de empresas e falências: perguntas e respostas**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Da obra Falências e concordatas: perguntas e respostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012.
- VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. 2. Ed. Sorocaba: Minelli, 2007.
- ZABAGLIA, Rafael; OIKAWA, Renato. **Entenda como funciona a Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-lei-de-recuperacao-de-empresas-e-falencias-30072021> Acesso em 13 de set. de 2022.
- ZILBERBERG, Eduardo, Uma análise do princípio da preservação da empresa viável no contexto da nova lei de recuperação de empresas – **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Malheiros, jan/mar/2008, vol. 141, p. 185 a 191.

2

A REORGANIZAÇÃO DE EMPRESAS

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁴

RESUMO: A Lei n. 14.112 de 2020 provoca o reexame crítico da questão das empresas em situação de dificuldade. A reorganização destas empresas surge como esforço de sustentabilidade. Os objetivos concorrenciais e sociais se mostram como concretamente mais desejáveis. O fenômeno da atuação globalizada das empresas exige que as autoridades competentes se comuniquem e se preparem para garantir a superação das crises enfrentadas pelas empresas. A interpretação da legislação brasileira tem que realizar-se num contexto de globalização e com a utilização do método da análise econômica do Direito.

Palavras-chave: empresas; reorganização; plano de reorganização; análise econômica.

1 INTRODUÇÃO

Honrado com o convite para participar de um trabalho coletivo centrado em *Tópicos atuais sobre recuperação judicial*, ao ensejo da publicação da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, adoto nesta exposição uma abordagem sob uma vertente filosófica dos fundamentos da lei, e ênfase uma vertente metodológica da análise econômica do Direito.

Publicações recentes enfatizam a prospectividade do Direito Econômico. Entendo que a Lei n. 14.112/2020 é uma concretização das disposições contidas no artigo 1.º da Lei n. 13.874, de 2019 – Lei da Liberdade Econômica. Ali está estabelecido que suas disposições deverão ser observadas na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico, em síntese, em todas as áreas do Direito. O Direito Econômico, assumido como centro da liberdade econômica, tem como missão fundamental a de ser o organizador da empresa, e na sua concretização adota o método da Análise Econômica ou da Análise Substancial do Direito.

⁴ Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Licenciado em Letras Neolatinas e Filosofia pela Faculdade Dom Bosco de Filosofia Ciências e Letras de São João del Rei. Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (aposentado). Juiz Federal aposentado. Ex-Juiz do Trabalho. Ex-Conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

2 SURGIMENTO DA LEI N. 14.112 DE 2020

A promulgação da Lei n. 14.112, em 2020, traz uma provocação voltada para uma perspectiva positiva de reestruturação. A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que teve sua redação alterada pela Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, versa sobre “recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária”. Prefiro mudar o enfoque⁵ para falar sobre “reorganização de empresa”, inserindo a visão de prospectividade⁶ que caracteriza o Direito Econômico, tendo em vista o contexto legislativo norte-americano e da União Europeia, que serão adiante focalizados. O Direito Econômico tem como centro de interesse a organização, a continuidade, a sustentabilidade da empresa no contexto de mercado.⁷ É uma visão positiva. Pretendo deter-me em alguns tópicos da legislação, abstendo-me de descer a detalhes formais.

A lei francesa de 25 de janeiro de 1985⁸ adota o termo “redressement” no sentido de retomar seu crescimento.⁹ Igualmente a legislação norte-ame-

5 O significado de “recuperar” tem em si o contraposto de “perder”. Tanto o Dicionário do Caldas Aulete, quando o do Aurélio, explicam que “recuperar tem o sentido de “readquirir” o “perdido”. O Padre Antônio Vieira, no Sermão de Ação de Graças, proferido em 15 de maio de 1695, menciona “a herdade que se **recuperou**, porque se **perdeu**” (SERMÕES, Vol. V, Tomo XV, p. 129. Porto, Lello & Irmão, 1959.

6 É importante ressaltar, de início, o conteúdo significante de “prospectividade”. Para isto, vale recorrer à etimologia. O radical “*prospect*”, donde “*prospectividade*”, tem o sentido de “*olhar para diante – olhar para o futuro*”. Do verbo latino: *prospicio, is, prospexi, prospectum, prospicere*. Vergílio nos diz que não devemos ficar olhando só o que está sob nossos pés, mas olhar as coisas futuras; “*Qui te Pollio ... Istuc est sapere, non quod ante pedes modo est videre, sed etiam illa quæ futura sunt prospicere*” (*Publius Vergilius Maronis*, in *Bucolica*. III. 88).

7 HOLMES, Simon et alii. *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*. P. 451-455. *New York, Concurrences*, 2021.

8 C’est la loi du 25 janvier 1985 qui a créé le redressement judiciaire. La loi du 26 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a refondu la matière du droit des entreprises en difficulté en instituant la procédure de sauvegarde comme procédure de droit commun. Le redressement judiciaire n’est plus en théorie qu’une procédure subsidiaire, codifiée au livre six, titre trois du code de commerce. Ces lois sont intégrées au code de commerce - Chapitre VI, elles remplacent la loi de 1967, qui organisait la faillite. Article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l’issue d’une période d’observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l’entreprise, soit sa cession. La liquidation judiciaire peut être prononcée sans ouverture d’une période d’observation lorsque l’entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible.* ».

9 Loi n° 85-98 25 janvier 1985. Relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, JORF, 26 janv. 1985, p. 1081.

ricana também se refere a “reorganization”.¹⁰ Creio que “redressement” ou “reorganization” têm um significado mais consentâneo com a característica de “prospectividade” inerente ao conceito de Direito Econômico.

Esta perspectiva de positividade, de direcionamento para o futuro, de sustentabilidade está em sintonia com dois diplomas do direito comparado, o Bankruptcy Code norte-americano e a Diretiva n. 2019/1023 da União Europeia. Assentado esse enfoque, apontarei alguns dispositivos da Lei n. 11.101, de 2005, com as importantes inovações trazidas pela Lei n. 14.112, de 2020, deixando claro que o eixo semântico no qual se centraliza toda a análise será o da reorganização prospectiva, da continuidade e da sustentabilidade da empresa no contexto de mercado.

3 DISPOSITIVOS LEGAIS OBJETO DE ANÁLISE

Pretendo focalizar minha análise nos artigos 47, 53, 70, e 167 da Lei n. 11.101, de 2005, com as alterações introduzidas pela Lei n. 14.112, de 2020, contextualizando-os com as orientações e disposições do Bankruptcy Code norte-americano e da Diretiva n. 2019/1023. A concretização desses imperativos legais impõe a aceitação da instrumentalidade interdisciplinar entre Direito e Economia, através de uma abordagem da Análise Econômica do Direito, na visão norte-americana, ou da Análise Substancial do Direito, na visão do Direito Econômico da Escola de Nice.¹¹

4 DIREITO ECONÔMICO – ORGANIZAÇÃO DA EMPRESA

A “reorganização” ou a “reestruturação” de empresa tem em mira o bem-estar geral, a viabilidade e a sustentabilidade do negócio do devedor, como se deduz do teor do artigo 47 da Lei 11.101/2005, valendo-se da restauração e da continuidade de sua operação no mercado, com a utilização de instrumentos diversos, incluindo a possibilidade de perdão de dívidas, reescalonamento de dívidas, venda de ativos, etc. como forma de garantir a continuidade, a sustentabilidade da empresa – “*on going concern*”. O termo “reorganização” foi utilizado pelo US Bankruptcy Code e se divulgou a partir dele.¹²

10 U.S. Code Title 11 – Bankruptcy – Chapter 11 – Reorganization (§§ 1101-1195).1

11 Les atouts d’un dialogue disciplinaire. Le dialogue avec les disciplines non juridiques est devenu un lieu commun pour les juristes de droit économique. ‘L’analyse juridique de l’économie’ est l’objet même du droit économique. Comment peut-il viser un tel objectif s’il ne repose pas sur une représentation juste de l’économie? (PARACHKEVOVA-RACINE, Irina. L’Entreprise, in *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*.p. 278. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2020.

12 WESSELS, Bob & MADAUS, Stephan. “Rescue of Business in Insolvency Law – Instrument of the European Law Institute – Viena-Austria, July 2017, pp. 77-78.

O tema da reorganização de empresas nos lança numa verdadeira confluência de publicações¹³ e de opiniões, que pretendo abordar numa perspectiva do Direito Econômico, como transparece do recente texto da Lei da Liberdade Econômica – Lei n. 13.874, de 2019 – que, no § 4.º do artigo 1.º sintetiza todo o conteúdo da lei: “O disposto nos artigos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º dessa lei **constitui norma geral de direito econômico**”. Ou seja, todo o conteúdo da Lei se resume no Direito Econômico.

A empresa se configura como uma noção central – e (por que não dizer?) que se situa “no coração do Direito Econômico”. A partir da micro empresa e pequena empresa, incluindo o produtor rural, passando pelo grupo e por uma rede, ela se consolida como um “centro de poder” rivalizando até mesmo com o poder político, é uma entidade estruturante da atividade econômica e da vida social, inovadora e provocadora do bem estar social. De uma concepção clássica, em que a empresa é vista como um centro autônomo de decisão no exercício de uma atividade econômica, passa-se a uma perspectiva que é consubstancial ao Direito Econômico, em que a empresa é vista numa concepção mais dinâmica, que se manifesta numa complexidade de tensões e de funções sociais e políticas.¹⁴ Esta nova concepção terá, como veremos, uma influência fundamental quando a empresa se encontra em dificuldade, em situação de insolvência.

Importante ressaltar que a empresa é um centro criador de riquezas, provedora de trabalho, quer subordinado quer autônomo, propulsor de inovação, valendo-se dos recursos naturais e humanos. A empresa se realiza num contexto de mercado, que é essencialmente um lugar de encontro de pessoas,¹⁵ daí o seu aspecto dinamizador e que vai além da situação de dificuldade e a supera. É o que enfatiza Giulio Cesare Giorgini:

13 RACINE, Jean-Baptiste. *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence – LGDJ. 2020, 724p. MOUCHETTE, Julien. *La Magistrature d’Influence des autorités Administratives Indépendantes*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence – LGDJ. 2019, 691p. HOLMES, Simon; MIDDELSCHULTE, Dirk; SNOEP, Martijn. *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*. New York, Concurrences, 2021, 466p. CHARBIT, Nicolas & GACHOT, Sébastien. *Herbert Hovenkamp – The Dean of American Antitrust Law – Liber Amicorum*. New York, Concurrences, 2021.

14 PARACHKEVOVA-RACINE, Irina. L’Entreprise, in *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. P. 275. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2020. Como ensina Giulio Cesare Giorgini: “Parce que l’entreprise est créatrice de richesses et pourvoyeuse d’emplis et, dans le même temps, utilisatrice de ressources naturelles et humaines, parce qu’elle serait appelée à transcender les intérêts particularistes, l’entreprise est un facteur significatif des équilibres... et des déséquilibres de notre société. Le droit économique se soucie donc des conditions de son activité et de sa santé: la question de l’entreprise en difficulté est posée” (GIORGINI, G.C. L’entreprise en difficulté. In *Le Droit Économique au XXI Siècle – Notions et Enjeux*. Paris. L.G.D.J., 2020).

15 “O mercado, se houver confiança recíproca e generalizada, é a instituição econômica que permite o encontro entre as pessoas, na sua dimensão de operadores econômicos

A noção de empresa se concretiza como um possante revelador das realidades econômicas, políticas e sociais, nacionais ou internacionais, e malgrado o paradoxo de que ela não é titular da personalidade jurídica, ela é hoje um ator central do direito. Porque a empresa é criadora de riquezas e provedora de empregos e, ao mesmo tempo, utilizadora de recursos naturais e humanos, por isso que ela é chamada para transcender os interesses particularistas, a empresa é um fator significativo dos equilíbrios... e dos desequilíbrios de nossa sociedade. O direito econômico se preocupa com as condições de sua atividade e de sua saúde: a questão da empresa em dificuldade está posta.¹⁶

Tendo em vista esta configuração da empresa “**moderna**” dentro de uma sociedade “**dinâmica**” é que os diplomas legislativos atuais, procuram mudar o foco de tratamento e de preservação e sustentabilidade das empresas em dificuldade. Substitui-se a ideia do desastre e do partilhamento¹⁷ por um método inteiramente inovador de tratamento da questão. O impulso a ser dado às empresas em dificuldade não se reduz à satisfação dos interesses dos credores, mas recebe uma orientação nova, viabilizando a superação da situação de crise, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica e garantindo um contexto de competitividade inovadora e humana.¹⁸ Para consecução desta nova configuração do tratamento

que usam o contrato como regra das suas relações e que trocam bens e serviços entre si fungíveis, para satisfazer as suas carências e desejos. (BENTO XVI, 2009. Caritas in veritate, n. 35).

16 “... *la notion d’entreprise demeure un puissant révélateur des réalités économiques, politiques et sociales, nationales ou internationales, et malgré le paradoxe qu’elle n’est pas titulaire de la personnalité juridique, elle est désormais un acteur central du droit. Parce que l’entreprise est créatrice de richesses et pourvoyeuse d’emplois et dans le même temps, utilisatrice de ressources naturelles et humaines, parce qu’elle serait appelée à transcender les intérêts particularistes, l’entreprise est un facteur significatif des équilibres... et des déséquilibres de notre société. Le droit économique se soucie donc des conditions de son activité et de sa santé: la question de l’entreprise en difficulté est posée*” (GIORGINI, G.C. L’entreprise en difficulté. In *Le Droit Économique au XXI Siècle – Notions et Enjeux*. Coord. Jean-Baptiste Racine. P. 301-302. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence-LGDJ, 2020).

17 Pode-se ver esta ideia de preservar a unidade no relato bíblico da crucificação de Jesus Cristo. A sua túnica, que era inconsútil, não foi dividida entre os soldados, mas sorteada entre eles, para conservar sua inteireza. (Evangelho de João, cap. 19, 24. Cf. Salmo 21,19).

18 É este o cerne do Artigo 47 da Lei 11.101, de 2005. Este direcionamento de sustentabilidade e de competitividade é também salientado pelo “Guidelines” da Autoridade de Concorrência da Holanda: “*Sustainability is one of the key priorities of the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM). Agreements between undertakings can contribute in an effective manner to the realization of public sustainability objectives. Furthermore, such agreements can strengthen the support for the efforts that are needed for the realization of those objectives. These Guidelines therefore explain in*

das empresas em dificuldade, o método da análise econômica, ou, em outra vertente, o método da análise substancial se apresenta de forma extraordinária a exigir, para implementação de suas finalidades, a nomeação de um profissional idôneo.¹⁹ Esta idoneidade se reveste de uma exigência de profissionalismo e de atualidade, de uma expertise na estruturação de mercado que é enfatizada pela Diretiva 2019/1023, como veremos adiante.

O tratamento prevalecente no direito moderno sobreleva o interesse da sociedade como um todo e impõe respeito maior do que o do interesse dos acionistas.²⁰ Como assinala Ghio Emilie, a crise gerada mundialmente pela COVID-19 tornou ainda mais agudo o sentimento da interdependência, entre governos e entre empresas, destacando-se a harmonização das leis de insolvência no topo da agenda das instituições europeias.²¹ Klaus Schwab considera que a essência do século XXI pode ser resumida em uma palavra: “interdependência”, que pode ser definida como a dinâmica dependência recíproca entre os elementos que compõem o sistema.²²

greater detail how competition law is applied to sustainability agreements made between undertakings’. (Netherlands, Autoriteit Consument & Markt. GUIDELINES – Sustainability Agreements - 2020)

19 Assim dispõe o artigo 21 da Lei 11.101, de 2005: “O administrador judicial será profissional **idôneo**, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

20 “This is not to say that there is agreement that corporations should be run in the interests of shareholders alone, much less that the law should sanction that result. All thoughtful people believe that corporate enterprise should be organized and operated to serve the interests of Society as a whole, and that the interests of shareholders deserve no greater weight in this social calculus than do the interests of any other members of society” (HANSMANN H. & KRAAKMAN R. The End of History for Corporate Law. *Yale Law School, Law and Economics Working Paper n° 235*).

21 “The harmonisation of insolvency laws has been at the top of the European institutions’ agenda over the last decade. EU initiatives have intensified and gained momentum in the aftermath of the global financial crisis of the late 2000s. They crystallised with the adoption of the European Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency in 2014 (ECR 2014), the European Insolvency Regulation Recast 2015 (EIRR 2015), and the Directive on Preventive Restructuring Frameworks 2019 (DPR 2019). The COVID-19 pandemic has revealed some of the limits of the EU’s harmonisation efforts.(GHIO, Emilie et alii. Harmonising Insolvency Law in the EU: New Thoughts on Old Ideas in the Wake of the COVID-19 Pandemic. P. 1). Cf. também “Rescue of Business in Insolvency Law. In *Instrumento f the European Law Institute*. Viena-Austria, 2017.

22 “If just one word had to distil the essence of the 21st century, it should have to be “interdependence”. A by product of reciprocal dependence among the elements that compose a system. The fact that globalization and technological progress have advanced so much over the past few decades has prompted some pundits to declare that the world is now “hyperconnected” – a variant of interdependence on steroids!” (SCHWAB, Klaus; MALLERET, Thierry. *Covid-19: The Great Reset*. P. 22. Geneva, *World Economic Forum*, 2020.

5 O DIREITO COMPARADO

A empresa não restringe hoje sua atuação ao âmbito de um país ou de um bloco de países. A internacionalização é uma realidade evidente. O fenômeno da economia exige das diversas magistraturas um diálogo. A harmonização e o diálogo entre os operadores do direito e as empresas foi objeto de consideração na Proposta de Regulação do Parlamento Europeu para o setor de mercados digitais.²³

Ressalte-se a visão do direito norte-americano, que deve ser levada em conta na análise do contexto legislativo brasileiro adotado pela Lei n. 11.101, de 2005, com a complementação e atualização da Lei n. 14.112, de 2020. O Bankruptcy Code tem dois capítulos que se referem aos problemas decorrentes da insolvência das empresas.

O **Capítulo 7** do Código dispõe que um administrador isento adquire o controle da empresa, reúne os ativos, vende-os e distribui o resultado.

Diferentemente do Capítulo 7, o **Capítulo 11** do Código tem em vista a **reorganização**. O devedor normalmente propõe um plano de **reorganização** para manter seu negócio vivo e para pagar seus credores. É indicado um administrador (trustee) para supervisionar o plano de reorganização e para garantir a operação do negócio do devedor proporcionando sua continuidade (“on going concern”). Este dispositivo deve inspirar o aplicador da legislação brasileira (tanto a Lei 11.101, de 2005, quanto sua atualização pela Lei 14.112, de 2020).²⁴

Posner também salienta, na 9ª edição de sua *Economic Analysis of Law*, que a mais interessante forma de insolvência voluntária da empresa é a **reorganização** da atividade empresarial. De acordo com o Capítulo 11 do Bankruptcy Code a empresa pode continuar operando com uma diferente estrutura e não há medidas para liquidação. Mas deve ser apresentado um plano.²⁵

23 “...Dada a natureza transfronteiriça intrínseca dos serviços essenciais de plataforma prestados por controladores de acesso, a fragmentação regulamentar prejudicará gravemente o funcionamento do mercado interno de serviços digitais, assim como o funcionamento dos mercados digitais em geral. (COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital. Bruxelas. 15.12.2020).

24 “*Despite these similarities, the procedures under Chapter 7 and Chapter 11 are quite different. In Chapter 7, a disinterested trustee takes control of the firm, marshals its assets, sells them, and distributes the proceeds.*” (KORDANA, Kevin A. and. POSNER, Eric A. *A Positive Theory of Chapter 11*. In CHICAGO – John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 61.)

25 “*The most interesting form of voluntary corporate bankruptcy is the corporate reorganization. Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code, management is allowed to continue operating the corporation as debtor in possession; there is no trustee, and no steps are taken to liquidate the firm. But the corporation must come up within six months with a plan of reorganization...*” (POSNER, R.A. *Economic Analysis of Law*. 9th edition. P. 550.

6 A DIRETIVA EUROPEIA N. 2019/1023

A Diretiva 2019/1023, de 20 de junho de 2019 deve ser levada em conta pelo estudioso e pelo aplicador da Lei n. 11.101, de 2005, com as alterações da Lei n. 14.112/2020, para um posicionamento comparativo enriquecedor. Importa salientar alguns tópicos que me parecem dignos de um confronto com a lei brasileira. Merecem uma leitura atenta e reflexiva os 101 itens dos “consideranda”, que são uma verdadeira lição de modernização do Direito, em que saliento os seguintes tópicos:

- A Diretiva estabelece um **regime de reestruturação preventiva**, o perdão de dívidas e as inibições....
- Propõe a adoção de medidas destinadas a **aumentar a eficiência** dos processos relativos à **reestruturação**, ao perdão de dívidas.
- Para efeitos de assistência às partes na negociação e **elaboração de um plano de reestruturação**, os Estados-Membros deverão prever a nomeação obrigatória de um profissional no domínio da reestruturação
- Os regimes de **reestruturação preventiva** deverão, acima de tudo, permitir que os devedores se reestrutrem efetivamente numa fase precoce e evitem a insolvência, limitando assim a liquidação desnecessária de empresas viáveis.
- Estes regimes deverão ajudar a **evitar a perda de postos de trabalho e a perda de conhecimentos especializados e competências**, e **maximizar** o valor total em benefício dos credores, em comparação com o que receberiam em caso de liquidação dos ativos da empresa ou em caso de melhor cenário alternativo na ausência de um plano, bem como dos proprietários e da economia no seu conjunto.

A Diretiva assume uma postura **positiva, prospectiva e holística**.²⁶ A prospectividade, como visto, tem o sentido etimológico de um voltar-se para o futuro, de garantir uma permanência e uma sustentabilidade criativas e de conteúdo humanístico. O primeiro dos “*consideranda*” nos propõe inserir a “reestruturação judicial” num contexto mais otimista, visando o “bom funcionamento do mercado interno” e resume a perspectiva filosófica, jurídica, econômica e humanista do texto legislativo:

A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e eliminar os obstáculos ao exercício de liberdades

§ 15.5. New York, Wolters Kluwer, 2014).

²⁶ Não podemos perder de vista o valor semântico de “holístico”, e para clarear esse significado impõe-se explicitar a etimologia da palavra: *ολος* = todo, inteiro. A primeira letra tem um “espírito forte”, que deu origem ao “h”, donde “holos”, que designa uma totalidade, no caso presente, a totalidade e inteireza do mercado.

fundamentais como a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, os quais resultam das diferenças entre as legislações e processos nacionais de reestruturação preventiva, de insolvência, de perdão de dívidas e de inibições. Sem afetar os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, a presente diretiva visa eliminar esses obstáculos assegurando: o acesso das empresas e empresários viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade; a possibilidade de os empresários honestos insolventes ou sobre-endividados se beneficiarem de um perdão total da dívida depois de um período razoável, permitindo-lhes assim terem uma segunda oportunidade; e uma maior eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, nomeadamente com vista à redução da sua duração.

A Diretiva 2019/1023, adotada após longo trabalho de atualização e harmonização, traz uma perspectiva de bom funcionamento do mercado, deixando evidente que o que ocorre com uma empresa em situação de crise e de insolvência tem uma repercussão ampla em todo o contexto de mercado e sobre toda a sociedade. Deve o intérprete da legislação brasileira levar em conta os modernos direcionamentos do direito comparado, que exige sejam tomadas medidas modernas, inovadoras e inclusivas.

7 O DESEMPENHO DO JUIZ NO PROCESSO DE REORGANIZAÇÃO

Ao tecer considerações sobre o Direito da Reorganização de Empresas, deve-se obrigatoriamente levar em conta os ensinamentos do Prof. Eduardo Goulart Pimenta, que, em trabalho recente e atualizado faz uma análise abrangente da questão. Seu livro deixa claro que a direção do processo de reorganização é das empresas envolvidas, cabendo ao Poder Judiciário “zelar pela aplicação integral das regras legais viabilizadoras da negociação... e dos demais aspectos procedimentais”.²⁷ Eu acrescentaria um “apenas”, pois que a competência para elaboração e aplicação do plano de reestruturação é dos profissionais idôneos.

Em vários pontos de sua obra, o Prof. Eduardo Goulart Pimenta deixa claro que a função do Juiz é de zelar pelo bom andamento processual. Isto não quer dizer que o Juiz se exime da obrigação de conhecer bem e em profundidade a questão substancial da reorganização das empresas. Pode-se afirmar que o Juiz desempenha uma função importante, desde a **indicação do profissional idôneo, com o acompanhamento inteligente e**

²⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e Crise da Empresa – Versão atualizada pela Lei 14.112 de 2020. Páginas 242, 256, 331 e 348.* Belo Horizonte, Expert, janeiro de 2021.

prospectivo, até a homologação do resultado positivo para o mercado como um todo.²⁸

Sua análise da forma de atuação que o Poder Judiciário desempenha no processo de reorganização das empresas deve ser vista em consonância com a conclusiva observação do próprio professor Eduardo Pimenta:

O administrador judicial é um órgão instituído para ser o principal auxiliar do juízo na condução do processo de falência ou recuperação de empresas, tendo em vista a impossibilidade material e técnica de se atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário o ônus de dirigir tais processos tanto sob o aspecto de sua legalidade quanto de sua viabilidade e correção econômica, contábil e administrativa (p. 205).²⁹

Este posicionamento doutrinário está em sintonia com o disposto no artigo 21 da Lei 11.101 que dispõe: o administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”. O Juiz tem uma importância fundamental na escolha desse “profissional idôneo”. Deve fazer uma seleção e uma escolha relevante do profissional que conhece bem as relações de mercado, atento sempre à orientação constante do “considerando n. 85” da Diretiva 2019/1023:

Por último, atendendo aos mecanismos de cooperação reforçada entre os órgãos jurisdicionais e os profissionais nos processos transfronteiriços, criados ao abrigo do Regulamento (EU) 2015/848, **o profissionalismo de todos os intervenientes tem de atingir níveis elevados e comparáveis em toda a União**. Para realizar esses objetivos, os Estados-Membros deverão assegurar que os membros das autoridades judiciais e administrativas que tratam de processos relativos à reestruturação preventiva, à insolvência e ao perdão de dívidas tenham formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários ao exercício das suas responsabilidades. Essa formação e esses conhecimentos especializados poderão igualmente ser adquiridos durante o exercício das funções enquanto membros das autoridades judiciais ou administrativas ou, antes da nomeação para o exercício dessas funções, durante o exercício de outras funções pertinentes”.

O Direito Econômico, como determinado pela Lei de Liberdade Econômica tem um enorme comprometimento com a nova realidade do século XXI.³⁰ É preciso entender o posicionamento assumido pela Lei

²⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e Crise da Empresa*. p. 242-256-331-348. Belo Horizonte, Expert, 2021.

²⁹ Id., *Ibid.*, p. 205.

³⁰ DEFFAINS, Bruno. & MARTY, Frédéric. *L'Économie du droit*, pp. 237-273. PARACHKEVOVA-RACINE, Irina. *L'Entreprise*, pp. 277-297. GIORGINI, Giulio Cesare. *L'Entreprise en difficulté*, pp. 301-317, in RACINE, Jean-Baptiste. *Le Droit*

n. 11.101/2005 e pela Lei n. 14.112/2020, como bem explicado pelo Professor Eduardo Pimenta: configura-se uma orientação de **síntese** entre o posicionamento do Juiz (predomínio da “**forma**”) com o dos profissionais **idôneos** (predomínio da “**materialidade do plano**”). Evoco o ensinamento de Michel Vasseur, quando ensina que o Direito Econômico é um direito de síntese. Etimologicamente, síntese tem o sentido de “colocar junto”: a matéria econômica do plano de reorganização se coloca junto, se enquadra, com a forma jurídica.³¹ Assim, o papel do Juiz se completa com a homologação do plano apresentado pelos profissionais de mercado.

8 A POLÍTICA DA PREVENTIVIDADE

A “reestruturação preventiva” agora contemplada impositivamente pela Diretiva tinha já sido prevista por Gérard Farjat em seu celebrado artigo de 1986. Certamente em tom profético já assinalava que o sistema jurídico necessitava de um comportamento de antecipação de reformas legislativas, possibilitando até mesmo a prospectiva jurídica em aliança com a Economia e com a adoção de uma análise crítica. A **prospectividade** é uma das características essenciais do Direito Econômico. Já o salientava Gérard Farjat em seu célebre artigo de 1986.³²

O pressuposto para a adoção de uma legislação sobre insolvência é o da **previsibilidade**, ou mesmo da **prevenção** de uma situação de dificuldades em que se encontre uma empresa para honrar seus compromissos de pagamento, como consta expressamente da Diretiva 2019/1023 da União Europeia. A previsão pode significar somente um “ver antes”, mas a “prevenção” é algo mais positivo e efetivo, pois significa “**chegar antes**” (pre-venire) dos eventos e mudar seu direcionamento.

A Lei n. 11.101, de 2005, e a Lei 14.112, de 2020 têm como cerne estabelecer os parâmetros de atuação dos agentes econômicos e do Poder Judiciário em uma situação de insolvência que pode ocorrer no contexto empresarial. A deficiência no cumprimento das obrigações de pagamento têm normalmente diversas origens, como salienta o Prof. Eduardo

Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux. Paris, LGDJ, 2020.

31 A origem grega da palavra “síntese”: σὺν (= junto) τίθημι (=coloco).

32 A importância da **prospectividade** é assinalada por Gérard Farjat em seu célebre artigo de 1986: “*Ce qui est vrai, c’est que le système juridique contemporain, tout au moins en ce qui concerne l’économie, a davantage besoin encore d’analyse critique. On a, à juste titre, relevé l’importance de la **prospective juridique** en droit des affaires: “La prospective juridique, en dehors même de son intérêt scientifique propre, peu répondre à un besoin: repérer les tensions et les imperfections affectant le droit **avant** que l’échéance d’une réforme ne surgisse, cela pour mener à temps investigations et réflexions éclairant les données de fait et de droit et les implications de telle ou telle solution envisagée”* (L’Importance d’une Analyse Substantielle en Droit Économique, in *Revue Internationale de Droit Économique*. N° 0, p. 39. Bruxelles, DeBoeck Université, 1986.

Goulart Pimenta, como a divergência de administração entre seus sócios, a incapacidade gerencial, a desqualificação ou desatualização da mão de obra, a falta de competitividade dos produtos ou serviços oferecidos, a retração do mercado consumidor por ocorrência de crises, o surgimento de produtos novos e inovadores, carga tributária excessiva, exigências burocráticas estatais excessivas, pacotes econômicos destinados a superar crises, ou até mesmo a ocorrência de condutas fraudulentas ou abusivas.³³

9 DIREITO ECONÔMICO E MERCADO

Esta visão de prevenção, de criatividade e de sustentabilidade, já vinha sendo trabalhada pelos mentores do Direito Econômico da Escola de Nice. A preocupação com a evolução dos acontecimentos e com a necessidade de o Direito se inserir nesse contexto de **dinamicidade**, se manifesta ainda com a primeira edição do “*Droit Économique*” de FARJAT, em 1971. Seguiu-se a ela uma segunda edição em 1982.

Na introdução desta segunda edição, FARJAT declara:

[...] o Direito Econômico é uma realidade jurídica que se descobre em todas as sociedades industriais contemporâneas, como na maior parte daquelas que aspiram a tornar-se tais (o Direito Econômico é então designado sob o nome de **direito do desenvolvimento**...³⁴

E mais adiante observa que “**o direito econômico** não está de forma alguma limitado à intervenção do Estado, mas compreende igualmente a ‘**organização da economia**’ pelos poderes privados econômicos e o direito da concentração”.³⁵

Apesar da repercussão alcançada pela primeira e pela segunda edições, não se lhes seguiu uma terceira. A explicação pode ser vista no artigo publicado pelo mesmo autor na revista *Archives de Philosophie du Droit*, em 1992, em que Farjat insere um novo direcionamento e qualifica o Direito Econômico como o Direito da **organização dos mercados** e da **concorrência**:

Enquanto ramo do direito, **o Direito Econômico é um direito da organização da economia cujo cerne é hoje o direito da concorrência** com desdobramentos consideráveis mas incertos nas sociedades liberais ou em via de liberalização. É também uma disciplina, ou seja um subsistema do direito comparável à **equity**, de qualquer

33 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e Crise da Empresa*. Pág. 80. Belo Horizonte, Expert, janeiro de 2021.

34 FARJAT, G. *Droit Économique*, 2e. edition, Paris, PUF, 1982, p. 13.

35 Id. *Ibid.*, p. 6

forma um “**renascimento**” do direito, como resposta às “**pressões**” da economia política.³⁶

Em 2002, Farjat acrescenta mais um elemento de **interdisciplinaridade** ao seu pensamento anterior. Não se satisfaz com a insistência do enlace dos estudos de Economia e Direito, e apresenta a necessidade da preocupação com a **Ética** para entremear o relacionamento entre Direito e Economia:

[...] parece-nos que **a ética provoca**, quase dialeticamente, **duas orientações diferentes**. De um lado a ética deveria provocar um reforço do sistema jurídico e de outro se caminha para a institucionalização de um subsistema ético no sistema econômico”.³⁷

Em 2004, FARJAT apresenta uma visão mais abrangente do Direito Econômico. Segundo ele uma concepção global e mais desenvolvida do Direito Econômico deve aliar-se à Economia e à Ética:

[...] o Direito econômico é constituído pelas estruturas e pelos comportamentos jurídicos (as regras, os direitos, os procedimentos, as instituições, os métodos) que corresponderam à “elevação” do sistema econômico nas sociedades contemporâneas” [...] “a ética, ou os fragmentos de um discurso moral, envolve as construções empíricas que correspondem às necessidades de valores que acompanham todas as atividades humanas. Estas construções decorrem do sistema moral ou nele se inspiram e tem por objeto promover e regular estas atividades.”³⁸

10 EMPRESAS EM DIFICULDADE E CONCORRÊNCIA

As medidas de reestruturação e de reorganização adotadas pelas empresas em situação de crise e pelos seus respectivos governos devem levar em conta os problemas de direito da concorrência que surgem.

O artigo 50 da Lei 11.101/2005 aponta os meios de recuperação judicial, acentuando que se deva observar a legislação pertinente a cada caso. Dentre os meios que podem ser mencionados como provocadores da aplicação da Lei n. 12.529, de 2011:

36 FARJAT, G. La notion de Droit Économique. *Archives de Philosophie du Droit – Droit et Économie*. Paris, Tome 37, Dalloz-Sirey, p. 27-62. Traduzi o artigo, com autorização escrita do Autor e da Editora: A Noção de Direito Econômico. *Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG*. 1996. FARJAT menciona os trabalhos de Claude Champaud (*Contribution à la définition du droit économique – 1967, de Michel Vasseur (Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales, 1959, e de A. Jacquemin e G. Schrans (Le droit économique, PUF, “Que sais-je”, p. 90).*

37 Le Droit Économique et L’Essentiel (Pour um Colloque sur l’Étique), in *Revue Internationale de Droit Économique*, 2002, n° 1, Bruxelles, De Boeck Université, 2002, n° 1, p. 167.

38 Ob. Cit. p. 157.

II- cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações,

III- alteração do controle societário; [...]

XVIII – venda integral da devedora [...].

A adoção de qualquer desses meios de recuperação, ou reorganização, social provoca a incidência de questões de concorrência empresarial, exigindo a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, bem como a atuação das Agências Reguladoras, na aplicação da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, a Lei Geral das Agências Reguladoras.

Como adverte Simon Holmes,³⁹ “a sustentabilidade é um aspecto da concorrência (como um aspecto de qualidade e/ou inovação) e as empresas podem, e devem, concorrer na base da sustentabilidade de seus produtos: a diferença de opinião é acerca da extensão em que seja quer legal ou benéfico para a empresa cooperar para lutar contra as mudanças climáticas e para promover a sustentabilidade.”⁴⁰

Retomando o tema de seu artigo publicado em 2002,⁴¹ a professora Laurence IDOT, da Universidade de Paris I, em palestra realizada em 2016, enfatiza o tema do encontro entre o direito das empresas em dificuldade e o direito da concorrência. Reporta-se às Orientações relativas aos auxílios estatais a empresas não financeiras em dificuldade, que anunciaram três objetivos de modernização do controle dos auxílios estatais, que são **a promoção** de um crescimento inteligente, **a cooperação** entre os Estados membros e **a simplificação das regras** para aceleração do processo de tomada de decisões.⁴²

39 HOLMES, Simon. Preface: How sustainability can be taken into account in Every área of competition Law. In *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*. P. 4. New York, Concurrences, 2021.

40 “... Sustainability is an aspect of competition (as an aspect of quality and/or innovation) and individual businesses can, and should, compete on the basis of the sustainability of their products: the difference of opinion is over the extent to which it is either lawful or beneficial for business to cooperate to fight climate change and promote sustainability” (HOLMES, Simon. Preface: How sustainability can be taken into account in Every área of competition Law. In *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*. P. 4. New York, Concurrences, 2021.

41 IDOT, Laurence. Mondialisation, Liberté et Régulation de la Concurrence – Le contrôle des concentrations. *Revue Internationale de Droit Économique – RIDE – Numéro Spécial*. 2002/ 2-3, p. 175-205.

42 “Le thème d’aujourd’hui nous invite à une rencontre entre le droit des entreprises en difficulté et le droit de la concurrence. Nous n’allons pas revenir sur la question de la nature anti ou pro-concurrentielle du droit des entreprises en difficulté, mais adopter une approche pratique des problèmes de droit de la concurrence qui naissent des mesures de restructuration. (IDOT, Laurence. Restructuration d’Entreprises en Difficulté et Concurrence – Concentrations et Aides d’État. Conférence-déjeuner organisée par la Revue Concurrences en partenariat avec DLA Piper. 8 Novembre 2016. Paris). Cf.

A Autoridade de Concorrência da Holanda em seu “guidelines” de 10 de julho de 2020 afirma que “sustentabilidade e concorrência comumente andam de mãos-dadas – **go hand in hand**. Da mesma forma que a concorrência pode estimular a inovação sob a forma de novos ou melhorados produtos e serviços, assim também o pode a sustentabilidade... Mas, tem-se assinalado com frequência que existe alguma forma de tensão entre sustentabilidade e concorrência.”⁴³

11 O CONTEXTO LEGISLATIVO DO BRASIL

Vivemos um momento em que o legislador brasileiro se insere numa perspectiva holística e humanista. Lembra-nos Klaus Schwab o “caminho para diante” que o desafio da Quarta Revolução Industrial nos impõe: “a quarta revolução industrial pode estar trazendo uma **disrupção**, mas os **desafios** que ela apresenta estão provocando a nossa ação. Está, pois, em nosso poder direcioná-los e provocar as mudanças e políticas necessárias para adaptar (e desabrochar) no nosso contexto emergente”.⁴⁴

O texto da Lei n. 11.101, de 2005, com a atualização efetivada pela Lei n. 14.112, de 2020, é justamente a ação do legislador para enfrentar os novos desafios, e provoca reflexão sobre alguns pontos específicos, especialmente quanto à mudança de mentalidade relativamente ao tratamento das empresas em dificuldades:

A lei impõe, acima de tudo, a superação do limite da relação devedor/credor ampliando a preocupação para o âmbito das relações de mercado, em que podemos assinalar o contexto do artigo 47, que estabelece um objetivo de sustentabilidade a ser implementado com a consecução de **sete objetivos**: (a) viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, (b) permitir a manutenção da fonte produtora, (c) preservar o emprego dos trabalhadores (d) preservar os interesses dos

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade*. 2014/C 249/01. 2.2 Âmbito material: Noção de “empresa em dificuldade”.

43 “*Sustainability and competition often go hand in hand. Just as competition can stimulate innovation in the form of new or improved products and processes, so can it stimulate sustainability too. Consumers often see sustainability as a quality improvement of a product, and the availability of sustainable products increases their options. Investments and improved production processes that use raw materials more efficiently not only offer businesses competitive advantages but are also in the interest of sustainability. However, it is often pointed out that there is some sort of tension between sustainability and competition.*” (HOLANDA. Autoriteit Consument & Markt – Guidelines: Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law. 10 de julho de 2020).

44 “The fourth industrial Revolution may be driving disruption, but the challenges it presents are of our own making. It is thus in our power to address them and enact the changes and policies needed to adapt (and flourish) in our emerging environment”. (SCHWAB, Klaus. *The Four Industrial Revolution*. Kindle edition. P. 148).

credores, (e) promover, assim, a preservação da empresa, (f) implementar sua função social e (g) garantir o estímulo inovador da atividade econômica.

Implanta o legislador uma concepção alternativa da visão até hoje dominante da empresa como uma cadeia relações de agência. Supera-se a mera relação entre devedor e credor. O teor do artigo 47 introduz uma concepção em que a empresa não se reduz a uma entidade de produção, mas assume a realidade de uma instituição social, é ela portadora de um **poder econômico**, que exerce um **poder social** e um **poder político**.⁴⁵

Dando efetividade a essa visão de reorganização e de reestruturação das empresas em dificuldade, o artigo 53 da Lei n. 11.101/2005 tem uma importância decisiva. Seguindo os exemplos dos Estados Unidos e da União Europeia, o legislador brasileiro impõe a adoção de um Plano de Reorganização.

12 O PLANO DE REORGANIZAÇÃO

O Bankruptcy Code dos Estados Unidos prevê a apresentação de um plano de reorganização em caso de requerimento voluntário ou por ordem judicial.⁴⁶

O Capítulo 3 da Diretiva 2019/1023 inclui a possibilidade de os devedores apresentarem planos de reestruturação. O artigo 8.º trata do “conteúdo dos planos de reestruturação”, o artigo 9.º trata da “adoção dos planos de reestruturação”, valendo ressaltar os incisos 1.º e 2.º deste artigo:

I - Os Estados-Membros asseguram que, independentemente de quem solicitar a abertura do processo de reestruturação preventiva previsto no artigo 4.º, o devedor tenha o direito de apresentar **planos de reestruturação** para adoção pelas partes afetadas.

II - Os Estados-Membros podem também prever que os credores e os profissionais no domínio da reestruturação têm direito a apresentar **planos de reestruturação**, e podem estabelecer as condições para tal.

A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, com as alterações da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, seguindo os direcionamentos internacionais, mostra que as crises por que passam as empresas não devem direcionar seus olhares para o passado e para o desfazimento, mas provocam o direcionamento para o futuro, para a superação e para a continuidade da

45 PARACHKEVOVA-RACINE, Irina. L'entreprise. In *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. P. 279. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2020.

46 “The debtor **may file a plan** with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case. (Chapter 11 – Reorganization. Subchapter II – The Plan § 1121). United States Bankruptcy Code. Michigan, Michigan Legal Publishing. 2020 Edition.

vida empresarial. Os artigos 53, 54 e 55 estabelecem a obrigatoriedade de um diálogo construtivo. À obrigatoriedade de apresentação do Plano contrapõe-se a faculdade proporcionada a qualquer credor para manifestar sua objeção do plano de recuperação.

Com a apresentação do plano, deverá o devedor cumprir certas exigências de objetividade:

- deverá discriminar pormenorizadamente os meios de recuperação a ser empregados, conforme o artigo 50 da Lei;
- deverá demonstrar sua viabilidade econômica;
- deverá apresentar um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos;
- deverá o laudo ser subscrito por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada em reestruturação empresarial.

A lei prevê prazos para cumprimento do plano, com o objetivo de **efetividade** e **celeridade**. Saliente-se ainda que o objetivo da lei é o de proporcionar às empresas o papel principal no “diálogo de reorganização”. Para esse efeito é que o artigo 51-A (introduzido pela Lei n. 14.112/20) dispõe que o Juiz poderá nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade.

Com o intuito de dar abrangência à reorganização de empresas, acentuando a importância contextual do mercado, o artigo 70 da Lei 11.101 prevê a possibilidade de apresentação de “*plano especial de recuperação judicial*” pelas microempresas e as empresas de pequeno porte. Não se pode olvidar a importância hoje desempenhada pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte e pelo produtor rural, tanto no sentido de criação e manutenção de empregos, quanto no estímulo à inovação.

Com este objetivo, a Lei n. 14.112/2020 inclui um agente atualmente importante no mercado: **o produtor rural**. O artigo 70-A, introduzido pela lei nova, dispõe que “o produtor rural de que trata o § 3.º do artigo 48 desta Lei poderá apresentar **plano especial** de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)”.

O Bankruptcy Code prevê, no § 1181 e seguintes do Capítulo 11 o tratamento especial a ser dado para a reorganização da microempresa – “*small business debtor*”.⁴⁷

Com esta inclusão, reafirma o legislador a necessidade de proteger a integridade, a inteireza do mercado. Microempresas, empresas de pequeno

⁴⁷ “Definitions – In this chapter: (1) Debtor – The term “debtor means a small business debtor” (Bankruptcy Code – Edition 2020. Chapter 11, Subchapter V, § 1182).

porte e o produtor rural são de inegável importância quanto à manutenção da empregabilidade e o estímulo à inovação.

O plano é elaborado por profissionais competentes em reorganização de empresas, não cabendo ao Juiz uma apreciação de mérito, aprovando ou rejeitando o plano. É o que ensina o Prof. Eduardo Goulart Pimenta: “Ao magistrado não é - e não deve - dado o direito de voto sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação, uma vez que não pode ele suprimir a vontade daqueles que diretamente têm interesses tuteláveis relacionados ao organismo empresarial em crise”.⁴⁸

13 CONTEXTO TRANSNACIONAL

Em 2002, em um Seminário sobre Mundialização e Direito Econômico, Hanns Ullrich já salientava alguns aspectos das relações empresariais que se apresentavam concretamente, como a harmonização e uniformização das regras de direito, os efeitos extraterritoriais da aplicação do direito nacional, a “des-territorialização” e internacionalização das regras de direito, a pujança do poder econômico privado, a “constitucionalização” de uma ordem econômica internacional. Todas estas noções devem incluir uma vinculação com a análise de fenômenos específicos da globalização econômica para ter um sentido concreto, distinto e operacional.⁴⁹

As empresas atuam hoje, mais que nunca, superando os limites territoriais de um estado. Saliento, por exemplo, o papel desempenhado por uma empresa de transporte aéreo e a necessidade de sua eventual reorganização, como assinalarei mais adiante com os casos da Alitalia e da Latam.

O Bankruptcy Code dos Estados Unidos no Capítulo 15 trata das situações ancilares e das que transbordam os limites territoriais.⁵⁰

48 *Direito, Economia e Crise da Empresa. P 242*. Belo Horizonte, Expert, 2021.

49 “*Mon propos était simplement de relever... et de définir un peu mieux le context des mots clefs juridiques souvent employés pour caractériser la mondialisation du droit économique, à savoir: l’harmonisation et l’uniformisation des règles de droit; les effets extraterritoriaux de l’application du droit national, la déterritorialisation et l’internationalisation des règles de droit; l’autorégulation, la lex mercatoria et le pouvoir économique; la “constitutionnalisation” d’un ordre économique international... Toutes ces notions sont valables, mais elles doivent être liées à l’analyse de phénomènes spécifiques de la globalisation économique pour prendre un sens concret, distinct et opérationnel*” (ULLRICH, Hanns. Commentaire. In *Mondialisation et Droit Économique. Revue Internationale de Droit Économique – Numéro Spécial: Mondialisation et Droit Économique*. P, 212. Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2002.

50 Chapter 15 – *Ancillary and Other cross-border cases. (a) The purpose of this chapter is to incorporate the Model Law on Cross-Border Insolvency so as to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency with the objectives of – (1) cooperation between courts... (2) greater legal certainty for trade and investment... (3) fair and efficient administration of cross-border insolvencies... (4) protection and maximization of the value of the debtor’s assets... (5) facilitating of the rescue of financially troubled*

A Diretiva 2019/1023 também visualiza a reorganização de empresas em situação de possível insolvência, aplicável aos Estados-Membros da União Europeia. Assim é que no Capítulo 1.º, artigo 4.º, está posta a obrigatoriedade de os Estados Membros assegurarem que os devedores tenham acesso a um regime de reestruturação preventiva.

A Lei n. 14.112, de 2020, associando-se a esse movimento legislativo internacional, traz uma inovação importante ao incluir o Capítulo VI-A - Da Insolvência Transnacional – com a inclusão dos **artigos 167-A até 167-Y**, de forma a acompanhar a evolução dos tempos, impondo ao aplicador da lei a preocupação com a **reorganização transnacional** com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para **tratar** da questão tendo em vista que as empresas não atuam somente e exclusivamente nos limites do território de um país.

A empresa, hoje, transcende os limites territoriais de cada país, e o poder econômico das empresas multinacionais rivaliza com o poder político de cada país isoladamente. A situação das empresas que atuam em diversos países provoca, em casos de insolvência, a cooperação entre juízes e outras autoridades de cada país, exigindo a concretização da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento, de forma a garantir uma administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor, a promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis, como atualizado pela Lei n. 14.112, de 2020.

O artigo 167-A, do novo Capítulo VI-A, nomeia os **objetivos** a serem alcançados com a adoção da atuação das empresas nesse novo contexto mundial, implicando obrigações importantes indicadas nos **incisos I a VI**:

I - a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional;

II - o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento;

III - a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor;

IV - a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor;

V - a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos;
e

VI - a promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis.

A Lei n. 14.112, tendo em vista a necessidade de cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional, e tendo também em vista o aumento da segurança jurídica, está a exigir **uma preparação doutrinária, técnica e processual de todas as autoridades, quer judiciais quer administrativas**, que atuem nos casos de prevenção de insolvência, de elaboração de planos de reorganização. É a lição que se extrai dos “consideranda” n. 85, 86 e 87 da Diretiva 2019/1023, que sintetizo nos seguintes tópicos:

- Manter e reforçar a transparência e a previsibilidade dos processos para obter resultados que sejam favoráveis à preservação das empresas;
- Reduzir a excessiva morosidade dos processos de insolvência, de tal sorte a garantir maior segurança jurídica;
- Reforçar o profissionalismo de todos os intervenientes no processo;
- Assegurar que os membros das autoridades judiciais e administrativas que tratam de processos relativos à reestruturação preventiva, à insolvência e ao perdão de dívidas tenham formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários ao exercício das suas responsabilidades;
- Essa formação e essa expertise especializada poderão ser adquiridos durante o exercício das funções enquanto membros das autoridades judiciais ou administrativas ou antes da nomeação para o exercício dessas funções;
- Essa formação e esses conhecimentos especializados deverão permitir tomar de modo eficiente decisões com efeitos econômicos e sociais potencialmente significativos;
- Deve-se assegurar que os processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas possam ser executados de forma eficiente e célere;
- Ressalte-se a necessidade de criação de seções ou tribunais especializados, ou a nomeação de juízes especializados;

- Concentração da competência num número limitado de autoridades judiciais ou administrativas, constituirão formas eficientes de alcançar os objetivos da segurança jurídica e da eficácia do processo.

- Assegurar que os profissionais no domínio da reestruturação, da insolvência e do perdão de dívidas nomeados por autoridades judiciais ou administrativas («profissionais») sejam: adequadamente formados; nomeados de forma transparente, tendo em devida conta a necessidade de assegurar procedimentos eficazes; supervisionados no exercício das suas funções; e exerçam as suas funções com integridade.

14 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A identificação das causas que levam as empresas a uma situação de insolvência, as medidas a serem tomadas para a prevenir, os Planos a serem idealizados e implementados, o acompanhamento para garantir a sua implementação exigem a adoção de um método que não decorre da formalidade e da literalidade da lei. A consecução dos objetivos propostos pelo legislador, em consonância com o direcionamento do direito internacional, impõe a aceitação e concretização de um método de análise e de atuação de todos os envolvidos na operacionalização da reestruturação, da reorganização das empresas em situação de crise. Os métodos tradicionais de aplicação da norma jurídica, principalmente no que tange à chamada situação falimentar das empresas, têm-se mostrado insuficientes, incoerentes e inadequados, e sobretudo, ineficientes.

Apesar de algumas oposições sem fundamento adequado, o método da Análise Econômica do Direito, ou ainda noutra vertente, o método da Análise Substancial do Direito vem se mostrando mais evidente e firmando sua aceitação na teoria, na interpretação e na aplicação do Direito, principalmente, mas não exclusivamente, na área do Direito Econômico.⁵¹

15 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – INSTRUMENTO

Ao falar de análise econômica do Direito pensamos logo de início na figura proeminente de Richard Allen Posner. O tema vem sendo construído desde os idos de 1950, mas ganhou projeção com a obra do Professor

51 Lembro mais uma vez o disposto no artigo 1º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. O § 4º deste artigo diz que “o disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, ou seja, **todo o conteúdo da Lei constitui norma geral de direito econômico**. Convido o leitor a ler o Prefácio em que tive a honra de apresentar o livro *“O Impacto da Lei de Liberdade Econômica no Direito Brasileiro”*, lançado pela Editora Del Rey em agosto de 2021.

Posner, a partir de 1972, com a primeira edição de sua obra – “Economic Analysis of Law”⁵² – e com a chamada Escola de Chicago.

As palavras entranham e revelam um conteúdo significativo. Assim é que “ανάλυσις” significa o desatamento do todo em suas partes.⁵³ “Οίκος” “νομία” significam a administração da casa. A administração da casa exige a solução de problemas para a busca da riqueza.

Quando Posner ensina que através da sua posição doutrinária defende a maximização da riqueza,⁵⁴ não esquece o ensinamento de Aristóteles na Ética a Nicômaco e de Bentham.⁵⁵ E deixa claro que a Economia é um poderoso instrumento para a análise e interpretação do Direito.⁵⁶

16 QUESTÃO DE MÉTODO: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A aplicação das Leis n. 11.101/2005 e 14.112/2020 não será eficiente se o intérprete buscar somente na letra da lei o subsídio e orientação.

Em artigo publicado em 1986, o Professor Ejan Mackaay se perguntava: “O direito se basta? ... O direito não pode encontrar nele mesmo sua própria explicação. Não se pode compreender a natureza do direito e de suas instituições jurídicas somente com o recurso aos textos jurídicos. O direito é uma das instituições pelas quais os cidadãos administram suas relações recíprocas. Ele não pode ser compreendido senão através de seu desempenho na sociedade” (⁵⁷).

52 POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1972.

53 BAILLY, A. *Dictionnaire Grec Français*. Paris, Librairie Hachette, 1950. Decompondo a palavra: ανά (= para cima, para frente) – λύσις= desatamento.

54 POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*, 9th edition, § 2,2 (p. 32).

55 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Lib. I, cap. 5: “... es suficientemente evidente que la riqueza no es el bien supremo que buscamos.” E assinala também que “a felicidade é, pois, o bem mais precioso, o mais belo e o mais agradável!” (Liv. I, cap. 8). JEREMY BENTHAM ensinava que “con el nombre general de riqueza se comprende todo objeto que, estando al alcance de los deseos humanos, esté dentro del alcance de la humana posesión, y como tal, ya sea de hecho servicial o capaz de estar subordinado al uso humano. La riqueza de cualquier comunidad es la suma de las partes de riqueza que pertenecen a los distintos individuos que componen la comunidad...” (Escritos Económicos, Selección y prólogo de W. Stark. p. 33. México, Fondo de Cultura Económica. 1965).

56 “This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions...” (POSNER, R.A. *Economic Analysis of Law*. 9th edition, p. 3. New York. Wolters Kluwer, 2014)

57 “*Le droit et les sciences sociales. Le droit se suffit-il? Le connaît-on en prenant connaissance des règles juridiques? Poser la question c’est y répondre. Le droit ne peut trouver en lui-même sa propre explication. On ne peut comprendre la nature du droit et des institutions juridiques par le seul recours aux textes juridiques. Le droit est une des institutions par lesquelles les citoyens gèrent leurs rapports réciproques. Il ne peut être compris qu’à travers son rôle dans la société.*” (MACKAAY, Ejan. La règle juridique observée par le prisme de l’économiste – Une histoire stylisée du mouvement de l’analyse économique du droit.

Em sua “Analyse Économique du Droit”, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, professores na Universidade de Montréal, procuram mostrar aos juristas de língua francesa a importância do **método** da análise econômica para solução dos problemas jurídicos. Provocam eles:

“A análise econômica do direito revela, fazendo apelo a conceitos tomados emprestados da ciência econômica, uma **racionalidade subjacente** das regras jurídicas e os **principais efeitos** previsíveis de **sua mudança**. Ela propõe uma leitura das regras jurídicas que as julga por seus **efeitos incitativos** e pelas **mudanças de comportamento** dos cidadãos em resposta a estas incitações. Ela fornece elementos para um **juízo esclarecido sobre as instituições jurídicas** e sobre as **reformas propostas**. Ela é, por isto mesmo, **um instrumento** precioso para **o legislador e o juiz** como também para a doutrina, que ela relembra de sua missão nobre de colocar em evidência fundamentos do direito e de mostrar **a via das adaptações às realidades novas**. Ao mesmo tempo, ela oferece aos economistas um instrumento para apreender o direito.⁵⁸

O negrito acrescentado por mim nesta citação tem por finalidade evidenciar o programa deste trabalho, de análise econômica do Direito da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, comparativamente com a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2002. A alteração legislativa se deu justamente na busca de **adaptação às novas realidades da economia**. Os tópicos acima assinalados me propiciam a formatação do plano desta exposição.

Em 1986, no **número 0** da *Revue Internationale de Droit Économique*, em artigo que é visto pela comunidade jurídica como basilar, Farjat já reafirmava dois conceitos: o de análise substancial e o de organização da atividade econômica:

“A necessidade de uma análise substancial tem sido particularmente afirmada em Direito Econômico, mas ela não é de forma alguma específica dele. A análise substancial consiste em analisar, qualificar ou em criticar instituições, conceitos jurídicos ou fatos a partir de hipóteses produzidas pelo direito, sendo estas hipóteses produzidas por um exame crítico do sistema jurídico. Este exame crítico permite liberar o que nós chamamos direito substancial ou “material”. Esta análise se opõe a uma análise ou a uma qualificação que seria puramente formal”.⁵⁹

Revue Internationale de Droit Économique. N° 1 P. 43-88. Bruxelles, DeBoeck. 1986.

58 MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2e. édition. Pág. 591. Paris, Dalloz, 2008.

59 “La nécessité d’une analyse substantielle a particulièrement été affirmée en Droit Économique, mais elle ne lui est nullement spécifique. L’analyse substantielle consiste “à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d’hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons: droit substantiel ou “matériel”. Cette analyse s’oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle.” FARJAT, Gérard. L’Importance

A análise econômica, ou substancial, privilegia a análise dos fatos, superando as formas jurídicas. Mas, lembrando o ensinamento da metafísica de Aristóteles, matéria e forma se completam na formação dos seres, assim a análise formal e a análise substancial não devem ser opostas como se fossem antinômicas. Elas se completam num discurso dialeticamente provocador e dão mais eficiência à realidade do Direito, que é a da concretização da felicidade, do bem-estar geral. É o que nos ensina Fabrice Riem sobre o método jurídico.⁶⁰ A afirmação da tendência de pesquisa e elaboração do Direito vem confirmar os prognósticos de Posner e de Calabresi, que se pronunciaram sobre o Futuro da Análise Econômica.⁶¹

O Direito Econômico se apresenta no contexto jurídico com a inovação da necessidade de uma visão interdisciplinar para a solução das questões que a realidade apresenta, principalmente quando surgem crises desafiadoras, como ocorre presentemente com a Covid-19. A originalidade dos métodos adotados se afirma e se concretiza como forma de restabelecer o equilíbrio social, econômico e jurídico, como um novo discurso que propõe um novo programa de ação. É o que nos ensina mais uma vez Giulio Cesare Georgini:

A originalidade dos métodos do direito econômico é mais uma vez reafirmada. Assim, para além de um questionamento do efeito estigmatizante dos procedimentos coletivos de pagamento, as construções modernas do direito das empresas em dificuldade revelam um legislador que intervém com a ambição, primeiramente, de restabelecer a ordem jurídica, uma ordem que foi perturbada pelo devedor em dificuldade; em seguida, com a ambição de modificar as próprias realidades econômicas por meio da regra de direito. O Direito Econômico se revela então como um discurso, em seguida um verdadeiro programa.⁶²

d'une Analyse Substantielle en Droit Économique. In *Revue Internationale de Droit Économique*. N° 0, p. 9. Bruxelles, DeBoeck Université, 1986.

60 “L’analyse substantielle consiste à ‘privilégier l’analyse des faits chaque fois qu’une contradiction apparaît dans les catégories juridiques, chaque fois qu’il se produit une rupture dans leur cohérence’. Elle invite ainsi à dépasser les formes juridiques. Mais – il faut le préciser immédiatement – analyses formelle et analyse substantielle ne doivent pas être opposées comme étant antinomiques. Il existe entre elles une puissante relation dialectique puisque les catégories juridiques constituent le point de départ et le point d’arrivée du raisonnement...” (RIEM, Fabrice. *L’Analyse Substantielle*. In *Le Droit Économique au XXIe Siècle – Notions et Enjeux*. P. 77-78. Paris, L.G.D.J. 2020).

61 CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics – Essays in Reform and Recollection*. New Haven and London, Yale University Press, 2016. Kindle Edition. CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics in Legal Education. *Journal of Legal Education*. Vol. 33. Number 2. June 1983. POSNER, Richard Allen. The Future of Law and Economics – A Comment on Ellickson, *Chicago-Kent Law Review*, 1989, Vol. 65, p. 57-62.

62 “... L’originalité des méthodes du droit économique est une nouvelle fois réaffirmée. Ainsi, au-delà d’une remise en cause de l’effet stigmatisant des procédures collectives de paiement, les constructions modernes du droit des entreprises en difficulté révèlent un législateur

Confirmando a definitiva aceitação do método da análise econômica para o estudo das questões jurídicas, E neste ano, a Escola Nacional da Magistratura promoveu neste ano de 2021 o Ciclo de Palestras com Grandes Juristas Mundiais, tendo como preocupação doutrinária a “Análise Econômica do Direito”.

Em recente artigo, Daniel A. Crane⁶³ salienta a permanência e a indispensabilidade do método da análise econômica (que veio para ficar) para a interpretação e aplicação do Direito: “Chicago invited economics to the party, and it seems likely to stay even after Chicago goes home”.⁶⁴

Na formulação do “plano de reorganização” da empresa em situação de possível insolvência deverá ser dada importância à adoção da análise econômica do Direito como um instrumento indispensável, de tal forma a buscar-se a essência da realidade econômica, social e política, como proposto por Farjat. E neste ponto, merece acentuar-se a convergência entre as duas escolas de método hermenêutico, concretizando o programa proposto por POSNER, de adequação e harmonização entre a linguagem da lei e da jurisprudência e a linguagem específica da Economia.⁶⁵

17 TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA

O tema da reorganização de empresas tem-se tornado o centro das atenções legislativas, como o demonstra a promulgação da Lei n. 144.112, de 2020. Mas não se constitui somente em uma preocupação brasileira.

intervenant avec l'ambition, d'abord, de rétablir l'ordre juridique, un ordre qui a été perturbé par le débiteur en difficulté; ensuite de modifier les réalités économiques elles-mêmes à travers la règle de droit. Le droit économique devient alors un discours, puis un véritable programme” (GIORGINI, G. C. L'entreprise en difficulté. In RACINE, Jean-Baptiste (coord.) *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. P. 303. Paris, L.G.D.J., 2020.

63 Professor of Law, University of Michigan.

64 CRANE, Daniel A. The Chicago School and the Institutionalization of Antitrust Economics. In HERBERT HOVENKAMP – *The Dean of American Antitrust Law*. New York, Nicolas Charbit & Sébastien Gachot, 2021. First Print July 2021. Daniel Crane reevoca o artigo de Richard A. Posner: *A Program for the Antitrust Division*, 38 University of Chicago Law Review. 500 (1971), em que POSNER já propunha um Programa de valorização do conhecimento de Economia e mostrava o crescente interesse pelo estudo da Economia, dotando o FTC de um “*advisory board consisting of distinguished private Economists*”.

65 “...but what is significant for the present discussion is that the Division felt obliged to articulate a set of goals based not upon statutory or judicial language but upon the policy grounds assumed to underlie such language and that it attempted to fashion a set of priorities under which, grudgingly to be sure, the Division indicated that it was prepared to condone some apparent violations of the merger law as it had been interpreted by the Court. What is this but an embryonic form of the program suggested here?” (POSNER, R. A. *A Program for the Antitrust Division*. TRhe University of Chicago Law Review, Vol. 38, p. 536).

O Ministério da Justiça da França publicou em 4 de janeiro de 2021 a informação de transposição da Diretiva 2019/1023. A lei de 22 de maio de 2019 relativa ao crescimento e à transformação das empresas - Lei PACTE – habilita o Governo a transpor a diretiva, segundo três temáticas essenciais: a) reestruturação preventiva; b) perdão de dívidas; c) medidas destinadas a melhorar a eficácia dos procedimentos.

O Senado francês publicou em 30 de agosto de 2021 um documento em que prioriza os “instrumentos jurídicos de prevenção e de tratamento das dificuldades das empresas envolvidas na crise da covid-19.

Em 15 de setembro de 2021, o Presidente da República Francesa assina a Ordonnance n. 2021-1193, modificando as disposições dos artigos 1.º a 70 do Código de Comércio, transpondo as orientações da Diretiva 2019-1123, relativa aos planos de reestruturação preventiva, ao perdão de dívidas e às medidas a serem tomadas para aumentar a eficácia dos processos em matéria de reestruturação, de insolvência e de perdão de dívidas.⁶⁶

18 A CONCILIAÇÃO

As questões que envolvem relações de mercado exigem soluções prontas. Daí porque a Lei n. 14.112/20 introduz os artigos 20-A e 20-B. A conciliação e a mediação devem ser **incentivadas** em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores. A solução de situações de insolvência das empresas terá sempre em mira o **princípio da eficiência**, que consta do texto da Constituição Federal, e especificamente do **artigo 8.º** do Código de Processo Civil. A conciliação e a mediação têm por objetivo alcançar uma reorganização efetiva, eficiente e eficaz para as crises de empresas no mercado.

Assim é que, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – tem o prazo máximo de 240 dias para decidir os atos de concentração econômica a que se refere o artigo 88 da Lei n. 12.529 de 2011. Este prazo se aplica nas hipóteses previstas no artigo 50 da Lei 11.101, de 2005, com as alterações da Lei n. 14.112/2020.

19 CONCLUSÃO: A EFETIVAÇÃO DA REORGANIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A Lei 11.101, de 2005, ganhou novas perspectivas com a promulgação da Lei n. 14.112, de 2020. Exploramos alguns tópicos que deixam mais evidente a conexão com a Lei n. 13.874, de 2019, inserindo o todo legislativo num contexto de norma geral de Direito Econômico.

⁶⁶ *République Française, Légifrance, Journal Officiel*, Ordonnance n° 2021-1193, du 15 septembre 2021, portant modification du Livre VI du Code de Commerce.

Partimos assim da pergunta: qual o objetivo a ser atingido pela reorganização das empresas? Para responder, o legislador certamente levou em conta o fato incontestável de que a empresa integra o contexto do mercado, é criadora de riquezas e provedora de trabalho e de empregos, estimula a inovação e o bem-estar do consumidor. Ela transcende os interesses dos acionistas, constituindo-se em um fator de equilíbrio nacional e internacional. Daí o posicionamento assumido pela legislação atualizada de garantir a sustentabilidade da empresa. O legislador respondeu a esta pergunta no artigo 47 da Lei n. 11.101, atualizada pela Lei 14.112.

Mas seria uma falha imperdoável finalizar as considerações teóricas sem dizer que o problema apenas está começando, os desafios estão se apresentando. E para convidar a participar da festa, repetindo o convite de Daniel A. Crane, basta apontar dois casos de **reorganização de empresas: Latam e Alitalia**.

Em 26 de maio de 2020, a Sala de Imprensa da LATAM Airlines Group S.A. fez o seguinte comunicado:

LATAM Airlines Group S.A. (“LATAM”) (NYSE: LTM; SP IPSA: LTM) e suas afiliadas no Chile, Peru, Colômbia, Equador e Estados Unidos **iniciaram hoje uma reorganização e reestruturação voluntária de sua dívida sob a proteção do Capítulo 11 da lei dos Estados Unidos**, com o apoio das famílias Cueto e Amaro, e da Qatar Airways, dois dos maiores acionistas da LATAM.

O caso Alitalia, com a sua sucessora ITA, tem ocupado o noticiário. A Comissão Europeia autorizou, em 4 de setembro de 2020, uma ajuda italiana a Alitalia para indenizar os danos sofridos em razão da pandemia de coronavírus. Margrethe **Vestager** sinalizou que “[...] a aviação é um dos setores mais duramente atingidos pela pandemia. Continuamos a trabalhar em estreita colaboração com os Estados membros para encontrar soluções para ajudar as empresas neste período difícil, respeitando as regras da União Europeia”.⁶⁷

Em 10 de setembro de 2021 o jornal LE FIGARO noticia que dois empréstimos concedidos pelo governo italiano foram ilegais. E informa: “Alitalia desapareceu. Sobre suas cinzas deve nascer ITA (Italia Trasporti Aereo), que deverá começar seus voos no próximo mês. Mas a ex-companhia nacional italiana continua a ocupar a crônica”.⁶⁸

Estes dois exemplos indicam que a minha “conclusão” não conclui nada, apenas indica que a festa começou e que devemos aceitar o convite para a continuidade, para o reforçamento, para a reorganização das empresas em

67 Union Européenne. Communiqué de Presse – 4 septembre 2020. Bruxelles.

68 “Alitalia a disparu. Sur ses cendres doit naître ITA, qui devrait commencer ses vols le mois prochain. Mais l’ex-compagnie nationale italienne continue à défrayer la chronique...” Le Figaro, 10 septembre 2021.

crise, ao mesmo tempo em que celebramos o continuado sucesso daquelas que conseguiram superar a crise do Covid-19.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Liv. I, cap. 5: (Liv. I, cap. 8).
- BENTHAM Jeremy. **Escritos Económicos**, Selección y prólogo de W. Stark. p. 33. México, Fondo de Cultura Económica. 1965).
- BRASIL. Lei 11.101, de 2005.
- BRASIL. Lei 13.874, de 2019.
- BRASIL. Lei 14.112, de 2020
- CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics – Essays in Reform and Recollection*. New Haven and London, Yale University Press, 2016. Kindle Edition.
- CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics in Legal Education. in *Journal of Legal Education*. Vol. 33. Number 2. June 1983.
- CARRDOSO BALBINO M. L. & DABÉS LEÃO. S.L.S.S. “**O Impacto da Lei de Liberdade Econômica no Direito Brasileiro**”. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2021.
- CHARBIT, Nicolas & GACHOT, Sébastien. *Herbert Hovenkamp – The Dean of American Antitrust Law – Liber Amicorum*. New York, Concurrences, 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade**. 2014/C 249/01.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital**. Bruxelas. 15.12.2020
- CRANE, Daniel A. The Chicago School and the Institutionalization of Antitrust Economics. In *Herbert Hovenkamp – The Dean of American Antitrust Law*. New York, Nicolas Charbit & Sébastien Gachot, 2021. First Print July 2021.
- DEFFAINS, Bruno. & MARTY, Frédéric. L'Économie du droit. in *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. Paris, LGDJ, 2020.
- Evangelho de João, cap. 19, 24.
- FARJAT Gérard. *Droit Économique*, 2e. edition, Paris, PUF, 1982. 783p.
- FARJAT Gérard. La notion de Droit Économique. *Archives de Philosophie du Droit – Droit et Économie*. Paris, Tome 37, Dalloz-Sirey.

- FARJAT Gérard. **Le Droit Économique et L'Essentiel (Pour un Colloque sur l'Étique)**, in *Revue Internationale de Droit Économique*, 2002, n. 1, Bruxelles, De Boeck Université, 2002.
- FARJAT Gérard. **Pour un Droit Économique**, Paris, PUF, 2004, 209p.
 França. Légifrance, Journal Officiel, Ordonnance n. 2021-1193, 15 septembre 2021.
- FARJAT Gérard.. **L'Importance d'une Analyse Substantielle en Droit Économique**, in *Revue Internationale de Droit Économique*. N. 0, p. 39. Bruxelles, DeBoeck Université, 1986.
- França. Loi n. 85-98 25 janvier 1985. **Journal Officiel de la République Française**, 26 janv. 1985, p. 1081.
- GHIO, Emilie et alii. **Harmonising Insolvency Law in the EU: New Thoughts on Old Ideas in the Wake of the COVID-19 Pandemic**. *Willey Online Library*.
- GIORGINI, G. C. **L'entreprise en difficulté**. In **Le Droit Économique au XXIe. Siècle** – Notions et Enjeux. Paris, L.G.D.J., 2020.
- HANSMANN H. & KRAAKMAN R. **The End of History for Corporate Law**. Yale Law School, Law and Economics Working Paper n. 235.
- HOLANDA. **Autoriteit Consument & Markt** – Guidelines: Sustainability Agreements: Opportunities within Competition Law. 10 de julho de 2020.
- HOLMES, Simon et alii. **Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability**, p. 451-455. New York, Concurrences, 2021.
- HOLMES, Simon. Preface: How sustainability can be taken into account in every area of Competition Law. In **Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability**. New York, Concurrences, 2021.
- IDOT, Laurence. Mondialisation, Liberté et Régulation de la Concurrence – Le contrôle des concentrations. **Revue Internationale de Droit Économique** – RIDE – Numéro Spécial. 2002/ 2-3.
- IDOT, Laurence. **Restructuration d'Entreprises en Difficulté et Concurrence** – Concentrations et Aides d'État. Conférence-déjeuner organisée par la Revue Concurrences en partenariat avec DLA Piper. 8 Novembre 2016. Paris).
- KORDANA, Kevin A. and. POSNER, Eric A. **A Positive Theory of Chapter 11**. In CHICAGO – The University of Chicago. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 61.
- LE FIGARO., 10 septembre 2021.
- MACKAAY, Ejan. **La règle juridique observée par le prisme de l'économiste** – Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit. *Revue Internationale de Droit Économique*. N. 1 Bruxelles, DeBoeck. 1986.

- MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2e. édition. Pág. 591. Paris, Dalloz, 2008. 728p.
- PARACHKEVOVA-RACINE, Irina. L'Entreprise, in *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*.p. 278. Paris, L. G. D. J., 2020.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e Crise da Empresa – Versão atualizada pela Lei 14.112 de 2020*. Belo Horizonte, Expert, janeiro de 2021
- POSNER, R. A. A Program for the Antitrust Division. In *The University of Chicago Law Review*, Vol. 38, p. 536.
- POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 1st Edition. Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1972. 415p.
- POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 9th edition. New York. Wolters Kluwer, 2014. 1026p.
- POSNER, R. A. *The Future of Law and Economics – A Comment on Ellickson*. Chicago. *Chicago-Kent Law Review*, 1989, Vol. 65.
- RACINE, Jean-Baptiste. Introduction. In *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*. Paris, L.G.D.J. 2020. 724p.
- SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. Kindle edition.
- SCHWAB, Klaus; MALLERET, Thierry. *Covid-19: The Great Reset*. Kindle edition. Geneva, World Economic Forum, 2020.
- Union Européenne. *Communiqué de Presse – 4 septembre 2020*. Bruxelles.
- United States Bankruptcy Code. Michigan, Michigan Legal Publishing. 2020.
- VASSEUR, Michel. *Un Nouvel Essor du Concept Contractuel- Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1964.
- VERGILIUS. Publi Vergili Maronis Opera, in *Bucolica*. III. Oxford, Oxford University Press, 1969.
- VIEIRA, Padre Antônio. Sermão de Ação de Graças.in SERMÕES, Vol. V, Tomo XV, p. 129. Porto, Lello & Irmão, 1959.
- WESSELS, Bob & MADDAUS, Stephan. “*Rescue of Business in Insolvency Law. Instrument of the European Law Institute*. Viena-Austria, July 201.

3

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A EFICIÊNCIA COMO MÉTODO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

*Paulo Márcio Reis Santos⁶⁹
Fabiane Ap. Soares da Silva Lucena⁷⁰*

RESUMO: O momento de crise econômica e financeira enfrentado pelas empresas é pauta de interesse daqueles que fazem parte de sua cadeia de produção e consumo. Muitas vezes as soluções para demandas de recuperação judicial são encontradas para além do arcabouço normativo. Partindo desta premissa, mediante análise de bibliografia pertinente o presente trabalho verificou que a teoria da análise econômica do direito (AED) aplicada na recuperação judicial promove maior eficiência e previsibilidade nas repostas para os interessados além de observância ao princípio função social da empresa mesmo no encerramento de suas atividades, além de indiretamente contribuir para a celeridade processual.

Palavras Chaves: AED; eficiência; função social; recuperação judicial; consequencialismo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito é compreendido cada vez mais como uma ciência de caráter multidisciplinar, adotando conteúdos de outras áreas de conhecimento como a Medicina, a Sociologia e, principalmente, a Economia, fato que, naturalmente impacta diretamente tanto a criação e quanto aplicação das normas jurídicas.

Essa repercussão não resulta apenas na criação de um ramo de estudo específico do direito, como no caso de Direito Ambiental ou Direito Médico, mas sobretudo em influência pontuais de algumas áreas sobre a norma jurídica que superam a conjuntura legislativa, e por assim dizer alcançam

69. Sócio fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor no Mestrado e na Graduação em Direito da Universidade FUMEC.

70 Advogada. Professora. Mestranda em Direito na Universidade FUMEC, linha de pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia.

a constituição do direito no caso concreto. Esta interferência ocorrerá em maior ou menor escala mesmo que se esteja diante de áreas aparentemente antagônicas, em razão do papel regulador do Direito.

No entanto este elo recíproco é mais nitidamente perceptível entre o Direito e a Economia,⁷¹ uma vez que a aplicação da legislação elaborada em resposta aos anseios sociais, invariavelmente geram impactos fiscais tanto para as instituições públicas quanto para os particulares que são direta ou indiretamente os verdadeiros financiadores do Estado.

Nesse contexto o desenvolvimento das atividades empresariais, se torna elemento fundamental para manutenção e sobrevivência do Estado, pois muito mais do que seu objetivo de produzir bens e serviços atendendo as expectativas dos empresários de aferição de lucro, sua atuação também tem como consequências a criação de emprego, renda e tributos.

Dessa forma, uma crise econômica e financeira enfrentada por uma empresa é capaz de trazer impactos a serem suportados para a sociedade como todo. Sendo assim, o Estado tem o dever de agir de forma a amenizar tais efeitos. Um diploma legal destinado a este fim é a Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, lei que recentemente sofreu mudanças significativas por força da promulgação da Lei n.º 14.112, de 2020.

Esta legislação se faz necessária porque surge num cenário que tende a regulação de um procedimento capaz de melhor direcionar a satisfação dos interesses de uma multiplicidade de credores da empresa como trabalhadores, fornecedores e o próprio Estado, viabilizando a superação da crise o que demanda tomada de decisões que melhor se amoldem a este propósito.

Mas como compatibilizar os interesses de terceiros que estão vinculados, mediante relações jurídicas próprias e autônomos, à empresas que atravessam um desajuste financeiro que pode ocasionar no encerramento definitivo das atividades, contrapondo os efeitos de uma decisão para cada um deles?

Diante dessa problemática os ensinamentos propostos pela Teoria da Análise Econômica do Direito (AED), tornam-se aplicáveis na Recuperação Judicial, sobretudo na perspectiva da eficiência e do consequencialíssimo, pois as decisões com gêneses políticas, quando transformadas em ordens

71 Neste ponto é importante registrar que “assim como o instituto arbitral é antigo, o diálogo entre Direito e Economia existia desde o século XVIII. Entretanto, somente a partir dos anos 60 do século passado nos Estados Unidos é que se inicia o desenvolvimento de Law and Economics como matéria interdisciplinar. Adquiriu importância com as publicações de Ronald H. Coase (The problem of social cost, em 1960), de Richard Posner (Economic analysis of law) e de Guido Calabresi” (The cost of 10ficiente). Cf. SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (orgs.)” (GONÇALVES, 2011, p. 43).

jurídicas se tornam na verdade uma espécie de bússola voltada para a preservação do mercado.

A relevância do tema repousa na reconhecida função social que as empresas exercem na ordem econômica de um país, vez que suas atividades são as molas propulsoras de crescimento de uma nação razão pela qual o exercício de uma atividade empresarial deve ser desenvolvido, em que pese o risco do negócio, em um ambiente que forneça a segurança necessária para todos os que fazem parte da sua cadeia quer seja no âmbito produtiva ou de consumo.

Ressalta-se, contudo, que o presente artigo, não tem como objetivo avaliar se as mudanças legislativas trazidas pela Lei n.º 14.112, de 2020 são suficientes para o aperfeiçoamento do instituto, mas o que se almeja é verificar se a teoria da análise econômica aplicada na recuperação judicial das empresas é capaz de promover maior eficiência nas repostas para os interessados sem contudo ferir o princípio da função social da empresa.

Para a construção deste raciocínio o artigo está organizado em cinco seções, além desta introdução. A seção seguinte condensa reflexões sobre análise econômica do direito. A seção 3 apresenta os principais aspectos legislativos e doutrinários da recuperação judicial. Enquanto tópico 4 analisa de fato a eficiência na recuperação judicial e da função social da empresa, para então concluir-se.

2 BREVES REFLEXÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O pensamento dominante até a década de 70, fundava-se no Utilitarismo, doutrina que teve como seus principais idealizadores Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) defensores, em apertada síntese, de que o objetivo da sociedade deveria consistir no alcance máximo de felicidade para todos os indivíduos, já que:

O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo (BENTHAM, 1974, p. 9).

Tal premissa, para além da infinidade de sentidos traçados pela filosofia e psicologia do que é felicidade assumindo significado peculiar para cada indivíduo, na prática por vezes gera dicotomia entre Direito e Economia, pois esbara em um axioma: os recursos tanto do Estado quando dos particulares são escassos frente a uma infinidade de necessidades, somadas ao fato de que a felicidade, salvo poucas exceções, será concretizada via recursos materiais, humanos e financeiros, sendo latente a necessidade de

se ter método economicamente mais eficiente para aplicação do Direito.

Diante disso, em oposição ao utilitarismo, prestigiando o pensamento do liberalismo⁷² surge a Teoria da Análise Econômica do Direito (AED),⁷³ tendo como principal percussor o jurista norte americano Richard Posner partindo do pressuposto que:

[...] O positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam os dois extremos na antiga controvérsia sobre a discricionariedade judicial. A teoria econômica, tal como explico neste livro, representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada “análise econômica do direito” ou “direito e economia” (law and economics) (POSNER, 2010, p. 11-12).

Dessa forma a análise econômica do direito surge como uma teoria útil e ao mesmo tempo eminentemente prática, pois propõe “um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos” (JR. GICO, 2010, p. 8).

Isso tudo revela que a aplicabilidade da análise econômica, necessariamente, deve perpassar a adoção de meios formulados sob a égide da eficiência, vislumbrando assim, que é possível, e muitas vezes inevitável, valer-se da racionalidade econômica na aplicação do direito, promovendo assim coerência entre a realidade processual e fática em questões de ordem judicial diversas inclusive demandas de cunho patrimonial.

⁷² Nesse sentido Luana Renostro Heinen (2012, p. 8) sintetiza que “Posner adota o liberalismo para evitar, segundo ele, implicações autoritárias possíveis da teoria econômica e do utilitarismo: afirma que a eficiência não tem prioridade sobre a liberdade. Além disso, defende ser o liberalismo a filosofia mais adequada para uma sociedade em que não há consenso quanto aos fundamentos da moral”. E ainda que [...] “A ação econômica foi vista, adverte Polanyi (2012, p.) como natural e, portanto, autoexplicativa, nos homens: o comércio fluiria, depois surgiria o mercado e o dinheiro, salvo se houvesse interferências de moralistas ou do governo” (HEINEN, 2012, p.12).

⁷³ No entanto, como ressalta Alejandro Bugallo Alvarez (2006, p. 53): “O movimento não é homogêneo, ao contrário, congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada conservadora, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a liberal-reformista, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhauer, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Leljanovski como tendência neoinstitucionalista, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson.”

Sendo assim, a análise econômica do direito, torna-se primordial, já que a “Economia pode, em essência, ser tomada como o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades” (PIMENTA, 2006, p. 160).

Por essa razão, a aplicabilidade jurídica em demandas que envolvam conflitos patrimoniais, como no caso de recuperação judicial ocorre, porque como acentua Eduardo Goulart Pimenta:

Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas. A compreensão do número de opções de conduta disponíveis aos agentes econômicos e dos incentivos que encontram em cada uma delas para a maximização de seus interesses (medidos pela relação entre seus custos e seus benefícios) somente se revela digna de credibilidade se efetuada por meio de avaliações numericamente mensuráveis (PIMENTA, 2006, p. 162).

Logo a análise do custo de transação ao cumprimento de uma decisão judicial não deve ser desconsiderada. No caso específico da recuperação judicial, a análise econômica pode promover a viabilidade do instituto exatamente porque proporciona uma visão macrossistemática da crise e conseqüentemente dos desdobramentos para os interessados.

3 DOS PILARES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O termo recuperação de acordo com o dicionário pode ser compreendido como “recobrar o ânimo, a força, a saúde etc.; restabelecer(-se) e obter de novo algo que se havia perdido; reconquistar; restaurar”.⁷⁴ Todas estas ações podem ser direcionadas tanto para empresários ou empresas que se encontrem em iminente risco de falência.

Ainda que via e regra, aqueles que dão início a uma atividade empresarial o fazem visando êxito, ao longo do percurso por razões diversas, a saúde financeira da empresa pode ser comprometida de maneira a afetar o funcionamento da atividade que em alguns casos pode culminar no encerramento definitivo demandando uma medida capaz de minimizar os efeitos desta condição.

Atento a esta realidade do tecido social, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro desde 9 de fevereiro de 2005, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF) que revogou o Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. A inauguração deste instituto trouxe aplicação, dentro dos

74 Definição transcrita do dicionário *on line* Michael. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/recuperar/>. Acesso em: 26 dez. 2021.

contornos constitucionais, de normas tanto sobre a recuperação judicial e extrajudicial além da falência das empresas individuais de responsabilidade limitada e das sociedades empresárias.

Após 15 anos de vigência, a LERF sofreu alterações consideráveis promovidas pela Lei n.º 14.112 de 09 de fevereiro de 2020, que conforme sintetiza Marcos Luiz Neto (2021, p. 18-19), recaem basicamente sobre à insolvência transnacional; aprimoramento de mecanismos para proteção do patrimônio do devedor; incentivo à mediação; à legitimidade dos credores para a apresentação do plano de recuperação judicial caso rejeitado o plano apresentado pelo devedor e à possibilidade de contratar financiamento em instituições financeiras para o cumprimento de suas obrigações.

Todas estas alterações reforçam o objetivo da recuperação traçado pelo artigo 47 da própria Lei de Recuperação de Empresas e Falência ao prevê que:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Este objetivo expressamente definido, vai ao encontro do caráter de interesse público presente nas ações de recuperação judicial, no entanto, conforme adverte Armando Castelar Pinheiro:

Quando se define falência (ou recuperação de empresas), é comum nos atermos a definições jurídicas: trata-se de um processo de execução coletiva, meio de realização de direitos do credor. Entretanto, precisamos também nos lembrar de que o substrato que permeia o tema tem natureza econômica. Como lembra Thomas Felsberg, 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. Portanto, além da visão tradicional da execução coletiva, há que se considerar o assunto sob uma perspectiva mais voltada à análise econômica do direito (PINHEIRO, 2005, p. 208).

Por essa razão, para melhor compreensão da posição dos atores envolvidos no processo de falência indiferente se credor ou devedor, deve-se necessariamente partir de um raciocínio que adote mecanismos de harmonização dos fatores da organização no intuito de potencializar a satisfação de todos os interesses e que ainda seja um instrumento eficaz para estimular a atividade econômica (LANA, 2019, p. 206).

Neste ponto é relevante mencionar a alteração legislativa no instituto da Recuperação Judicial, proporcionada pela Lei n.º 14.112 de 2020. Isso

porque no que tange a questões principiológicas, houve não apenas uma alteração na redação do art. 75, mas uma extensão de sua aplicabilidade, pois a redação anterior mencionava tão somente os princípios da celeridade e da economia processual⁷⁵, passando a dizer:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

§ 1.º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2.º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

Nota-se que com esta amplitude das finalidades do instituto, o legislador conferiu expressamente destaque aos objetivos principiológicos da recuperação judicial, de maneira que ultrapassa os interesses internos das empresas, atendendo assim o sentido de sua função social pois:

A empresa, enquanto organização dinâmica de fatores de produção congrega interesses não apenas de seus titulares, mas também de outras pessoas que com o empresário negociam, prestam serviço ou simplesmente mão de obra, ao fisco, a toda comunidade. No entanto, é preciso considerar que o episódio de crise deve ser enfrentado pela empresa pode ser sinal de que esta organização não deva ser preservada, impondo-se sua realocação (PATROCÍNIO, 2012, p. 35).

Esse entendimento legislativo serve de base para a aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, que por sua vez, atende aos fundamentos da própria ordem constitucional, já que, o art. 3.º da Constituição Federal

⁷⁵ Redação antes da Lei n.º 14.112, de 2020: “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”.

de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades como fundamentos da República.

Por essa razão a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente, como sendo aquela que tem como objetivo a maximização da riqueza, conforme assevera Eduardo Goulart Pimenta(2006, p. 167) “ é não apenas possível, mas também é uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, á posição de objetivos fundamentais da República” .

Dessa maneira, a aplicação de todo diploma legal deve ser edificada, sobre a evidência de que:

Não há como se alcançar tais metas sem que se preocupe com a eficiência na geração e distribuição da riqueza. Se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado (PIMENTA, 2006, p. 25).

Por isso o sistema falimentar deve ser interpretado em conjunto com a legislação societária à luz do direito processual, sem detrimento ao arcabouço principiológico que rege a (LREF), em especial os princípios da preservação da empresa e da par conditio creditorum⁷⁶, sendo este último a materialização do princípio constitucional da igualdade no âmbito falimentar”(MARTINS, 2020, p. 320).

Esses pilares principiológicos não podem ser afastados no instituto da falência e da recuperação social, “a função ontológica consiste em excluir da dinâmica do mercado [somente quando] os agentes que se revelaram ineficientes e incapazes de contribuir para o crescimento e desenvolvimento da economia da melhor maneira possível” (CASTRO. 2020, p. 261).

Não obstante o empenho dos responsáveis que destinam esforços para o êxito, sustentabilidade e continuidade na vida da organização, não restam dúvidas que muitas empresas não obtêm triunfo neste objetivo, vez que estão sujeitas a diversos fatores tanto de ordem internos quanto externos que podem impactar no desempenho de suas atividade de forma a

⁷⁶ Nesse sentido, Patrícia Sredoja (2020, p.20) defende que “O princípio da preservação da empresa é extraído da Constituição a partir dos princípios fundamentais da dignidade humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, previstos no art. 1º do texto constitucional, bem como com os direitos à propriedade privada, da função social, previstos no art. 5º, XXII e XXIII4 e 170, II e III, todos da Constituição Federal, respectivamente, e busca do pleno emprego, previsto no art. 170, VIII da Constituição Federal, todos visando à formação de uma sociedade justa e igualitária. O princípio da preservação da empresa tem como objetivo a preservação das atividades econômicas, uma vez que a extinção de uma empresa causa diversos prejuízos à sociedade como um todo, tendo em vista que a empresa gera empregos e riqueza, fazendo por sua vez a economia do país crescer”.

inviabilizar a continuidade do empreendimento, como no recente exemplo da pandemia por Covid-19 cuja repercussões são enfrentadas até os dias atuais por diversos setores.

No entanto, ainda que o estado de quebra ocorra pelos mais variados motivos que não necessariamente caracterizem ineficiência da gestão, as empresas que “não conseguem adimplir com seus débitos nem a longo prazo, tornando-se insolventes e, por conseguinte, economicamente inviáveis (CASTRO, 2020, p. 261).

Esta conclusão, quando alcançada sob o viés da análise econômica do direito, não se mostra desarrazoada ou em desacordo com os preceitos constitucionais da ordem econômica, traçadas pelo artigo 170 da Constituição da República de 1988, pois:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem ser mesmo encerradas. [...] Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem ser falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência das empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (COELHO, 2017, p. 161-162).

Tal quadro, exige que para a saúde do sistema de mercado capitalista, esta instabilidade além de indesejável seja represada, pois:

Com a ascensão do modelo econômico capitalista, o desenvolvimento do mercado tornou-se um aspecto fundamental para a garantia da produtividade, do sustento da população mundial, do bem-estar dos indivíduos e do crescimento das nações em um contexto cada vez mais globalizado e integrado de trocas de mercadorias, exploração de matérias primas e acúmulo de riquezas (CASTRO, 2020, p.259).

Sendo assim para o equilíbrio do mercado, Fernanda Bernardes de Castro, defende que é preciso desenvolver uma maneira onde:

[...] o empresário insolvente (pessoa física ou jurídica) deve ser rapidamente eliminado no mercado e, para tanto, é empregado o procedimento falimentar estruturado em lei, por meio do qual promove-se a liquidação da sociedade devedora para proceder ao pagamento dos credores e à realocação dos ativos em prol de outros agentes econômicos mais bem-sucedidos ⁷⁷(CASTRO, 2020, 261).

77 Nesse sentido, cita-se o recente exemplo da operadora de telefonia Oi, que encontra-se em processo recuperação judicial desde de junho de 2016 onde se decidiu em fevereiro de 2022 que os “Mais de 40 milhões de consumidores que usam os serviços de telefonia da Oi serão transferidos para uma nova operadora nos próximos

Esse cenário revela que após a tentativa frustrada de recuperação, a falência é a consequência, e deve ser igualmente acompanhada, pois ela é elemento primordial para a manutenção da economia de mercado fundado na livre concorrência, que afeta a atividade de outras empresas uma vez que “a sua ocorrência acarreta uma série de impactos no cenário econômico e social, decorrentes da paralisação das atividades da sociedade empresária e da sua capacidade prática de pagamento dos credores” (CASTRO, 2020, p. 261).

Nesta etapa o auxílio de uma metodologia, com critérios auferíveis por um modelo econômico garante a eficiência do procedimento falimentar, que segundo Fernanda Bernardes de Castro (2020, p. 261), “deve ser capaz de satisfazer os credores, gerando repercussões positivas ex ante e ex post no cenário de concessão de créditos, reduzir os custos administrativos de condução da liquidação dos ativos”.

Outro ponto a ser destacado, é que ao aplicar da análise econômica do direito obtém-se ainda um impacto positivo no judiciário, no que tange os princípios da celeridade processual e a razoável duração do processo, uma vez que demandas de recuperação e falência são, via de regra, processos extensos que envolvem muitas partes e interessados, demandando dessa forma empenho de mais servidores para prática de reiterados atos o que acaba impactando nas demais demandas daquele juízo.

Por essa razão Fernanda Castro (2020, p. 261) pontua que uma análise nos parâmetros da AED pode “diminuir os prejuízos acarretados tanto para o sistema do judiciário, evitando que reste congestionado de processos antigos, quanto para os próprios empresários falidos, evitando que se vejam impedidos, por longos anos, de voltar a exercer a atividade empresarial de maneira lícita e segura.”

Dessa forma as vantagens da análise econômica do direito nas demandas de recuperação judicial transcendem as partes que compõe a lide consubstanciando assim, ainda que não tenha esta finalidade típica a função social da empresa até a dissolução da empresa.

4 DA EFICIÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A eficiência na aplicação do “Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de

meses. Os clientes serão divididos entre Tim, Vivo e Claro, que tiveram a compra das redes de celular da operadora aprovada nesta quarta (9), por R\$ 16,5 bilhões”, conforme divulgado pelo O Tempo, reportagem disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/clientes-da-oi-serao-divididos-entre-tim-vivo-e-claro-entenda-1.2610670>. Acesso em: 13 jan. 2022.

opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos” (PIMENTA, 2006, p. 163)

Por essa razão é possível que se tenha alguma resistência na aplicação da análise econômica do direito, por atribuir a esta teoria um sentido de não levar em consideração os direitos fundamentais no momento da verificação de todos os custos da operação⁷⁸, o que no caso específico do instituto da recuperação e falência inicialmente poderia não atender o princípio da função social.

Porém nos institutos apresentados o que se verifica é o oposto, pois é exatamente a ausência da aplicação da análise econômica do direito que acaba por deturpar tal princípio, pois:

[...] quando se fala em função, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-los a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo ‘social’, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo (GODOY, 2012, p. 126).

Partindo dessa premissa é preciso primeiro questionar qual a função das empresas na sociedade, pois:

A empresa, sem sombra de dúvidas possui uma relevante função social uma vez que é responsável pela promoção da produção e circulação de bens e serviços no mercado, pela geração de riquezas, renda, empregos, pelo pagamento de tributos aos cofres públicos, enfim, por contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade na qual se encontra inserida. Para tanto, deverá o empresário, ao organizar suas atividades empresariais, deverá respeitar as diversas normas jurídicas que regulamentam a utilização dos fatores de produção, tais como as normas trabalhistas, urbanísticas, ambientais, concorrenciais, consumeristas, protetivas dos direitos autorais, dentre inúmeras outras (FIUZA; MARTINS, 2014, p. 8).

Sendo assim, se a empresa perdeu esta capacidade de organizar suas atividades com vistas a atender a sua função social é preciso que a atuação jurisdicional seja no sentido de garantir uma dissolução mais eficiente possível, uma vez que, conforme preleciona Eduardo Goulart Pimenta:

78 Nesse sentido recomenda-se a leitura do capítulo “O consequencialismo jurídico e os reflexos de sua utilização na sociedade brasileira” dos autores Daiana El Omairi Schanoski Odilon Rogério Burgath Simone Alexandra Damas Chaicoski. Cap. 5 da obra *Temas em direito e economia do trabalho*, p.109-126. Disponível em: https://dej.fgv.br/sites/default/files/arquivos/temas_direito_economia_trabalho_cap5.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

A eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação - mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação - de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção. Sob um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção (PIMENTA, 2010, p. 33).

Implica dizer que “a AED pode servir como um sinal de orientação que indica ao intérprete em que direção pode olhar e no que deve prestar atenção, quando as leis e a jurisprudência não são claras ou oferecem distintas alternativas” GAMBA, 2012, p.44).

Dessa forma, conforme assevera Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 166), por critérios e métodos econômicos, uma conduta ou decisão é eficiente, “se os que dela se beneficiam ganham mais do que aquilo que perderam os agentes que por ela foram prejudicados”, pois:

A eficiência econômica da conduta em análise está na constatação de que o benefício que ela trouxe para determinado(s) agente(s) foi quantitativamente maior do que o prejuízo que ela tenha acarretado a outro(s) agente(s) econômicos, contribuindo, dessa forma, para o aumento geral na riqueza da população (PIMENTA, 2006, p. 166).

Sendo assim, aplicando o princípio da função social da empresa no momento de crise é consolidado através da AED pela busca pela maximização dos recursos, traduzindo demandas de ordem jurídicas em pecúnia, onde a escolha terá melhores consequências, e o resultado afastará as chances de desperdício social, o que na prática significa:

[...] desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que firme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade (POSNER, 2010a, p.138).

Este tripé principiológico proporciona um resultado socialmente valioso, mediante uma abordagem do consequentialismo, que conforme define Ricardo Lobo Torres, consiste:

[...] na consideração das influências e das projeções da decisão judicial — boas ou más — no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais —prejudiciais ou favoráveis à sociedade — devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias. Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios,

de um lado, e da faticidade, do outro. É fruto da jurisprudência dos princípios [...] (TORRES, 2010, p. 20.)

Dessa maneira o consequencialismo, nos processos de recuperação judicial auxiliam na valoração de vantagens e desvantagens de todas as consequências, não havendo, no entanto, uma defesa de que não deva ser aplicado argumentos construídos pela doutrina jurídica e jurisprudência, mas a proposta é de complementação, no sentido de que:

[...] a AED reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo, mas, [...], sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juízes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa. Mais ainda, “que existe uma racionalidade subjacente à Common Law baseada no princípio da eficiência econômica (ALVAREZ, 2006, p. 52).

Sendo assim, a análise econômica aplicada na recuperação judicial trará uma visão ampla das questões a serem resolvidas, como por exemplo, no montante de dívidas tributária, já que este é um desafio a ser enfrentado, pois como asseverado:

A análise econômica brasileira demonstra que as empresas em crise financeira normalmente apresentam dívidas tributárias vultosas, sendo as obrigações tributárias, normalmente, as que em primeiro lugar deixam de ser pagas pelo devedor. Isso se explica em virtude do menor poder de constrangimento à atividade do devedor detido pelo fisco comparativamente aos demais credores. A falta de pagamento de tributos não gera para o devedor o risco de ser pedida sua falência, não leva ao risco de descontinuidade da atividade, como ocorre, por exemplo, no caso de falta de pagamentos devidos a fornecedores (matérias primas e insumos) ou aos empregados (greve), contando o devedor, ainda, com a ineficiência e morosidade do sistema fiscal de cobrança (MUNHOZ, 2006, p. 280-281).

Por essa razão a eficiência seja alcançada é primordial que a legislação de direito empresarial considere o caráter dinâmico da sociedade e das relações empresárias, buscando implementar soluções não apenas no plano legislativo como também na prática forense, considerando que “a funcionalidade dos institutos ali consagrados e a razão econômica de sua existência. Com efeito, igualmente imprescindível o exame das particularidades do caso concreto, eis que a diversidade do mundo da vida leva a distintas consequências jurídicas” (MARTINS, 2020, p. 349-350).

Com efeito, o Estado deve perseguir a eficiência em todos os seus atos, sendo assim deve-se superar qualquer pensamento de que apenas o direito pode oferecer resposta adequada, lançando-se mão de instrumentos, como a análise econômica do direito, que oferecem resultados que denotem mais do que benefícios artificiais e na prática não inexecutáveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de modelos de raciocínios desenvolvidos com subsídio de preceitos econômicos para solução de problemas no campo do direito, demonstram que é possível extrair fora do ordenamento jurídico soluções alternativas para demandas complexas.

No caso da recuperação judicial, a análise econômica do direito (AED), traz segurança e previsibilidade nesta demanda em que os impactos precisam ser avaliados simultaneamente possibilitando que a resposta jurídica construída seja mais adequada sob o prisma do consequencialismo, levando em consideração todos os interessados, estendendo o exame o mais abrange possível.

Isso porque se a Constituição ao tratar da ordem econômica traça um equilíbrio, ao menos no plano formal, reconhecendo assim que o exercício empresarial é elemento capaz de oportunizar a geração de riqueza e ao mesmo tempo gerar reflexos diretos e indiretos em várias searas, tais como: direitos trabalhistas, relações de consumo, entre outros, o momento de crise não superado que leve a suspensão das atividades não pode ficar isento de acompanhamento.

Mediante o comando da função social, sob pena de ter o efeito reverso deve-se aplicar a teoria da análise econômica do direito, a fim de que se tenha um panorama das decisões que melhor atendam os interesses de todos, inclusive da sociedade que segue em alguma medida afetada com o encerramento de um empreendimento.

Muito embora a AED seja aplicável um mais variados tipos de ações, é preciso ter cautela na análise sob o prisma puramente do consequencialíssimo, pois a peculiaridade de cada caso concreto exige que o judiciário não torne suas decisões meramente com critérios numéricos, permitindo que o direito não seja observado sob as escusas de ausência de recursos.

No entanto, nas ações de recuperação judicial, a AED, se tornou um mecanismo de segurança para credores e ainda repercute positivamente no judiciário com a redução da duração do processo. Dessa forma a função social da empresa é mantida estendendo-se os benefícios a toda sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo. Editora Abril. 1974.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de jan. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 20 de dez. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 5.452, de 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1. Acesso em 20 dez. 2021.
- CASTRO. Fernanda Bernardes Monteiro de. *A (in)eficiência do procedimento falimentar: Considerações e Evidências acerca de aspectos que podem levar ao elevado custo dos processos de falência1*. in. CHAVES, Natália C, FÉRES, Marcelo Andrade, PIMENTA, Eduardo Goulart (Orgs) 15 anos da lei de recuperação e falência de empresas: Estudos jurídicos de acordo com a lei n.º 14.112/2020. Belo Horizonte, Expert, 2021. Organizadores: Natália C. Chaves, Marcelo Andrade Féres, Eduardo Goulart Pimenta.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.
- FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Uma nova contratualidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 11-44, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/76/72>. Acesso em: 12.12.2021.
- GAMBA, Marcelo Schmitt. **A análise econômica do direito e a crise do poder judiciário [dissertação]: uma leitura crítica a partir de Richard A. Posner /**; orientador Alexandre Morais da Rosa. - Florianópolis, SC, 2012. 153 p. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HEINEN. Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Anais do CONPEDI, Direito e Economia, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em 14.12.2021.
- JUNIOR, Ivo Gico T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*. V. 1, n.º 1, p. 7-33, jan-jun, 2010
- LANA. Henrique Avelino Lana. **Interação entre direito, economia, recuperação de empresas e falência: análise econômica do direito e a lei 11.101/05**. RDC, Vol. 7, n.º 1. Maio 2019.
- MARTINS. Guilherme Vinseiro. **Falência de grupos societários**. in. CHAVES, Natália C, FÉRES, Marcelo Andrade, PIMENTA, Eduardo Goulart (Orgs) 15 anos da lei de recuperação e falência de empresas : Estudos jurídicos de acordo com a lei n.º 14.112/2020. Belo Horizonte, 2021. Expert. Organizadores: Natália C. Chaves, Marcelo Andrade Féres, Eduardo Goulart Pimenta.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários aos artigos 55 a 69**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NETO, Marcos Luiz dos Mares Guia. **Capitalismo de stakeholders: Novas perspectivas para o direito concursal?** in. CHAVES, Natália C, FÉRES, Marcelo Andrade, PIMENTA, Eduardo Goulart (Orgs) 15 anos da lei de recuperação e falência de empresas: Estudos jurídicos de acordo com a lei n.º 14.112/2020. Belo Horizonte, Expert, 2021. Organizadores: Natália C. Chaves, Marcelo Andrade Féres, Eduardo Goulart Pimenta.
- PATROCÍNIO, Daniel Moreira de. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falhas e custos**. Belo Horizonte, 2012, 296 p. Tese de Doutorado. Orientador: Eduardo Goulart Pimenta. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

- PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SREDOJA Patrícia. **Análise econômica do direito na recuperação judicial**. Dissertação de Mestrado. Orientação do Prof. Doutor Luciano Benetti Timm. INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO DE SÃO PAULO – IDP. São Paulo.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (org.). Separação de poderes e efetividade do sistema tributário. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

4

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: AS INOVAÇÕES ADVINDAS DA LEI N.º 14.112/2020

*Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino⁷⁹
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão⁸⁰*

RESUMO: O presente estudo pretende promover uma análise do instituto jurídico da mediação a partir das principais inovações advindas da Lei n.º 14.112/2020 (Lei de Recuperação Judicial) – que promoveu a atualização da legislação atinente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. O trabalho se direciona especificamente à inclusão dos artigos 20-A a 20-D e à alteração promovida na alínea ‘j’, do inciso I do artigo 22, ambos referentes à Lei 11.101/2005, inovações efetivadas pelo legislador pátrio no propósito de estimular a uso dos métodos alternativos de solução de conflitos, com enfoque na mediação, relacionados à recuperação judicial e à falência. Para tanto, utilizou-se o procedimento metodológico bibliográfico pautado no estudo normativo-jurídico, baseado em técnica documental decorrente da doutrina brasileira e diretamente relacionado com a temática da pesquisa.

Palavras-chave: recuperação judicial; métodos alternativos de solução de conflitos; mediação; conflitos de interesses.

I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 24 de dezembro de 2020, às vésperas do natal e, no transcurso da crise sanitária global decorrente da *Coronavirus Disease* (Covid-19), entrou

79 Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA/BR). Pós-doutora em Direitos Humanos e em Direitos Sociais pelo *Centro de Estudios Brasileños* da Universidade de Salamanca (CEB/USAL/ES). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA/BR). Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de Salamanca (USAL/ES). Investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho/PT). E-mail: mgcgn@email.iis.com.br.
80 Pós-doutora em Direitos Humanos e Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha. Doutora em Direito Público pela PUCMINAS. Mestre em Direito das relações econômico-empresariais pela UNIFRAN-SP. Professora Universitária. Autora de obras jurídicas. E-mail: simoneleticia77@gmail.com.

em vigor a Lei n.º 14.112/2020 (Lei de Recuperação Judicial), inaugurando importantes inovações em matéria da recuperação judicial e extrajudicial, bem como acerca da falência do empresário e da sociedade empresária.

Entre os aperfeiçoamentos introduzidos pela recente Lei n.º 14.112/2020, destaca-se o estímulo a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, como uma diretriz ao fortalecimento da política pública judiciária, implementada através da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem como objetivo promover a desjudicialização do Poder Judiciário brasileiro, por meio da implementação dos mecanismos de solução de conflitos de interesses, a exemplo da conciliação e da mediação.

Não menos, dentro desse contexto de inovação legislativa, o país estava (e ainda está) a vivenciar as medidas de enfrentamento da crise, ocasionada pela decretação do estado de calamidade pública em razão do surto pandêmico da Covid-19, que determinou a suspensão de atividades reputadas não essenciais e priorizou as essenciais, direcionadas ao atendimento das necessidades inadiáveis da população brasileira, o que acarretou a suspensão total/parcial dos serviços comerciais e das atividades reputadas não essenciais. (AQUINO, 2020, p. 240)

A paralisação total/parcial dos serviços e do comércio gerou fortes impactos econômicos na vida dos comerciantes e empresários, e provocou (e vem gradativamente provocando) o inadimplemento de diversas obrigações e o desfazimento de vários negócios jurídicos, inclusive, empresariais, acarretando o direcionamento de demandas ao Judiciário, já fortemente abalado pelo congestionamento de processos, calcificado por uma obsoleta configuração orgânica da estrutura judicial e por um precário e desaparelhado aporte funcional. Toda essa configuração econômico-social ensejou a que o legislador pátrio estabelecesse um olhar mais atento com vistas a buscar possibilidades a desjudicialização de conflitos em matéria de recuperação judicial, visando evitar a que muitas empresas sejam levadas e impactadas por um processo de falência.

Com essa nova legislação a mediação ganha um amplo espaço no contexto empresarial, pois além de estimular a prática dialogal, possibilita a redução de custos dispendidos pelos interessados envolvidos, até mesmo porque os procedimentos de mediação, seja na modalidade extrajudicial ou judicial, desenvolvidas em sessões realizadas nas Câmaras Privadas ou no Judiciário, respectivamente, têm valores reduzidos se comparados com os custos de processos judiciais ou procedimentos arbitrais.

Sendo assim, busca-se demonstrar no presente estudo que a mediação se configura como um instrumento adequado de resolução de conflitos empresariais que possam surgir no seio da sociedade e uma opção vantajosa para os interessados que possuem demandas de natureza empresarial, além

de se constituir em uma alternativa viável ao combate à morosidade e ao congestionamento processual no âmbito do Poder Judiciário.

Diante dessa conjuntura é que a temática em questão se justifica por apresentar uma alternativa viável na resolução de conflitos no contexto empresarial. Metodologicamente, a pesquisa é desenvolvida dentro de um viés exploratório, de natureza qualitativa, com direcionamento a uma revisão bibliográfica, baseada na doutrina pátria, conjugada com uma análise jurisprudencial.

Além disso, o presente artigo tem o propósito de promover uma reflexão em torno das inovações e alterações implementadas pela Lei n.º 14.112/2020, de modo a identificar as principais mudanças no procedimento de recuperação judicial e extrajudicial, de modo a garantir maior agilidade na resolução de conflitos em matéria empresarial através da adoção do instrumento procedimental da mediação.

2 A MEDIAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÁREA EMPRESARIAL: UMA ANÁLISE CONCEITUAL

O denominado sistema multiportas de resolução de conflitos, edificado pela política pública judiciária de tratamento de conflitos, por meio da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, estabeleceu como formas de resolução de conflitos, além da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos compositivos, a exemplo da mediação e da conciliação, como sendo instrumentos de solução e prevenção de litígios, como se depreende do texto normativo da própria resolução:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao editar a Resolução n.º 125/2010, deu importância a conceituação da conciliação e da mediação, como instrumentos consensuais de solução de conflitos, assim estabelecendo, respectivamente:

Conciliação - [como um] método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Mediação - [como] Uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. (CNJ, 2016, sem paginação).

Contudo, de acordo com Aquino (2017, p. 184-185), o Conselho Nacional de Justiça, apesar de distinguir conceitualmente os instrumentos da conciliação e da mediação, não promoveu uma distinção procedimental entre os institutos, como assevera:

Ao fazer isso, o Conselho Nacional de Justiça cometeu um equívoco, pois distinguiu conceitualmente, mas não se preocupou em diferenciar os procedimentos a serem aplicados à conciliação e mediação especificamente. Na medida em que a Resolução CNJ n.º 125/2010 distingue o conceito, mas não diferencia o procedimento e a forma de desenvolvimento dos métodos, na prática, trata a conciliação e a mediação de forma equivalente.⁸¹

Contudo, em que pese a observação em relação a ausência de distinção procedimental, a doutrina brasileira tem ressaltado a diferença entre os institutos. Nesse aspecto, ressaí o posicionamento de Lília Maia de Moraes Sales que conceitua mediação como:

[...] procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.⁸²

81 AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Considerações sobre a Resolução CNJ n.º 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – A solução dos conflitos de interesses?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

82 SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem.** Rio | São Paulo | Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 23.

Assim como, o posicionamento de André Gomma de Azevedo e Marlon Tomazette, que complementam, estabelecendo a diferenciação entre o método da mediação e da conciliação:

A mediação é vantajosa por motivar a resolução de disputas de forma construtiva e fortalecer as relações sociais, além de promover relacionamentos cooperativos e explorar estratégias que possam prevenir ou resolver futuras controvérsias.⁸³

A *mediação* é a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Lei n. 13.140-2015, art. 1º, parágrafo único). De outro lado, na *conciliação* **há uma intervenção mais direta de um terceiro neutro no conflito, que pode até sugerir soluções, mas nunca poderá constranger ou intimidar as partes (CPC, art. 165, parágrafo 2º). O diálogo com a participação, maior ou menor, de um terceiro imparcial é a grande característica desses mecanismos.**⁸⁴

Faz-se importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça, contempla a possibilidade de utilização dos instrumentos da mediação e da conciliação no âmbito empresarial no Anexo I – Diretrizes Curriculares, da Resolução n.º 125/2010, com redação alterada pela Emenda n.º 2, de 08 de março de 2016, que define o conteúdo programático do Curso de Capacitação Básica dos Terceiros Facilitadores (conciliadores e mediadores):

I – Desenvolvimento do Curso [...]

Módulo Teórico [...]

1.1 Conteúdo Programático No módulo teórico deverão ser desenvolvidos os seguintes temas:

Áreas de utilização da conciliação/mediação Empresarial, familiar, civil (consumeirista, trabalhista, previdenciária, etc.), penal e justiça restaurativa; o envolvimento com outras áreas do conhecimento.

Especificamente, quando se prevê de forma preventiva a aplicação da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos no seio de uma empresa, seja ela uma pequena sociedade familiar ou uma grande companhia, tem-se uma flagrante busca de implementação de mecanismos

⁸³ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). **Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 20.

⁸⁴ TOMAZETTI, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. V. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 129.

com o intuito de estabelecer um nível apurado de governança, melhorando os processos de gestão, análises e resultados.⁸⁵

Adriana Goulart de Senna Orsini *et al.* sustentam que a mediação possui um baixo custo, diante dos benefícios que é capaz de oferecer, principalmente diante da realidade brasileira, em que um processo judicial leva anos para ser julgado definitivamente, destacando:

Assim, a palavra “mediação societária” é usada, quando o conflito envolve sócios de sociedades, por cotas de capital, como as sociedades anônimas (S/A) e as comanditas por ações (S/CA). A mediação chamada de “comercial” abrange questões entre pessoas físicas e jurídicas, consumidores e fornecedores de produtos ou serviços, sendo um dos campos mais propícios para o surgimento de conflitos, em que se discutem a qualidade do produto, aspectos contratuais, frustração de expectativas. A “mediação organizacional” trata dos conflitos decorrentes das modificações nas estruturas administrativas, fusões, incorporações, desmembramento de sociedades. Por último, a “empresarial” inclui relacionamentos entre organizações, tais como franquias e parcerias. Sem falar na mediação “trabalhista”, que se aplica a conflitos coletivos e individuais, nas relações de trabalho.

Optou-se por adotar o termo mediação “empresarial”, primeiro, por ser mais atual, já que o Código Civil de 2002 o incorporou, em substituição à palavra “comercial”, e também por melhor representar a atividade de produção e circulação de bens e serviços.⁸⁶

Em linhas gerais são vantagens da mediação: confidencialidade; imparcialidade do mediador, que não favorece nenhuma das partes envolvidas no conflito; procedimento estruturado, porém dotado de informalidade e flexibilidade; celeridade e adequado custo-benefício, especialmente se comparado a outras formas de resolução de conflitos; ambiente seguro e construção pelas próprias partes de acordos sustentáveis; preservação das relações pessoais e comerciais; desenvolvimento de habilidades para gestão de eventuais conflitos futuros e possibilidade de utilização a qualquer momento, mesmo existindo processo judicial ou arbitral.⁸⁷

85 MARTINS, Paola Pereira. **Considerações sobre a mediação no contexto empresarial.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/281701/consideracoes-sobre-a-mediacao-no-contexto-empresarial>. Acesso em: 11 out. 2021.

86 ORSINI, Adriana Goulart de Sena *et al.* **Formas consensuais de solução de conflitos.** XXIV Congresso Internacional do CONPEDI. Belo Horizonte: 2015, p. 469-470. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/37L4ipX6n6T9SO04.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

87 SIMÕES, Alexandre Palermo. *et al.* (Coord.) **Mediação empresarial.** GEMEP-Grupo de Estudos em Mediação Empresarial Privada. Ano 01. n. 01, 2017. Disponível em: <https://cbar.org.br/>. Acesso em: 11 out. 2021, p. 8.

De acordo com o Enunciado n.º 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Conselho da Justiça Federal, “a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.

3 O MEDIADOR E OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

A mediação deve ocorrer com plena observância da ética, pautada nos princípios da lealdade, da boa-fé, da busca do consenso e da confidencialidade, essenciais para a lisura do procedimento. Trata-se de um método de autocomposição assistida, em que as próprias partes envolvidas discutem e compõem o conflito, diante da presença de um terceiro imparcial. E, nesse procedimento, existe a preocupação de criar e/ou recriar vínculos, estabelecer as pontes de comunicação, construir diálogos, para transformar e prevenir conflitos.⁸⁸

Na visão de Fabiana M. Spengler, “a mediação é um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, [...] uma verdadeira evolução social”.⁸⁹

A mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato.⁹⁰

A Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu Anexo III (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais), dispõe acerca da conduta do mediador judicial:

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

88 Os autores Gisele Leite e Edivaldo Alvarenga Pereira sustentam que a habilidade para o diálogo direto, também chamada de *one on dialogue* na negociação de diferenças é uma competência necessária para o cidadão do século XXI, principalmente, em razão da enorme velocidade das mudanças e da complexa convivência com a diversidade, entendendo-a como legítima e desejável. LEITE, Gisele; PEREIRA, Edivaldo Alvarenga. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em: 11 out. 2021, p. 4.

89 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 25.

90 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 113.

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito. (BRASIL, 2010).

Nos termos do art. 9.º da Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação), poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Recomenda-se que o mediador seja um facilitador com habilidades necessárias, para buscar soluções adequadas aos interesses das partes.

Cabe ao mediador realizar um trabalho de aproximação e facilitar a comunicação entre as partes, conduzindo o procedimento de forma imparcial, assegurando a participação equilibradas das partes, prestando-

lhes os esclarecimentos necessários sobre o procedimento, respeitando a confidencialidade e a autonomia de vontade.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 125/2010, tem a intenção de assegurar a todos a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Nesse sentido, o objetivo da política é de inserir na agenda do Judiciário brasileiro o compromisso de promover ações de incentivo e autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, e normatiza a realização de cursos de capacitação e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores.⁹¹

Sobre a mediação empresarial reza o art. 2.º, também da Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Art. 2.º. As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento (BRASIL, 2010).

91 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202.

Para Adolfo Braga Neto, a mediação no contexto empresarial, é importante instrumento para a compreensão das relações nas organizações, para a decodificação e a melhoria da comunicação:

A mediação de conflitos nas organizações é um moderno e eficaz método que pode reverter este quadro e responder aos anseios daqueles dirigentes. Permite criar sistemas próprios e internos que possibilitem a seus integrantes passar a encarar o conflito de maneira natural, com vistas à sua resolução ou transformação dentro de parâmetros mais pacíficos e equilibrados. Prioriza o reconhecimento dos papéis que cada participante deverá desempenhar na organização. E privilegia o diálogo cooperativo, não somente entre os envolvidos, mas também entre eles e a própria organização. Sob este aspecto, a elaboração de um sociograma (descrição das distintas e inúmeras inter-relações existentes entre todos os integrantes) face ao tradicional organograma, em muitos casos, facilita a identificação dos diversos níveis de atuação para a resolução do conflito. Amplia-se, assim, o auto-conhecimento das diversas inter-relações existentes. O resultado, como consequências, é a implementação de um plano específico, que aos poucos permite a evolução natural da resolução dos conflitos. Transfere-se, automaticamente, da estrutura impositiva para a colaborativa.⁹²

Veja-se que a resolução de conflitos poderá ocorrer entre diferentes empresas, entre sócios, entre equipes e departamentos; entre empresa e seus colaboradores. Assim, Fabiana Cerqueira Leite ao citar Ana Luiza Isoldi, pondera que a mediação empresarial pode desenvolver estratégias para tornar a empresa mais eficiente e mais competitiva no mercado.⁹³

A aplicação do instrumento da mediação aos conflitos empresariais pode, acima de tudo, gerar oportunidades, quando empregada, por exemplo, para a resolução de um conflito societário, ocasionando por exemplo, a alteração de um contrato social ou estatuto, ou, ainda, a elaboração de novos documentos societários; podendo, até mesmo, culminar no surgimento de uma nova empresa, onde em um primeiro momento haveria tão e somente uma dissolução.⁹⁴

E ainda, destacando que a intervenção do mediador nas relações empresariais é fundamental:

92 BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-83/a-mediacao-de-conflitos-no-contexto-empresarial/>. Acesso em: 12 out. 2021. p. 4.

93 LEITE, Fabiana Cerqueira. A necessidade de um marco legal para a mediação no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial**. Ano. 1. n. 1. Belo Horizonte: jul-dez. 2014, p. 211.

94 AYRES, Stephany. **Mediação Empresarial**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://nelcarlini.com.br/site/mediacao.html>. Acesso em: 12 out. 2021. p. 13.

Ao verificar o questionamento da inter-relação existente entre os empresários, sejam decorrentes de crédito/débito, transações comerciais, financeiras ou imobiliárias, empreitadas, relações de franquia, operações com seguros, questões societárias, fornecedor/cliente, prestador de serviço/usuário, quer contratual, quer informal sem a existência de um contrato que a regule. O mediador o faz oferecendo elementos de reflexão baseados em fatos daquela relação no passado e no presente, com vistas a construir um futuro seja com a continuidade daquela relação, seja com o fim, que resultará em um modo mais pacífico em sua resolução.⁹⁵

Por sua vez, a Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação) trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, explicitando no parágrafo único, do art. 1.º:

Art. 1.º Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

O art. 3.º do CPC de 2015, por sua vez, dispõe:

Art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ao comentarem tal dispositivo, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A solução consensual passa a ser dever de Estado – logo, o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação. Evidentemente, o juiz, como órgão de Estado, também deve estar atento para a ênfase que deve ser dada à solução consensual colocando-a em pauta sempre que acreditar necessário. [...]

95 AYRES, Stephany. *Op. cit.* p. 11. Segundo a autora, os mediadores realizam seus trabalhos de aproximação baseando-se, além dos aspectos legais, também em razões de conveniência e oportunidade.

A solução deve ser a mais harmônica possível para todas as partes, e apenas em caso de grave desacordo deve ser depositada sobre o ombro do juiz – isso contribui para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça.⁹⁶

Cumpram ressaltar, que a mediação oferece substanciais benefícios para as empresas, tais como: solidez e crescimento empresarial, valorização da imagem empresarial, aprimoramento dos recursos.

A mediação pode ser aplicada para conflitos societários e questões contratuais que dizem respeito à prestação de bens e serviços, bem como relacionamento com clientes, englobando tanto causas de menor complexidade, v.g., envolvendo questões de direito do consumidor, quanto conflitos familiares e sucessórios, que afetam a participação acionária e o controle da empresa.

Convém destacar três casos de mediação empresarial realizados no Brasil: a disputa societária entre Abílio Diniz e o presidente-executivo do Casino; o caso da mineradora Samarco no que tange aos acordos relacionados ao rompimento da barragem de Fundão e Brumadinho e o procedimento realizado entre a Petrobras e a Sete Brasil.

4 A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

A Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n.º 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil e a Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação) constituem contemporâneos marcos regulatórios, tendentes a incentivar a aplicabilidade dos métodos consensuais no Brasil. No atual contexto brasileiro, incentivam-se as partes envolvidas no litígio à utilização da conciliação e mediação, nos termos do art. 3º do atual Código de Processo Civil:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

96 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 202.

A leitura desse dispositivo remete à ideia de que o ordenamento processual civil brasileiro adota um sistema de justiça multiportas, assegurando um equilíbrio entre as partes.

Por sua vez, a Lei n.º 13.140/2015, trouxe como inovação a criação das modalidades de mediação judicial e extrajudicial como métodos de solução consensual de controvérsias.

Contudo, foi a Lei n.º 14.112/2020 que promoveu importantes modificações na Lei n.º 11.105/2005 (Lei de Recuperações e Falências), possibilitando o incentivo e a utilização da mediação e [também] da conciliação na recuperação judicial, inclusive, com a possibilidade de realização por meio virtual, senão vejamos:

Lei n.º 14.112/2020 [...]

Art. 2º A Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos, seções e capítulo: [...]

“Seção II-A Das Conciliações e das Mediações antecedentes ou incidentais aos Processos de Recuperação Judicial” [...]

‘Art. 20-D. As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.’

O artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005, que não sofreu alteração da Lei n.º 14.112/20, estabelece:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Promovendo-se uma interpretação literal do artigo acima, evidencia-se que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira vivenciada pela empresa, preservando, a um só tempo, a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos credores e, sobretudo, salvaguardar o importante papel social que desempenham na sociedade em geral.

Ressalte-se que o princípio da função social, recepcionado no artigo 421 do Código Civil 2002, ganha contornos ainda mais diferenciados quando diz respeito aos contratos empresariais, haja vista, as consequências e os reflexos que esses contratos acarretam na sociedade, em razão da

atividade empresária, que é uma essencial fonte de geração de riquezas, de fornecimentos de produtos e serviços e de fomentação de empregos.

Nesse sentido, ressaem os Enunciados n.º 26 e 29 da I Jornada de Direito Comercial, acerca da importância da função social das atividades empresárias:

Enunciado n.º 26 – O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Enunciado n.º 29 – Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

Na nova legislação a Seção II-A, é exclusiva para tratar “das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais nos processos de recuperação judicial”.

De acordo com o artigo 20-A da Lei n.º 11.101/2005 (dispositivo que não sofreu alterações na Lei n.º 14.112/2020), a mediação na recuperação judicial poderia ser aplicada tanto em caráter antecedente quanto em caráter incidental:

Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

Ao comentar tal dispositivo, leciona Fábio Ulhoa Coelho, sustentando que a compreensão do correto objetivo da mediação, por si só, já revela extraordinária limitação do seu alcance numa recuperação judicial, pois estimular a criação de um ambiente de negócios (via mediação) para evitar outro ambiente de negócios (via recuperação judicial) é um jeito torto de lidar com o tema:

A mediação é a grande aposta da Reforma de 2020 para a redução da quantidade de processos de recuperação judicial, a eliminação de conflitos parciais (com alguns credores) ou paralelos (questões societárias, por exemplo) e o aumento do apoio dos credores ao plano do devedor. [...]

A mediação tem por objetivo criar um ambiente favorável a negociação. O mediador não é um conciliador, tampouco um negociador. Os dois últimos são chamados para se empenharem na concretização do acordo entre duas partes, mas o trabalho do mediador antecede até mesmo a construção de possíveis cenários negociais. Ele se empenha a eliminar

assimetrias entre os envolvidos e prepará-los para a negociação, da qual normalmente não participaria.⁹⁷

Sobre o assunto, complementa Daniela Martins Lopes Oliveira:

O pedido de conciliação ou mediação pode ser antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial. Ressalta-se que, no pedido antecedente ao processo de recuperação judicial, a empresa poderá requerer uma tutela de urgência cautelar, a fim de suspender as execuções contra ela propostas pelo prazo de até 60 dias. No pedido antecedente em análise, o stay period é de 60 dias para a composição entre as partes e, não havendo o acordo, esse prazo será descontado do stay period de 180 dias, se houver o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.⁹⁸

Importante ressaltar que os acordos celebrados devem ser homologados pelo mesmo juízo competente para eventual recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos do artigo 20-C.

De outro lado, Diego Falek cita os benefícios da mediação nos processos de insolvência, tanto na recuperação judicial quanto na extrajudicial:

[...] drástica redução de custos; solução rápida das disputas, com economia de tempo; redução dos custos diretos e indiretos de resolução de conflitos; gasto reduzido de executivos e gerentes internos da Empresa; redução do desgaste de relacionamentos importantes para a Empresa; minimização de incertezas quanto aos resultados; e, mesmo quando a mediação não gera um acordo imediatamente, sua utilização propicia vantagens para as partes, como: a melhor compreensão da disputa e o estreitamento de pontos que posteriormente serão submetidos à Arbitragem ou ao Poder Judiciário.⁹⁹

Conforme a Recomendação n.º 58, de 22 de outubro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça:

97 COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n. 14.112/2020 - Nova Lei de Falências, de acordo com rejeição de vetos**. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 96, 97 e 99. Para o autor, o legislador teria sido muito mais feliz se, ao invés de buscar a conciliação e mediação, tivesse optado por facultar a apresentação, pelo devedor, de um desenho de solução de disputa (DSD), que poderia, ou não, envolver medidas de “justiça consensual”. Isso iria conferir *maior transparência e racionalidade* às negociações preparatórias da AGC. Para ele, um DSD tecnicamente bem estruturado e implementado, que se mostre frutífero dará maior segurança jurídica ao devedor e aos credores, no âmbito da recuperação judicial, diminuindo a quantidade de recursos. (*op. cit.* p. 101)

98 OLIVEIRA, Daniela Martin Lopes. **Mediação e conciliação na recuperação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/daniela-martin-mediacao-conciliacao-recuperacao-judicial>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 1.

99 FALEK, Diego. Mediação Empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação da RT (RArb)**. Ano 11, volume 42, julho-setembro – 2014, pp. 263-278. p. 265.

Art. 1º Recomendar a todos os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, nos termos da Lei nº 13.105/2015 e da Lei nº 13.140/2015, o uso da mediação, de forma a auxiliar a resolução de todo e qualquer conflito entre o empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo. [...]

Art. 3º Sem prejuízo da mediação extrajudicial, o magistrado poderá, a qualquer tempo do processo, nomear mediador, a requerimento do devedor, do administrador judicial ou de credores que detenham percentual relevante dos créditos do devedor, para quaisquer questões atinentes à coletividade de credores, ou a requerimento do devedor, do administrador judicial e de credor individual, para os casos de verificação de créditos.

§ 1º O mediador poderá ser nomeado de ofício nos casos em que o magistrado entender útil para que o processo se desenvolva de maneira mais eficiente.

§ 2º Para exercer a função, além da qualificação para o atuar como mediador, o profissional deverá ter experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes, podendo tais requisitos serem dispensados na hipótese de nomeação por consenso entre as partes ou de nomeação de um comediador que possua referida experiência. [...]

Art. 4º A mediação poderá ser presencial ou o on-line por meio de plataformas digitais, quando justificada a utilidade ou necessidade, especialmente nos casos em que haja elevado número de participantes e credores sediados no exterior, cabendo ao mediador ou ao Centro de Mediação prover os meios para a sua realização.

Art. 5º A mediação deverá ser incentivada em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, e não implica a suspensão ou interrupção do processo e dos prazos previstos na Lei nº 11.101/2005, salvo consenso entre as partes ou deliberação judicial.

Art. 6º Os magistrados não deverão atuar como mediadores, sendo vedada ao administrador judicial a cumulação das funções de administrador e mediador.

Parágrafo único. A possibilidade de realização de mediação não impede que o magistrado ou o administrador judicial conduzam tentativas de conciliação e negociação.

Ressalte-se que, o parágrafo único do art. 6.º da Resolução acima mencionada reza que a possibilidade de realização de mediação não impede

que o magistrado ou o administrador judicial conduzam tentativas de conciliação e negociação.

A respeito dos impactos dos processos de recuperação judicial no Judiciário brasileiro, Sônia Caetano Fernandes faz a seguinte ponderação:

De acordo com os dados estatísticos divulgados pelo CNJ, de 2014 a 2019, foram protocolados mais de 181 mil processos de recuperação judicial e falência, e apenas em 2019 foram mais de 41 mil novos casos. O problema tende a agravar em 2021 e nos próximos anos, em razão da queda do nível de atividade econômica decorrente do covid-19, gerando cancelamentos ou descumprimentos de contratos das mais diversas ordens e quebra de empresas.¹⁰⁰

E, ainda, Felipe Denke & Carlos Alberto Vilela Sampaio apontam:

São admitidas ainda a conciliação e a mediação em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; e na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

Na hipótese de negociação antecedente, as empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial poderão obter tutela de urgência cautelar, a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Tribunal competente ou da câmara especializada.¹⁰¹

Ademais, a atuação dos mediadores e conciliadores judiciais, ocorre através dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, permitindo, do mesmo modo, a realização das sessões de mediação nas Câmaras especializadas, inclusive fazendo uso das plataformas digitais, conforme dispõe o art. 20-D da Lei n.º 14.112/2020:

100 FERNANDES, Sônia Caetano. **A mediação empresarial no novo sistema de recuperação judicial de empresas implementado pela lei 14.112/20**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340921/mediacao-empresarial-no-sistema-de-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 12 out. 2021.

101 DENKI, Felipe; SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. **A mediação na recuperação judicial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345958/a-mediacao-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 12 out. 2021.

Art. 20-D. As sessões de conciliação e de mediação de que trata essa Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.

Para que a mediação aplicada aos processos de recuperação judicial gere efeitos e as partes possam colher resultados positivos, é de grande importância que haja um alinhamento entre mediador, credores e empresa devedora, sobretudo com relação às regras que irão pautar o procedimento. Ainda, consoante o art. 3º, § 2º, da Recomendação n.º 58, do Conselho Nacional de Justiça, é desejável que o mediador tenha “experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes”, justamente para uma melhor condução da sessão. Também é indispensável que as partes adotem uma postura colaborativa, de modo a facilitar a obtenção de um acordo que atenda satisfatoriamente às demandas dos credores e às possibilidades do devedor.¹⁰²

São espécies de conciliação e mediação na recuperação judicial: a) conciliação ou mediação extrajudicial antecedente; b) conciliação ou mediação extrajudicial incidental; c) conciliação ou mediação judicial antecedente **sem** suspensão da exigibilidade das obrigações do devedor; d) conciliação ou mediação judicial antecedente **com** suspensão de exigibilidade das obrigações do devedor; e) conciliação ou mediação judicial incidental.

Para Marlon Tomazetti:

O art. 20-B da Lei n.º 11.101/2005 cita como exemplos que autorizarão a mediação e a conciliação antecedente ou incidental os conflitos entre sócios ou acionistas das sociedades em dificuldade; disputas do devedor com credores não incluídos na recuperação judicial. Nesse exemplo, se falar em fase pré-processual e processual das disputas, demonstrando a abrangência do cabimento dos meios de autocomposição.

Também são citados como exemplos os conflitos entre devedor, concessionário ou permissionário de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos; e as disputas com titulares de créditos extraconcursais da vigência de calamidade pública. Ocorre que, nestes dois últimos casos, se fala em devedores “em recuperação judicial”, o que denota que estamos mencionando com exemplos a conciliação e a mediação incidentais nesse caso.¹⁰³

Entretanto, é salutar destacar que através da recente alteração, vedou-se a utilização da conciliação e da mediação sobre a natureza jurídica e

102 RIBEIRO, Maria Carla Pereira *et al.* **A mediação aplicada aos processos de recuperação judicial**: análise de um incentivo necessário. Disponível em: <https://rsde.com.br/a-mediacao-aplicada-aos-processos-de-recuperacao-judicial-analise-de-um-incentivo-necessario/>. Acesso em: 13 out. 2021.

103 TOMAZETTI, Marlon. *Op. cit.* p. 130.

a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores, como determina o §2º do artigo 20-B, incluído pela Lei n.º 14.112/2020:

§ 2º São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores.

No Brasil, há exemplos de grande repercussão que demonstram a utilidade da implementação do instrumento da mediação em conflitos já judicializados, os quais se sobressai: o “*caso Varig*” (1.ª Vara de Execuções/Rio de Janeiro), o “*caso Oi*” (que se evidenciou como a maior recuperação judicial realizada na América Latina, em que a grande maioria das mediações tem ocorrido em sessões virtuais através das plataformas digitais – 7ª Vara Empresarial/Rio de Janeiro), o “*caso da rede de livrarias Saraiva e Siciliano*¹⁰⁴” (2ª Vara de Falências e Recuperações/São Paulo), o “*caso Grupo Isolux*” (1ª Vara de Falências e Recuperações/São Paulo), o “*caso Sete Brasil*” (3ª Vara de Execuções/Rio de Janeiro) e o “*caso Superpesa*” (6ª Vara de Execuções/Rio de Janeiro).

A mediação extrajudicial da empresa Oi atenderá cerca de 20.000 (vinte mil) credores que receberão valores de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), como informou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), através de nota oficial. O processo de recuperação judicial da empresa Oi, o maior na história do País, envolve 55.080 (cinquenta mil e oitenta) credores e uma dívida de R\$ 63,95 bilhões.¹⁰⁵

Sobre a mediação no caso das livrarias Saraiva e Siciliano, em que houve por parte do magistrado deliberação de mediação preventiva, Antônio Netto e Samantha Longo salientam:

104 Consoante Samantha Mendes Longo, criando um ambiente seguro e propício para negociação de acordos, a mediação pode alcançar resultados incríveis e surpreendentes. No caso da rede de livrarias Saraiva e Siciliano, sustenta a autora que, com o auxílio de competentes profissionais e em um ambiente favorável, certamente credores e devedoras encontrarão um caminho para que a rede de livrarias saia da crise e continue cumprindo sua função social, como fonte de empregos, de pagamento de tributos e de fomento à cultura. LONGO, Samantha Mendes. **O fortalecimento da mediação nas recuperações judiciais**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-fortalecimento-da-mediacao-nas-recuperacoes-judiciais/>. Acesso em: 12 out. 2021.

105 ESTADÃO CONTEÚDO. TJRJ diz que mediação extrajudicial da Oi atenderá cerca de 20 mil credores. Publicada em: Porto Alegre, quinta-feira, 09 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/06/economia/569961-tjrj-diz-que-mediacao-extrajudicial-da-oi-atendera-cerca-de-20-mil-credores.html. Acesso em: 11 out. 2021. Na ocasião foi informado que, a iniciativa, inédita no País, contará com a atuação de 200 mediadores credenciados e treinados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Essa mediação possibilitou o ajuste do plano de recuperação judicial antes da sua deliberação em assembleia, de modo a atender às necessidades dos credores, conforme os interesses de cada uma das classes, sem deixar de considerar a realidade financeira da empresa.¹⁰⁶

Com a consolidação do comércio digital e com a crise sanitária provocada pela COVID-19, o Judiciário precisou buscar soluções para não entrar em colapso com a massificação do acervo de processos judiciais nas varas. Dentro desse contexto, a mediação passou a ser a maior aliada dos processos de recuperação judicial, seja na fase pré-processual, servindo como um mecanismo de contenção a judicialização de demandas, seja no decorrer da demanda, funcionando como elemento diferencial, apto a garantir a celeridade e efetividade das negociações e do processo.¹⁰⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto de hiperjudicialização de conflitos na Justiça brasileira, inclusive durante a crise pandêmica Covid-19, a mediação se configura como um mecanismo apropriado e viável à pacificação dos conflitos de interesses empresariais que surgem na sociedade, pois possibilita a cooperação entre os empresários, por meio do estímulo dialogal, viabiliza, no aspecto procedimental, a discussão de futuras controvérsias, além de, conseqüentemente, primar pelo cumprimento espontâneo das obrigações assumidas pelos empresários durante a/as sessão(ões) e que redundem em um termo de acordo.

No tocante a utilização do instituto da mediação, seja na modalidade judicial ou extrajudicial, no âmbito empresarial, verifica-se que o mecanismo de busca consensual dos conflitos de interesses, pode representar uma estratégia eficiente no intuito de conceder maior desenvolvimento da atividade negocial e empresária, principalmente em seus aspectos estruturais, tornando as empresas mais eficientes e competitivas.

106 NETTO, Antônio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. Porto Alegre: Paixão, 2020. p. 156.

107 CECY, Matheus D. **A mediação aplicada na recuperação judicial apresenta valiosos benefícios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-16/mateus-cecy-beneficios-mediacao-recuperacao-judicial>. Acesso em: 12 out. 2021. O autor explica que em caráter prático, o Judiciário paranaense demonstrou grande entusiasmo e avidez no incentivo à mediação nos processos de recuperação judicial durante a crise sanitária oriunda da Covid-19. Em abril de 2020, o TJ-PR anunciava a criação do Cejusc Recuperação Empresarial na Comarca de Francisco Beltrão. Idealizada pelo magistrado e professor doutor Antônio Evangelista Souza Netto, em conjunto com os desembargadores José Laurindo de Souza Netto e Ramon Nogueira, o centro conciliativo passou a aplicar a mediação e a conciliação tanto em caráter pré-processual quanto em processos de recuperação judicial já em curso.

Não obstante, a simplificação do rito procedimental constitui em uma quebra de paradigma, que viabiliza maior agilidade à solução dos conflitos, possibilitando a obtenção de um acordo satisfatório aos interessados em tempo adequado e razoável, além de representar um meio de prevenção e de resolução de controvérsias, que abre caminhos a uma solução mais eficiente e menos onerosa aos litígios empresariais.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. A Caixa de Pandora Brasileira: a mediação como instrumento de acesso à justiça em tempos de crise pandêmica Covid-19. In: GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; DESTERRO, Rodrigo (Organizadores). **Vulnerabilidades sociais em tempo de pandemia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 235-250.
- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – A solução dos conflitos de interesses?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- AYRES, Stephany. **Mediação Empresarial**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://nelcarlini.com.br/site/mediacao.html>. Acesso em: 12 out. 2021.
- AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *In*: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). **Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-83/a-mediacao-de-conflitos-no-contexto-empresarial/>. Acesso em: 12 out. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, e revoga o §2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n.ºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2020,

e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Planalto. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

CALMON, Petrónio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CECY, Matheus D. **A mediação aplicada na recuperação judicial apresenta valiosos benefícios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-16/mateus-cecy-beneficios-mediacao-recuperacao-judicial>. Acesso em: 12 out. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n. 14.112/2020 - Nova Lei de Falências, de acordo com rejeição de vetos**. 15. dd. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado n.º 26 da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/51>. Acesso em: 10 out, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado n.º 29 da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/54>. Acesso em: 10 out, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado n.º 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>. Acesso em: 10 out. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado n.º 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>. Acesso em: 10 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Conciliação e Mediação**: Portal da Conciliação. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/#:~:text=A%20Media%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20forma,em%20conflitos%20multidimensionais%20ou%20complexos..> Acesso em: 10 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Conciliação e Mediação**: Portal da Conciliação. 2016. Disponível em: <https://www>.

cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao/#:~:text=A%20Media%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20forma,em%20conflitos%20multidimensionais%20ou%20complexos.. Acesso em: 10 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n.º 58, de 22 de outubro de 2019.** Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original214501201911045dc09bddeb960.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n.º 58, de 22 de outubro de 2019.** Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original214501201911045dc09bddeb960.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 125, de **29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Texto compilado a partir da redação dada pela Emenda n.º 01/2013, Emenda n.º 02/2016, pela Resolução n.º 290/2019, pela Resolução n. 326/2020 e pela Resolução n. 390/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffa2655.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Texto compilado a partir da redação dada pela Emenda n.º 01/2013, Emenda n.º 02/2016, pela Resolução n.º 290/2019, pela Resolução n. 326/2020 e pela Resolução n. 390/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffa2655.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

DENKI, Felipe; SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. **A mediação na recuperação judicial.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345958/a-mediacao-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 12 out. 2021.

ESTADÃO CONTEÚDO. **TJRJ diz que mediação extrajudicial da Oi atenderá cerca de 20 mil credores.** Publicada em: Porto Alegre,

quinta-feira, 09 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/06/economia/569961-tjrj-diz-que-mediacao-extrajudicial-da-oi-atendera-cerca-de-20-mil-credores.html. Acesso em: 11 out. 2021.

FALEK, Diego. **Mediação Empresarial: introdução e aspectos práticos.**

Revista de Arbitragem e Mediação da RT (RArb). Ano 11, volume 42, julho-setembro – 2014, pp. 263-278.

FERNANDES, Sônia Caetano. **A mediação empresarial no novo sistema de recuperação judicial de empresas implementado pela lei 14.112/20.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340921/mediacao-empresarial-no-sistema-de-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 12 out. 2021.

LEITE, Fabiana Cerqueira. A necessidade de um marco legal para a mediação no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial.** Ano. 1. n. 1. Belo Horizonte: jul-dez. 2014, p. 194- 217.

LEITE, Gisele; PEREIRA, Edivaldo Alvarenga. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil.** Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em: 11 out. 2021.

LONGO, Samantha Mendes. **O fortalecimento da mediação nas recuperações judiciais.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-fortalecimento-da-mediacao-nas-recuperacoes-judiciais/>. Acesso em: 12 out. 2021.

MARTINS, Paola Pereira. **Considerações sobre a mediação no contexto empresarial.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/281701/consideracoes-sobre-a-mediacao-no-contexto-empresarial>. Acesso em: 11 out. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETTO, Antônio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos.** Porto Alegre: Paixão, 2020.

OLIVEIRA, Daniela Martin Lopes. **Mediação e conciliação na recuperação judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/daniela-martin-mediacao-conciliacao-recuperacao-judicial>. Acesso em: 13 out. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena *et al.* **Formas consensuais de solução de conflitos.** XXIV Congresso Internacional do CONPEDI. Belo Horizonte: 2015, p. 469-470. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/37L4ipX6n6T9SO04.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

- RIBEIRO, Maria Carla Pereira *et al.* **A mediação aplicada aos processos de recuperação judicial**: análise de um incentivo necessário. Disponível em: <https://rsde.com.br/a-mediacao-aplicada-aos-processos-de-recuperacao-judicial-analise-de-um-incentivo-necessario/>. Acesso em: 13 out. 2021.
- SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. *In*: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio | São Paulo | Fortaleza: ABC Editora, 2007.
- SIMÕES, Alexandre Palermo. *et al.* (Coord.) **Mediação empresarial**. GEMEP-Grupo de Estudos em Mediação Empresarial Privada. Ano 01. n. 01, 2017. Disponível em: <https://cbar.org.br/>> Acesso em: 11 out. 2021.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TOMAZETTI, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

5

OS NOVOS PARÂMETROS NORMATIVOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

Antonio Evangelista de Souza Netto¹⁰⁸

RESUMO: Neste capítulo pretende-se abordar alguns aspectos das novas regras brasileiras sobre os processos de insolvência transnacional, incluídas na Lei n. 11.101/2005 pela Lei n. 14.112/2020. Busca-se destacar a relação da reforma com outras medidas de desburocratização e aperfeiçoamento dos sistemas regulatórios das atividades econômicas no Brasil; as influências exercidas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI); as hipóteses específicas de incidência das novas disposições legais; e as contribuições das diretrizes da Rede de Insolvência Judicial (RIJ) para a regulamentação da cooperação jurisdicional no campo da insolvência transnacional.

Palavras-chave: insolvência transnacional; disciplina jurídica; regras da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência – LREF); alterações da Lei n. 14.111/2020.

1 INTRODUÇÃO

Como resultado das alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, a Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência - LREF¹⁰⁹) passou a conter regras específicas sobre a insolvência transnacional no Capítulo VI-A (Da Insolvência Transnacional).¹¹⁰

108 Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Messina (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

109 Quero dizer, Lei que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário individual, da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e da sociedade empresária. Ao longo do texto utilizarei apenas a expressão LREF para designar a Lei n. 11.101/2005.

110 O Capítulo VI-A da Lei n. 11.101/2005, incluído pela Lei n. 14.112/2020, está estruturado da seguinte forma: i) as disposições gerais estão previstas nos artigos

O objetivo do texto é assinalar as mudanças legislativas recentes sobre a disciplina da insolvência transnacional no Brasil, tendo em vista as necessidades de adaptação do sistema jurídico ao atual cenário socioeconômico e aos parâmetros normativos internacionais.¹¹¹

Assim, inicialmente, serão feitos alguns apontamentos sobre as alterações da Lei n. 11.101/2005, no contexto das medidas de desburocratização¹¹² e aperfeiçoamento dos sistemas regulatórios das atividades econômicas no Brasil.

Em seguida, serão realçadas as influências que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)¹¹³ exerceu no aperfeiçoamento normas Brasileiras sobre a insolvência transnacional.

Por fim, serão abordadas as Diretrizes da Rede de Insolvência Judicial (RIJ) e as novas regras a cooperação internacional de autoridades que atuam em processos de insolvência transnacional.

2 O APRIMORAMENTO LEGISLATIVO DA INSOLVÊNCIA NO CONTEXTO DOS MOVIMENTOS DE DESBUROCRATIZAÇÃO, MODERNIZAÇÃO, SIMPLIFICAÇÃO E MELHORIA DOS MARCOS REGULATÓRIOS DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS

A nova disciplina jurídica da insolvência transnacional insere-se num conjunto de estratégias governamentais que buscam o aprimoramento dos sistemas legislativos, a desburocratização,¹¹⁴ a modernização, a simplificação e o melhoramento das marcos regulatórios das atividades econômicas.

Em outros trabalhos foram feitas algumas referências ao *giro regulatório das atividades econômicas* como uma “série de medidas, de cunho

167-A a 167-E; ii) as regras do acesso à jurisdição brasileira estão assinaladas nos artigos 167-F e 167-G; iii) o reconhecimento de processos estrangeiros está abordado nos artigos 167-H a 167-O; iv) a disciplina da cooperação com autoridades e representantes estrangeiros encontra-se nos artigos 167-P e 167-Q; v) por fim, os artigos 167-R a 167-Y cuidam dos processos concorrentes.

111 A inclusão do novo acervo de normas na LREF resultou da necessidade de aprimoramento do sistema de insolvência brasileiro para, entre outros fins, elevar os níveis de eficiência dos procedimentos, da efetivação dos direitos dos agentes econômicos, da confiança aos investidores e, por conseguinte, da qualidade do ambiente de negócios no Brasil. Confira: SINENKO, Vladimir S. et al. Development of legislation on environmental insurance: experience of the European Union and Russia. **Laplage em Revista**, v. 7, n. 3, p. 155-160, 2021.

112 DE SOUZA XAVIER, Élide Cristina et al. Burocracia e a desburocratização nas organizações públicas: uma revisão sistemática de trabalhos publicados entre 2000 e 2016.

113 BERENDS, Andre J. The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview. **Tul. J. Int'l & Comp. L.**, v. 6, p. 309, 1998.

114 KOVAČ, Polonca. Debureaucratization Limits in Administrative Procedures Codification: Lessons from Slovenia. *Administrative Sciences*, v. 11, n. 1, p. 1, 2021.

preponderantemente jurídico-normativo, destinadas, entre outros fins, ao aprimoramento das regras que disciplinam as atividades econômicas e a prestação de serviços públicos, à ampliação da eficiência regulatória, à desburocratização, à melhoria do ambiente de negócios¹¹⁵ e ao aumento dos índices de confiança dos investidores”.¹¹⁶

É importante notar que já em 2013 foi criada uma Comissão de Juristas, no âmbito do Senado Federal, para elaboração do anteprojeto do Novo Código Comercial, considerando a urgente necessidade de modernização da legislação empresarial. Entre outros fins, as novas regras objetivariam melhorar o ambiente de negócios,¹¹⁷ atrair investimentos externos, reduzir custos operacionais, aumentar a competitividade internacional e baratear preços.¹¹⁸ Os enfoques dos estudos seriam os seguintes: a) ampliação da segurança jurídica dos agentes econômicos e proteção das redes de empresariais; b) aprimoramento dos instrumentos de gerenciamento empresarial; c) criação de procedimentos e documentos em suporte eletrônico; d) aumento da proteção das normas de autorregulação e dos costumes empresariais, com atribuição de mais eficácia jurídica aos ajustes privados; e) simplificação e desburocratização das atividades empresariais; f) melhoria do ambiente de negócios,¹¹⁹ proteção de credores e elevação dos níveis de confiança dos investidores; g) internalização de normas, orientações e diretrizes ajustadas aos parâmetros internacionalmente aceitos.¹²⁰

115 CHERUNILAM, Francis. **Business environment**. Himalaya Publishing House Pvt. Ltd, 2021.

116 SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. O giro regulatório das atividades econômicas no Brasil - Relatório Doing Business do Banco Mundial: a importância dos indicadores para o delineamento da regulação do ambiente de negócios no Brasil. Jusbrasil, 2021. Disponível em: < <https://aesn.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 01 out. 2021. SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. Aprimoramentos legislativos e reformas do ambiente de negócios segundo os parâmetros do Doing Business. Revista Juristas, 2021. Disponível em: <https://juristas.com.br/author/aesnjuiztjpr/>. Acesso em: 01 out. 2021. SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira): Relatório Doing Business do Banco Mundial e giro regulatório das atividades econômicas no Brasil. Jus Navigandi (Online), 2021. Disponível em: <https://aesn.jus.com.br/publicacoes>. Acesso em: 02 out. 2021.

117 CONTRACTOR, Farok J. et al. How do country regulations and business environment impact foreign direct investment (FDI) inflows?. *International Business Review*, v. 29, n. 2, p. 101640, 2020.

118 Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/18/juristas-concluem-anteprojeto-do-novo-codigo-comercial>. Acesso 04 out. 2021.

119 NUDURUPATI, Sai S.; GARENGO, Patrícia; BITITCI, Umit S. Impact of the changing business environment on performance measurement and management practices. *International Journal of Production Economics*, v. 232, p. 107942, 2021.

120 Segundo a comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto do Código Comercial, no âmbito do Senado Federal, “[...] a legislação empresarial brasileira reclama urgente modernização, como medida destinada a melhorar o ambiente de negócios, atrair investimentos, reduzir custos, ampliar a competitividade e baratear os

Desde então o Brasil está cada vez mais convicto sobre a necessidade de promover a desburocratização,¹²¹ a modernização dos meios de controle das atividades econômicas e as vantagens do aperfeiçoamento dos marcos legislativos.

Para ilustrar, cite-se a criação da Lei n. 13.726/2018, que racionalizou atos e procedimentos administrativos, além de instituir o selo de desburocratização e simplificação.¹²² Mencione-se também a Lei n. 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE).¹²³ Do mesmo modo, aponte-se a Lei n. 14.129/2021, que estabeleceu princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, especialmente por meio da desburocratização, inovação, transformação digital e participação democrática. Por fim, saliente-se, ainda, a Lei n. 14.195/2021, resultante da conversão da Medida Provisória 1.040/2021, cujo objetivo, em linhas gerais, foi o aprimoramento normativo do ambiente de negócios no Brasil.¹²⁴

preços dos produtos e serviços. Por isto, no Anteprojeto de Código Comercial, todos os temas de Direito Comercial foram examinados e repensados, com o objetivo de ajustar a disciplina jurídica em vigor às necessidades da dinâmica economia brasileira da atualidade. Sempre que identificada uma exigência burocrática desnecessária, propôs-se sua eliminação; encontrada uma norma anacrônica, vencida pelo tempo, projetou-se sua atualização; revelada uma lacuna, preencheu-se com a regra adequada [...]”.

121 E.g. o Congresso Nacional criou uma Comissão Mista da Desburocratização, cujos trabalhos se encerraram em 2018, justamente para tratar desses assuntos. Nessa comissão, entre outros, tramitaram os seguintes Projetos de Lei (PL): PL n. 9.494/2018, PL n. 9.495/2018, PL n. 9.496/2018, PL n. 9.497/2018, PL n. 9.498/2018, PL n. 9.499/2018, PL n. 9.500/2018, PL n. 9.501/2018, PL n. 9.502/2018, PL n. 9.503/2018, PL n. 9.504/2018, PL n. 9.505/2018, PL n. 9.506/2018, PL n. 9.507/2018 e PL n. 9.508/2018.

122 No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça passou a estimular de maneira mais enfática a desburocratização com a criação do Selo de Desburocratização do Conselho Nacional de Justiça, regulamentado pela Portaria CNJ n. 193/2019. Esse selo tem por objetivo estimular práticas que desenvolvam e promovam a simplificação das atividades da justiça e, conseqüentemente, contribuam para a obtenção de melhores resultados.

123 A disciplina normativa das atividades econômicas deverá ser exercida levando-se em conta, ao menos, o seguinte: i) as atividades econômicas devem ser livremente exercidas; ii) a boa-fé do particular é presumida perante o Poder Público; iii) a intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas deve ser subsidiária e excepcional; e iv) o particular deve ser considerado vulnerável perante o Estado.

124 Ainda podem ser destacadas, nesse sentido, a Lei n. 12.682/2012, que dispôs sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos; a Lei n. 11.598/2007, que instituiu a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM); e a Lei n. 13.460/17, que tratou da proteção e defesa dos usuários de serviços públicos, regulamentada pelo Decreto n. 9.492/2018. DA ROCHA LIMA, Daniele et al. O PROCESSO DE ABERTURA DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E A DESBUROCRATIZAÇÃO COM A

Com relação a esta última providência, deixou-se claro¹²⁵ que o objetivo da Lei n. 14.195/2021¹²⁶ – ao tratar da facilitação da abertura de empresas, da proteção de acionistas minoritários, da simplificação do comércio exterior etc. – seria promover a desburocratização, aprimorar o marco regulatório das atividades econômicas e elevar os índices de qualidade do ambiente de negócios.¹²⁷

A Lei n. 14.112/2020, que alterou a Lei n. 11.101/2005, também foi criada nessa mesma perspectiva, para, como admitido pelo Governo Federal, *melhorar o desempenho das recuperações empresariais e ajudar o Brasil a retomar o crescimento após os severos impactos causados pela Pandemia*.

Os primeiros passos decisivos para a reforma foram dados em agosto de 2016, com a formação de um grupo de trabalho, integrado por advogados, administradores, acadêmicos, juízes e outros especialistas na área. Os estudos, liderados pelo Ministério da Economia, objetivariam criar normas que dessem *mais fôlego para a recuperação de empresas em dificuldades financeiras e permitissem a continuidade das atividades, com geração de emprego, renda e receitas tributárias*.¹²⁸

Como destacado pelo Ministério da Economia, a modernização da Lei n. 11.101/2005 se impunha com urgência, pois as regras até então vigentes,

IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA REDESIM NO MUNICÍPIO DE ARACAJU. Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE, v. 6, n. 1, p. 107, 2020.

125 Confira o inteiro teor da exposição de motivos da Medida Provisória 1.040/2021 no seguinte endereço: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1040-21.pdf>

126 Entre outros assuntos, cuidou da facilitação da abertura de empresas, da proteção de acionistas minoritários, da facilitação do comércio exterior, do Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), das cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, da profissão de tradutor e intérprete público e da facilitação para obtenção de eletricidade.

127 Naturalmente a intenção também seria melhorar o posicionamento do Brasil no ranking do Doing Business. Apesar disso, no dia 16 de outubro de 2021 o Banco Mundial anunciou a descontinuidade do Relatório do Doing Business. A interrupção da realização do relatório teve como fundamento a descoberta de irregularidade dos dados dos relatórios, ao menos, nos anos de 2018 a 2020. Confira: <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report>. MUNDIAL, Banco. Doing Business 2020. **Washington, DC: World Bank. DOI**, v. 10, p. 978-1, 2020.

128 Até a finalização dos estudos foram realizados mais de quarenta encontros. Os trabalhos deram ensejo à apresentação do Projeto de Lei n. 4.485/2020 (Projeto Senado Federal), para substituir a proposta original, inserida no Projeto de Lei n. 6.229/2005 (Projeto Originário da Câmara dos Deputados). A Lei n. 14.112/2020 entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Acesse: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144510>. Confira também: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/dezembro-1/nova-leide-falencias-vai-melhorar-os-resultados-de-recuperacoes-judiciais-no-pais>>

além de não auxiliarem adequadamente a recuperação das empresas, previam procedimentos extremamente demorados e onerosos.

No que diz respeito à insolvência transnacional, os pontos centrais do projeto eram os seguintes: i) incorporar a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), de modo que os processos de insolvência transnacional pudessem ser administrados de maneira mais justa e eficiente; ii) estabelecer que o “processo estrangeiro principal” devesse tramitar no país onde estivesse o centro de interesses do empresário devedor;¹²⁹ iii) prever que, desde o momento do reconhecimento do “processo estrangeiro” pelo juízo brasileiro, ocorreria a suspensão automática dos processos executivos, da fluência dos prazos prescricionais e da eficácia de transferência de ativos não circulantes sem autorização judicial; iv) permitir que o juízo brasileiro autorizasse o deslocamento de ativos do devedor, localizados no Brasil, em favor de credores interessados estrangeiros; e v) seguir as diretrizes internacionais para a cooperação entre juízes que atuam em processos simultâneos de insolvência transnacional.¹³⁰

Independentemente do enfoque transnacional, de modo geral, três exemplos seriam suficientes para justificar o aprimoramento legislativo da insolvência no Brasil, tendo em vista o cenário anterior à vigência da Lei n. 14.112/2020.

Em primeiro lugar, revelou-se que antes das reformas os índices de recuperação dos créditos no Brasil sempre estavam abaixo das médias da América Latina.¹³¹ Os dados divulgados pelo Relatório do Doing Business¹³² do Banco Mundial (atualmente suspenso¹³³), por exemplo, indicavam que em 2018, enquanto o Brasil tinha taxas de recuperação de crédito de 14,9%, os países da América Latina e Caribe tinham taxas, em média, de 30,9%. Nos países de alta renda da OCDE as taxas de recuperação de crédito alcançavam 71,2%. Uma das causas mais relevantes para essa disparidade

129 LASTRA, Rosa M.; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. Cross-border insolvency: the case of financial conglomerates. *Financial Crisis Management and Bank Resolution*, p. 269-289, 2020.

130 MASON, Rosalind. Cross-border Insolvency and Legal Transnationalisation. *International Insolvency Review*, v. 21, n. 2, p. 105-126, 2012.

131 A taxa de recuperação é registrada em centavos de dólar americano, recuperados pelos credores com garantia real por meio dos procedimentos de recuperação judicial, falência, liquidação ou execução da dívida (execução de garantias como hipoteca e outros procedimentos administrativos). Acesse o estudo no seguinte endereço: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2020/dezembro/apresentacao-coletiva-28-12-rj.pdf>.

132 SHARAFYEVA, Alfinura; SHEPHERD, Ben. What does “doing business” really measure? Evidence from trade times. *Economics Letters*, v. 192, p. 109215, 2020.

133 O Banco Mundial anunciou em 16 de setembro de 2021 que a divulgação do Relatório Doing Business será interrompida.

seria o tempo médio de duração dos processos de insolvência que, no Brasil era de 4 anos, e na América Latina e Caribe de 2,9 anos.

Em segundo lugar, observou o seguinte. Em outubro de 2020, ocorreram inadimplementos por 1.654.899 empresas não submetidas à recuperação judicial e por 38.837 empresas submetidas a processos de recuperação judicial. Enquanto os inadimplementos das primeiras exigiram provisões de 4,99% por parte das instituições financeiras credoras, os inadimplementos das empresas em recuperação judicial demandaram provisões de 75,21%. Os processos de recuperação judicial, nesse caso, revelaram-se fontes de elevadíssimos prejuízos aos credores. Além do comprometimento do fluxo de ativos, as perdas das instituições financeiras também impactariam significativamente na elevação dos custos dos créditos oferecidos ao mercado.¹³⁴ Seria preciso, portanto, criar mecanismos que pudessem, a despeito da recuperação judicial, criar mais segurança aos credores e estimular o financiamento dos devedores em recuperação judicial, a exemplo do DIP Financing (debtor-in-possession).¹³⁵

Em terceiro lugar, no que diz respeito à capacidade de retomada das atividades, ainda pelos efeitos da legislação anterior, foi constatado que, em outubro de 2020, apenas 24% das grandes e somente 9% das médias, micro e pequenas empresas voltaram a operar normalmente depois de se submetem a procedimentos de recuperação judicial. As outras empresas acabaram falindo ou encerrando suas atividades. Os números demonstraram, portanto, que muitas empresas “ingressavam” no sistema de recuperação judicial e poucas “saíam” dele efetivamente recuperadas. Pode-se notar que os impactos negativos no mercado de trabalho seriam alguns dos inúmeros efeitos desse problema, já que, no período avaliado, as empresas em recuperação judicial mantinham cerca de 600 mil empregos ativos.¹³⁶

Se considerarmos esses dados, e a tendência de aumento dos pedidos de recuperação judicial,¹³⁷ não pode haver dúvida sobre a importância do

134 LASTRA, Rosa María; LASTRA, Rosa María (Ed.). **Cross-border bank insolvency**. Oxford University Press, 2011.

135 DE ASSUMPCÃO ALVES, Alexandre Ferreira; ALMEIDA, Thalita. DIP FINANCING: O FINANCIAMENTO AO EMPRESÁRIO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DAS ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI N. 14.112/2020. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 7, n. 1, p. 62-82, 2021. SILVA, Vinicius Augusto Brunassi; SAITO, Richard. Corporate Financial Distress and Reorganization: A Survey of Theoretical and Empirical Contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 22, p. 401-420, 2020.

136 Veja mais detalhes na seguinte link: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2020/dezembro/apresentacao-coletiva-28-12-rj.pdf>.

137 Estima-se que em 2021 os pedidos de recuperação judicial possam atingir 2.200 empresas e que em 2022 o índice de insolvência corporativa tenha uma alta de até 15%. Fonte: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/10/07/insolvencia-pode-atingir-2200-empresas-no-brasil-neste-ano-e-ganhar-para-em-2022.ghtml>.

aprimoramento da Lei n. 11.101/2005, com a criação de procedimentos de insolvência mais seguros, eficientes e céleres.

3 ADOÇÃO DE PARÂMETROS NORMATIVOS INTERNACIONAIS PARA A DISCIPLINA JURÍDICA DA INSOLVÊNCIA

A Intensificação do intercâmbio global de dados, recursos, pessoas e valores reclamam um protagonismo transnacional mais colaborativo e descentralizado não só por parte dos agentes econômicos, mas, sobretudo, pelos Estados e Organizações Internacionais. Os mecanismos centralizados de tutela jurídica dos Estados, tradicionalmente empregados para a preservação de interesses no plano âmbito interno, não se ajustam ao cenário mundial contemporâneo, profundamente marcado por relacionamentos jurídicos que ultrapassam os limites de incidência das soberanias dos Estado. O mencionado fenômeno exige o emprego de novas formas de controle, mais adaptados à tutela jurídica das relações transnacionais e mais ajustados à realidade dos mercados globalizados. Entende-se, entre outros, o aperfeiçoamento das normas de cooperação jurisdicional, sobretudo no campo da insolvência, é um dos meios mais eficientes para atender essa demanda.¹³⁸

Atento a isso, o legislador brasileiro resolveu aprimorar o nosso sistema jurídico da insolvência, sobretudo no campo transnacional, com base em recomendações expedidas por entidades internacionais notoriamente reconhecidas, como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)¹³⁹ - *International United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e a Rede de Insolvência Judicial (RIJ).

138 <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional>.

139 Sobre a disciplina da insolvência no âmbito da Uncitral as principais referências são as seguintes: i) UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to Enactment and Interpretation (2013); ii) Introduction to the UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part one, two, three (2004). Part four (2019); iii) UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (2009); iv) UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment (2018); v) UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency with Guide to Enactment (2019); vi) UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective; e vii) Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (2020). Os textos podem ser acessados no seguinte endereço: <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>. Também é válido conferir o vídeo UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment. Esse vídeo pode ser acessado no seguinte endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=52fxZPaAyRA>.

4 A INFLUÊNCIA DAS NORMAS-MODELO DA COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (CNUDCI) E OS LIMITES DE APLICABILIDADE DAS NOVAS REGRAS JURÍDICAS BRASILEIRAS

Como se sabe, a adoção de normas homogêneas com efeitos transnacionais é um fator relevante para conferir mais previsibilidade, segurança e confiança aos agentes econômicos. A relevância desse fator aumenta ainda mais se as normas adotadas são estabelecidas por entidades que gozam de elevado prestígio no cenário internacional.

Esse foi um dos motivos que levou o legislador brasileiro a adotar a Lei Modelo da Uncitral sobre a Insolvência Transfronteiriça (Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency)¹⁴⁰ como base para as alterações das regras da Lei n. 11.101/2005 (LREF)¹⁴¹ sobre insolvência transnacional.

O novo capítulo da Insolvência Transnacional, formado pelos artigos 167-A a 167-Y, da Lei n. 11.101/2005 (LREF), se estrutura a partir dos mesmos fundamentos básicos da Lei Modelo da UNCITRAL,¹⁴² quais sejam, o *direito de acesso* o *direito de reconhecimento* os *atos de cooperação* e as *medidas de assistência*. O *direito de acesso* permite que interessados estrangeiros (credores ou representantes de processos estrangeiros) *acessem* autoridades judiciárias de Estados para solicitar assistência e apoio à prática de algumas medidas relativas aos processos de insolvência. O *direito de reconhecimento*, de outro modo, permite que alguns processos estrangeiros sejam considerados processos legítimos no âmbito interno dos países, sem necessidade de procedimentos formais de internalização ou tramites diplomáticos burocráticos. Por meio dos *atos de cooperação* as autoridades (judiciais ou administrativas) de Estados distintos podem trocar informações, compartilhar dados, receber documentos e praticar quaisquer outras *medidas de assistência* necessária a efetivação de decisões judiciais relativas aos processos de insolvência.¹⁴³

140 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation UNITED NATIONS, New York, 2014. O referido documento pode ser acessado no seguinte endereço. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

141 Principalmente pela inclusão dos artigos 167-A a 167-Y na Lei n. 11.101/2005 (LREF).

142 FEIBELMAN, Adam; MISRA, Priya. The Institutional Challenges of a Cross-Border Insolvency Regime. **Arizona St. Univ. Commercial and Business Law Journal**, 2021.

143 Com as recentes alterações muitos desses elementos da Lei Uniforme foram incorporados na legislação brasileira, sobretudo nos artigos 167-A a 167-Y da LREF, que compõem o Capítulo VI-A (Da Insolvência Transnacional).

Observe-se que a UNCITRAL emprega seus esforços para criar normas-modelo que, apesar das especificidades socioeconômicas dos países, sejam capazes de atender às necessidades regulatórias mínimas dos mercados globais. Como a UNCITRAL sabe que as normas-modelo podem ser incompatíveis com as particularidades processuais de cada país (cujas normas tenham sido criadas especialmente para as necessidades locais),¹⁴⁴ em vez de estabelecer um conjunto de normas que seriam aplicáveis em escala global, propõe a criação de regras capazes de assegurar a cooperação e a prática de atos processuais condenados entre órgãos jurisdicionais de países distintos,¹⁴⁵ sem comprometer as respectivas feições legislativas internas.¹⁴⁶

Foi isso que aconteceu com a reforma brasileira. Os dispositivos que tratam da insolvência transnacional, embora façam parte da legislação interna e só possam ser aplicados em situações específicas, alinham-se aos padrões normativos internacionais.¹⁴⁷

4.1 LIMITES DE APLICAÇÃO

Quanto aos limites de aplicação, em primeiro lugar, a Lei n. 11.101/2005, no art. 167-A, §3.º, assinala que as suas disposições não podem contrariar obrigações assumidas em tratados ou convenções internacionais vigentes no Brasil¹⁴⁸. Logo, as disposições da Lei n. 11.101/2005 acerca da insolvência transnacional só são aplicáveis se não houver regras distintas em tratados ou convenções internacionais.

144 DEWI, Putu Eka Trisna. The Cross-Border Insolvency in the Execution of Bankrupt Assets Outside Indonesian Jurisdiction: A Comparative Study with Malaysia, Singapore, and the Philippines. *IKAT: The Indonesian Journal of Southeast Asian Studies*, v. 5, n. 1, p. 47-59, 2021.

145 KATTADIYIL, B. J.; ISLAMOV, B. A. A COMPARATIVE STUDY ON CORPORATE INSOLVENCY ECONOMIC REFORMS IN INDIA AND OTHER COUNTRIES. *Economics and Innovative Technologies*, v. 2021, n. 4, p. 4, 2021.

146 QC, Hon Paul Heath; KAWALEY, Hon Justice Ian. Cross-border corporate restructurings, judicial assistance and judge-made law: New Zealand and Cayman Island experiences. In: **Research Handbook on Corporate Restructuring**. Edward Elgar Publishing, 2021.

147 Como será demonstrado, existem limites precisos para a aplicação das regras da LREF sobre a insolvência transnacional.

148 No mesmo sentido, o Projeto do Novo Código Comercial (PNCC) também prevê que as disposições constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte devem prevalecer, em caso de conflito, sobre as do Código referentes à cooperação judiciária internacional. Artigo 27, §1.º, do Projeto do Novo Código Comercial – PNCC.

4.2 INAPLICABILIDADE CONCRETA E PRINCÍPIOS

Além disso, a própria Lei n. 11.101/2005, no art. 167-A, § 4.º, estabelece que, à vista das particularidades do suporte fático,¹⁴⁹ o juiz competente para conhecer, processar e julgar as demandas de insolvência transnacional poderá, excepcionalmente, deixar de aplicar as regras sobre os processos de insolvência transnacional, sempre que apurar, fundamentadamente, que a incidência da norma, em tese, poderia configurar manifesta ofensa à ordem pública.¹⁵⁰ A inaplicabilidade concreta de alguma norma também será justificável na hipótese de manifesta afronta a algum dos princípios diretivos.

No âmbito da falência,¹⁵¹ entre outros, podem ser citados o princípio da celeridade da liquidação dos ativos; o princípio da realocação eficiente de recursos na economia; o princípio do incentivo e fomento ao empreendedor insolvente; o princípio do retorno célere do falido ao mercado etc. Na *recuperação judicial*, por sua vez, destacam-se o princípio da preservação da empresa; o princípio da promoção da função socioeconômica da empresa;¹⁵² o princípio do estímulo à atividade econômica dos devedores empresários em crise;¹⁵³ o princípio da superação da crise econômico-financeira do devedor; o princípio da manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores etc.¹⁵⁴

4.3 HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE INCIDÊNCIA DAS NOVAS DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

Não obstante as restrições mencionadas, é importante afirmar que as novas regras sobre insolvência transnacional¹⁵⁵ **não se aplicam indiscriminadamente a todos processos de insolvência**¹⁵⁶ previstos na

149 DAWSON, Andrew B. The problem of local methods in cross-border insolvencies. *Berkeley Bus. LJ*, v. 12, p. 45, 2015.

150 LREF: Art. 167-A, §4.

151 BARTELD, Leah. Cross-border bankruptcy and the cooperative solution. *Int'l L. & Mgmt. Rev.*, v. 9, p. 27, 2012.

152 NEWMAN, Carol et al. Corporate social responsibility in a competitive business environment. *The Journal of Development Studies*, v. 56, n. 8, p. 1455-1472, 2020.

153 ISABIRYE, Joel. IMPACT OF ECONOMIC CRISES ON FIRMS: A LITERATURE REVIEW. *Annals of Spiru Haret University. Economic Series*, v. 21, n. 3, 2021.

154 Os princípios mencionados decorrem, direta ou indiretamente, de dispositivos da LREF Confira, por exemplo, os artigos 47, 50 e 75 da LREF.

155 Contidas nos artigos 167-A a 167-E, do Capítulo VI-A, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF)).

156 Utilizo essa expressão “processo de insolvência”, num sentido amplo, como gênero no qual se inserem todas as espécies de processos que se destinam à superação de crises, reestruturação ou liquidação de entidades, instituições e agentes econômicos. Nesse

legislação brasileira. Aliás, nem mesmo os processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência, denominados genericamente de processos de insolvência¹⁵⁷ da LREF se submetem integralmente às disposições dos Capítulo VI-A da LREF.

O legislador estabeleceu hipóteses restritas para incidência das novas regras. O dispositivo-chave para abordar essa questão é o art. 167-C, que elenca as hipóteses de aplicação dos dispositivos do Capítulo VI-A da Lei n. 11.101/2005 (Da Insolvência Transnacional).

Segundo o citado artigo as disposições contidas no Capítulo da Insolvência Transnacional aplicam-se apenas nas seguintes situações: i) no caso de solicitação de assistência ao Brasil, em favor de um processo de insolvência estrangeiro; ii) na hipótese de solicitação de assistência a Estado estrangeiro, em favor de processo judicial brasileiro; iii) quando houver tramitação simultânea de processo estrangeiro e processo brasileiro, relativos ao mesmo devedor; e iv) quando houver estrangeiros interessados na instauração ou tramitação de processos brasileiros.

Vejamos mais detalhadamente cada uma dessas situações.

sentido, consideram-se “processo de insolvência”, por exemplo, falência, a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial, o Regime de Administração Especial Temporária (RAET) das instituições financeiras, instituído pelo Banco Central do Brasil (BCB), os procedimentos intervenção e liquidação extrajudicial das seguradoras, dos planos de saúde, das entidades abertas de previdência complementar, implementados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), respectivamente.

¹⁵⁷ Sempre que me refiro aos processos de insolvência da LREF, entenda-se que trato dos processos de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. A expressão insolvência, nesse contexto, tem um sentido amplo, para abranger, por exemplo, as seguintes hipóteses: i) de insuficiência de recursos para pagamento do passivo (insolvência econômica ou insolvência propriamente dita), com impossibilidade de recuperação. Caso em que será necessária a decretação da falência para liquidação do ativo e realocação de bens no mercado (art. 75 da LREF); ii) de insolvência presumida (ou jurídica) pela prática de ato de falência ou conduta que implique a decretação da falência (art. 94, I a III); iii) de insolvência presumida do devedor cujo processo estrangeiro principal tenha sido reconhecido no Brasil e da possibilidade de decretação da falência do devedor cujo processo estrangeiro principal tenha sido reconhecido no Brasil (167-U, da LREF); iv) de situação de crise econômico-financeira do devedor, que autoriza a recuperação judicial, justamente para viabilizar a superação dessa crise (art. 47, caput, da LREF); v) de crise de insolvência, caracterizada pela insuficiência de recursos financeiros ou patrimoniais com liquidez suficiente para saldar suas dívidas, que autoriza a recuperação judicial do produtor rural pessoa jurídica (art. 51, §6.º, I, da LREF).

4.3.1 Solicitação de assistência no Brasil a favor de um processo estrangeiro

Em primeiro lugar, as regras da LREF sobre insolvência transnacional devem ser aplicadas na hipótese em que a autoridade estrangeira ou o representante estrangeiro solicitar assistência no Brasil para favorecer os interesses discutidos em processo estrangeiro. Nesse caso, a autoridade brasileira é quem deverá prestar assistência para um processos estrangeiro.¹⁵⁸

4.3.2 Solicitação de assistência a outro país em favor de processo judicial submetido à LREF e que tramita no Brasil

Em segundo lugar, as normas específicas da LREF acerca da insolvência transnacional serão aplicadas quando houver pedido de assistência para um país estrangeiro, relacionada um processo que tramita no Brasil, submetido às regras gerais da LREF (processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência). Nesse caso, a autoridade brasileira pedirá assistência a uma autoridade estrangeira para atender à necessidade de processo que tramita no Brasil.¹⁵⁹ Note-se que a hipótese se refere apenas aos processos de insolvência regulados pela LREF, não alcançando outros procedimentos regulados em lei específica, ainda que, eventualmente, possam contar o apoio de mecanismos próprios de cooperação internacional.¹⁶⁰

4.3.3 Tramitação simultânea de processo estrangeiro e processo brasileiro relativos ao mesmo devedor

Em terceiro lugar, serão aplicadas as disposições específicas sobre insolvência transnacional previstas na LREF quando houver tramitação simultânea de um processo estrangeiro e de um processo brasileiro (que tramita no Brasil, segundo as regras gerais da LREF sobre recuperação judicial, extrajudicial e falência), relativos ao mesmo devedor. Nessa hipótese, em síntese, há um processo brasileiro um processo estrangeiro relativos ao mesmo devedor, tramitando simultaneamente.¹⁶¹ Assim como mencionado acima, a dispositivo só refere-se aos processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência, regulados na LREF, e não se estende a outros procedimentos específicos de naturezas semelhantes.

158 LREF: Art. 167-C, inciso I.

159 LREF: Art. 167-C, inciso II.

160 E.g. O Banco Central mantém permanente cooperação técnica internacional com instituições financeiras e entidades governamentais de todo o mundo, sobretudo no âmbito do FMI, G-20, OCDE, BIS, FSB e Brics. Confira: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/governancafinanceiraglobal>.

161 LREF: Art. 167-C, inciso III.

4.3.4 Existência de estrangeiros interessados na instauração ou tramitação de processos brasileiros regulados pela LREF

Por fim, serão aplicadas as disposições da LREF sobre insolvência transnacional quando os credores (ou demais interessados) de outro país quiserem instaurar ou participar de processo de insolvência no Brasil regido pelas regras gerais da LREF (regras sobre recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência). Nesse caso, portanto, credores ou interessados estrangeiros querem propor demanda no Brasil ou ingressar em demanda já proposta.¹⁶²

Como se vê, o art. art. 167-C da LREF indica precisamente quais os casos em que devem ser aplicadas as normas do Capítulo VI-A (artigos 167-A a 167-Y). Tendo em vista as orientações estabelecidas no dispositivo, bem como o contexto no qual se inserem, é correto entender que não é possível aplicar as regras em outras situações.

Portanto, salvo autorização normativa em sentido diverso, as regras definidas nos artigos 167-A a 167-Y da LREF só se aplicam nos casos referidos no art. 167-C da LREF.

O entendimento não deve ser o mesmo com relação às medidas de assistência. O legislador elencou algumas medidas de assistência que podem ser efetivadas, até mesmo de ofício, no âmbito dos processos estrangeiros de insolvência transnacional. Apesar de haver algumas alusões expressas¹⁶³ nada impede que sejam aplicadas outras medidas, ainda que não mencionadas

162 LREF: Art. 167-C, inciso IV.

163 E.g. Art. 167-N. Com a decisão de reconhecimento do processo estrangeiro, tanto principal como não principal, o juiz poderá determinar, a pedido do representante estrangeiro e desde que necessárias para a proteção dos bens do devedor e no interesse dos credores, entre outras, as seguintes medidas; I - a ineficácia de transferência, de oneração ou de qualquer forma de disposição de bens do ativo não circulante do devedor realizadas sem prévia autorização judicial, caso não tenham decorrido automaticamente do reconhecimento previsto no art. 167-M desta Lei; II - a oitiva de testemunhas, a colheita de provas ou o fornecimento de informações relativas a bens, a direitos, a obrigações, à responsabilidade e à atividade do devedor; III - a autorização do representante estrangeiro ou de outra pessoa para administrar e/ou realizar o ativo do devedor, no todo ou em parte, localizado no Brasil; IV - a conversão, em definitiva, de qualquer medida de assistência provisória concedida anteriormente; V - a concessão de qualquer outra medida que seja necessária.

na LREF.¹⁶⁴ A natureza meramente exemplificativa do rol de medidas é expressamente reconhecida no art. 167, §2.º, da LREF.¹⁶⁵

5 AS DIRETRIZES DA REDE DE INSOLVÊNCIA JUDICIAL (RIJ) PARA O APRIMORAMENTO DOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

No que concerne à cooperação internacional, é fundamental lembrar também da Rede de Insolvência Judicial (RIJ) - *Judicial Insolvency Network (JIN)*,¹⁶⁶ entidade internacional formada por tribunais de todo o mundo, com vistas ao aprimoramento dos sistemas de insolvência.

Em 2016, na sua primeira conferência, a Rede de Insolvência Judicial (RIJ)¹⁶⁷ publicou as Diretrizes para Comunicação e Cooperação entre Tribunais em Matérias de Insolvência Transfronteiriça, chamadas de *Diretrizes JIN* ou *Diretrizes RIJ*. As *Diretrizes JIN* estabelecem certos princípios seguidos por diversos tribunais do planeta, para orientar a cooperação e a comunicação direta entre juízos de insolvência. As recomendações buscam assegurar a preservação das empresas, contribuir para a alocação eficiente de ativos, reduzir os custos operacionais dos procedimentos e mitigar os efeitos colaterais das crises empresariais.¹⁶⁸ Por ocasião da segunda conferência do Judicial Insolvency Network (JIN), ocorrida em 2018, foram apresentadas as *Modalidades de Comunicação Tribunal a Tribunal*, denominadas simplesmente de *Modalidades do JIN*.

As *Modalidades do JIN* consistem em orientações pragmáticas para facilitar a efetivação das comunicações entre esses magistrados de todo o mundo. São referências sobre aspectos procedimentais, como tempo,

164 E.g. Art. 167-O. Ao conceder ou denegar uma das medidas previstas nos arts. 167-L e 167-N desta Lei, bem como ao modificá-las ou revogá-las nos termos do § 2.º deste artigo, o juiz deverá certificar-se de que o interesse dos credores, do devedor e de terceiros interessados será adequadamente protegido. 1.º O juiz poderá condicionar a concessão das medidas previstas nos arts. 167-L e 167-N desta Lei ao atendimento de condições que considerar apropriadas. § 2.º A pedido de qualquer interessado, do representante estrangeiro ou de ofício, o juiz poderá modificar ou revogar, a qualquer momento, medidas concedidas com fundamento nos arts. 167-L e 167-N desta Lei.

165 Art. 167-A, § 2.º: As medidas de assistência aos processos estrangeiros mencionadas neste Capítulo formam um rol meramente exemplificativo, de modo que outras medidas, ainda que previstas em leis distintas, solicitadas pelo representante estrangeiro, pela autoridade estrangeira ou pelo juízo brasileiro poderão ser deferidas pelo juiz competente ou promovidas diretamente pelo administrador judicial, com imediata comunicação nos autos.

166 Confira: <http://jin-global.org/>.

167 LEE, Emily; IP, Eric C. Judicial diplomacy in the Asia-Pacific: theory and evidence from the Singapore-initiated transnational judicial insolvency network. *Journal of Corporate Law Studies*, v. 20, n. 2, p. 389-420, 2020.

168 Acesse: <http://jin-global.org/jin-guidelines.html>.

métodos e idiomas, aplicáveis às comunicações entre juízos que atuam em processos de insolvência em países distintos.

Recomenda-se inclusive que as comunicações entre juízos de países distintos sejam feitas com o apoio de um facilitador, que possa figurar como intermediário no envio e recebimento de dados, informações e documentos. Também se aconselha que os órgãos jurisdicionais dos países estabeleçam normas adequadas sobre a comunicação transnacional e adotem boas práticas, de acordo com os parâmetros internacionais.

As recentes diretrizes normativas brasileiras caminham nesse sentido, como veremos a seguir.

6 COOPERAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO DIRETA COM JUÍZOS ESTRANGEIROS DE INSOLVÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE INSOLVÊNCIAS TRANSNACIONAIS

Como dito, as regras brasileiras que orientam os atos de cooperação e a comunicação entre juízos de insolvência transnacional estão alinhadas às diretrizes das entidades internacionais mencionadas acima.

No que concerte à cooperação e comunicação transnacional, destacam-se três dispositivos incluídos pela reforma da LREF.

O primeiro é o art. 167-A, I, segundo o qual o objetivo da nova disciplina jurídica é proporcionar mecanismos efetivos de cooperação entre juízes e outras autoridades competentes, do Brasil e de outros países, em casos relacionados à insolvência transnacional. O segundo é o art. 167-P (caput e § 1.º) da LREF, que autoriza a prática de atos de cooperação por meio de comunicação direta entre o juízo brasileiro (pelo juiz ou administrador judicial) e interessados estrangeiros (autoridades estrangeiras ou representantes de processos estrangeiros), sem necessidade de expedição de cartas rogatórias, de procedimento formais de auxílio direto ou de solenidades diplomáticas. O terceiro é o art. 167-S da LREF, que também recomenda a cooperação e a coordenação de processos de insolvência concorrentes, que tramitam simultaneamente no Brasil e em outro país. Os processos concorrentes estão disciplinados nos artigos 167-R e seguintes da LREF. São as hipóteses na quais existem tramitações simultâneas de processos estrangeiros e brasileiros relativos ao mesmo devedor.

6.1 LEGITIMADOS E MEIOS

Observe-se que, no âmbito dos processos de insolvência transnacional, a cooperação brasileira a favor da autoridade estrangeira ou do representante do processo estrangeiro será concretizada diretamente pelo juiz ou por meio do administrador judicial, conforme previsto no art. 167-P da LREF. Essas comunicações, seja para solicitar ou prestar assistência ou informações,

independência da **expedição de cartas rogatórias, de procedimento de auxílio direto ou de outras formalidades com natureza semelhante**.¹⁶⁹

A dispensa dessas formalidades, principalmente da expedição de carta rogatória, se coaduna com a celeridade exigida nos processos de insolvência. Observe-se que o juiz e o administrador judicial¹⁷⁰ devem sempre ter em vista que, em sentido amplo, a cooperação se destina ao cumprimento dos objetivos da nova disciplina da insolvência transnacional.¹⁷¹

A propósito das medidas, o art. 167-Q estabelece que a **cooperação** do juízo brasileiro com autoridades ou representantes estrangeiros **poderá ser implementada por quaisquer meios**, inclusive: i) pela nomeação de **uma pessoa, natural ou jurídica**, para agir sob a supervisão do juízo brasileiro; ii) pela prestação de **informações por quaisquer meios** de comunicação reputados apropriados pelo juízo brasileiro; iii) **pela administração e supervisão coordenadas dos bens e das atividades** do devedor; iv) por meio de aprovação ou implementação, pelo juízo brasileiro, de **acordos ou de protocolos de cooperação** acerca da coordenação dos processos judiciais; v) pela **coordenação de processos concorrentes** relativos ao mesmo devedor.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela portaria n. 199/2020, instituiu um Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência.

Foram feitas significativas contribuições para o aprimoramento da atuação do Poder Judiciário no âmbito dos processos de insolvência.¹⁷² Entre elas, a Resolução CNJ n. 394/2021, que instituiu regras de cooperação e de comunicação direta entre juízos brasileiros e estrangeiros, relativas ao processamento e julgamento de demandas de insolvência transnacional.¹⁷³

169 LREF: Art. 167-P, §1.º.

170 LREF: Art. 167-P, §2.º: O administrador judicial, no exercício de suas funções e sob a supervisão do juiz, deverá cooperar, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A desta Lei. LREF: Art. 167-P, §3.º: O administrador judicial, no exercício de suas funções, poderá comunicar-se com as autoridades estrangeiras ou com os representantes estrangeiros.

171 Os objetivos legislativos estão referidos principalmente no Art. 167-A da LREF. 172 Para ilustrar as medidas mais recentes, cite-se a Recomendação CNJ n. 109, de 05 de outubro de 2021, que recomendou a adoção de um modelo padrão para a comunicação da distribuição de demandas em face do devedor em recuperação judicial. Na mesma data foi publicada a Recomendação CNJ n. 110, que estabeleceu diretrizes para a padronização dos procedimentos relativos às Assembleias Gerais de Credores, na forma virtual e híbrida, bem como para a coleta antecipada de votos eletrônicos.

173 No âmbito nacional, a Resolução CNJ n. 350/2020, já tinha assentado algumas diretrizes e procedimentos para a cooperação judiciária entre órgãos do Poder Judiciário e outras instituições. O Conselho Nacional de Justiça também expediu a

Entre outras considerações, o CNJ ponderou que o guia de cooperação e comunicação direta entre juízos de insolvência editado pela Judicial Insolvency Network (JIN) é utilizado como referência em inúmeros tribunais do mundo, além de ter sido elaborado com base nas melhores práticas internacionais. Acrescentou, ainda, que a utilização de regras uniformes para cooperação e comunicação direta entre juízos de insolvência aumentará a segurança jurídica e a eficiência dos instrumentos de insolvência transnacional.

Com base nessas e em outras premissas, conforme destacado no art. 2.º da Resolução CNJ n. 394/2021, os juízos com competência para atuar nos processos de insolvência transnacional deverão desenvolver as medidas de cooperação e comunicação direta com vistas ao gerenciamento mais eficiente dos processos concorrentes;¹⁷⁴ ao compartilhamento menos oneroso de informações entre os juízos; à diminuir da litigância entre os sujeitos que participam dos processos concorrentes; e ao cumprimento dos objetivos propostos pela nova disciplina jurídica.¹⁷⁵

Sobre esta última questão, anote-se que a disciplina jurídica da insolvência transnacional tem o propósito de estabelecer regras mais coerentes com os parâmetros internacionais; definir procedimentos de insolvência mais ajustados à realidade do mercado globalizado; prestigiar o princípio da boa-fé; facilitar a cooperação entre autoridades brasileiras e estrangeiras nos casos de insolvência transnacional;¹⁷⁶ aumentar a segurança jurídica dos agentes econômicos e investidores; promover uma administração mais eficiente, justa e equilibrada dos processos de insolvência transnacional, com proteção de todos os interessados;¹⁷⁷ proteger e maximizar os valores dos ativos dos devedores empresários em crise; além de favorecer o desenvolvimento adequado dos processos de recuperação empresarial.

No que se refere especificamente aos procedimentos de recuperação judicial, a nova disciplina busca ampliar os meios para a superação da crise econômico-financeira do devedor, com a aplicação de instrumentos mais eficientes. Com isso, contribui, por exemplo, para a preservação das atividades, a manutenção das fontes produtivas, a geração de empregos, a distribuição de renda etc. Ademais, mesmo nos casos de inviabilidade

Recomendação n. 104, de 23 de agosto de 2021, com vistas a maximizar a eficiência das comunicações de atos processuais. Para esses fins, a citada norma recomenda que todos os tribunais celebrem acordos de cooperação com os Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Procuradorias, Seccionais da OAB e Polícias que se situem na área territorial de suas competências.

174 De acordo com as diretrizes estabelecidas nos artigos 167-R a 167-Y da LREF.

175 Segundo o disposto no art. 167-A da LREF.

176 Vale dizer, a cooperação entre juízes (ou outras autoridades brasileiras) e autoridades de outros países envolvidas em processos de insolvência transnacional.

177 Inclusive dos devedores e credores.

da recuperação empresarial, as novas regras devem contribuir para que a liquidação dos ativos dos devedores empresários falidos ocorra da maneira mais eficiente e célere possível, com vistas ao melhor aproveitamento de recursos produtivos do devedor insolvente.¹⁷⁸

Cumpra mencionar também que, nos termos do art. 3.º da Resolução CNJ n. 394/2021, os atos de cooperação e comunicação direta poderão dizer respeito: i) à comunicação e coordenação para a eficiente e justa administração dos processos de insolvência em ambas as jurisdições; ii) à comunicação e coordenação para o eficiente e tempestivo reconhecimento de processos de insolvência perante as Cortes e de medidas relativas a isso; iii) à comunicação e assistência para aperfeiçoar a compreensão mútua acerca dos processos de insolvência; e iv) a outras medidas necessárias para a comunicação e coordenação em processos de insolvência transnacional.

Finalmente, o art. 4.º da Resolução CNJ n. 394/2021 reafirma que a cooperação e a comunicação direta do juízo brasileiro com o juízo estrangeiro, nos termos dos artigos 167-P e 167-Q da LREF deverão ser reguladas pelas regras estabelecidas em protocolo de insolvência (insolvency protocol) firmado por ambos os juízos, conforme as normas de boas práticas estabelecidas pelo Judicial Insolvency Network (JIN).¹⁷⁹

Os aperfeiçoamentos dos procedimentos relativos à insolvência transnacional fazem parte da conjugação de esforços do Conselho Nacional de Justiça para atender aos parâmetros da Estratégia Nacional do Poder Judiciário (2021-2026),¹⁸⁰ concebida de acordo com a Missão, a Visão e os Atributos de Valor do Poder Judiciário.¹⁸¹

178 Art. 75 e Art. 167-A. Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

179 Art. 6.º Os juízos poderão realizar audiências de instrução conjuntas, se entenderem cabível e pertinente para a consecução dos objetivos de cooperação, de acordo com as regras definidas no protocolo de insolvência e com observação das diretrizes contidas no guia de cooperação e comunicação direta entre juízos de insolvência do Judicial Insolvency Network (JIN).

180 A Resolução CNJ n. 325, de 39 de agosto de 2020, dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências.

181 Observe: i) sua Missão é pacificar com justiça.; ii) sua visão é um Poder Judiciário eficiente e ágil na garantia de direitos, na pacificação social e no desenvolvimento do país; e iii) seus atributos de são: acessibilidade; inovação; agilidade; integridade; credibilidade; segurança jurídica; eficiência; sustentabilidade; ética; transparência; imparcialidade; e responsabilização.

7 CONCLUSÃO

Pelo que foi visto pode-se concluir o seguinte:

i) Nos últimos anos o Governo Brasileiro vem desenvolvendo inúmeros projetos para melhorar a competitividade, elevar os investimentos, favorecer a produtividade, reduzir os obstáculos impostos ao empreendedorismo, estimular a inovação, simplificar os mecanismos de regulação das atividades econômicas e, enfim, melhorar o ambiente de negócios.¹⁸² A reforma da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência – LREF) fez parte desse movimento. No que diz respeito à insolvência transnacional, objetivou-se melhorar os canais de comunicação entre autoridades judiciárias,¹⁸³ conferir mais proteção aos interesses dos credores e investidores, aperfeiçoar os mecanismos gerenciais dos procedimentos¹⁸⁴ e, enfim, aprimorar todo o sistema da insolvência transnacional.¹⁸⁵

ii) Observou-se que numa economia acentuadamente globalizada, com progressivo aumento dos relacionamentos empresariais interdependentes, as contribuições das entidades internacionais, como a UNCITRAL e a JIN,¹⁸⁶ são extremamente importantes para o aprimoramento dos marcos regulatórios das atividades empresariais. A competitividade econômica de um país depende, em larga medida, da criação de ambientes comerciais atrativos, capazes de assegurar previsibilidade e segurança jurídica aos investidores. A adoção de normas-modelo e de boas práticas internacionais é uma das maneiras mais eficientes para alcançar esses objetivos. Por isso as reformas da LREF foram largamente implementadas com base na Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional da UNCITRAL.

iii) As novas regras da LREF não se aplicam, indiscriminadamente, a todos os procedimentos de insolvência transnacional. Além da preferência de normas estabelecidas em tratados internacionais e do afastamento no caso concreto pelo juiz, o legislador definiu as hipóteses específicas de aplicabilidade das regras contidas no Capítulo da Insolvência Transnacional:

182 EDDLESTON, Kimberly A.; BANALIEVA, Elitsa R.; VERBEKE, Alain. The bribery paradox in transition economies and the enactment of 'new normal' business environments. *Journal of Management Studies*, v. 57, n. 3, p. 597-625, 2020.

183 Vale dizer, a cooperação entre juízes (ou outras autoridades brasileiras) e autoridades de outros países envolvidas em processos de insolvência transnacional.

184 Inclusive dos devedores e credores.

185 Mesmo nos casos de inviabilidade da recuperação empresarial, as regras da LREF sobre os processos de insolvência transnacional devem concorrer para que a venda dos bens dos devedores empresários em crise ocorra da maneira mais eficiente possível, com vistas a garantir a utilização produtiva dos recursos. A propósito confira o Art. 167-A da LREF.

186 KOKORIN, Ilya; WESSELS, Bob. *Cross-Border Protocols in Insolvencies of Multinational Enterprise Groups*. Edward Elgar Publishing, 2021.

i) no caso de solicitação de assistência ao Brasil, em favor de um processo de insolvência estrangeiro; ii) na hipótese de solicitação de assistência a Estado estrangeiro, em favor de processo judicial brasileiro; iii) quando houver tramitação simultânea de processo estrangeiro e processo brasileiro, relativos ao mesmo devedor; e iv) quando houver estrangeiros interessados na instauração ou tramitação de processos brasileiros.

iv) As orientações da Rede de Insolvência Judicial (RIJ) são observadas por diversos tribunais do mundo e servem para aprimorar a cooperação e a comunicação direta entre juízos de insolvência. As medidas podem contribuir decisivamente para a melhoria do sistema jurídico no que se refere à disciplina dos processos de insolvência transnacional. Atento a isso, o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução n. 394/2021, baseada nas Diretrizes da Rede de Insolvência Judicial (RIJ), para definir regras uniformes de cooperação e comunicação direta entre juízos atuantes em processos de insolvência transnacional. As medidas resultaram dos compromissos que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assumiu de criar políticas¹⁸⁷ judiciárias capazes de promover a efetividade dos direitos, assegurar a integridade dos sistemas de justiça e garantir o cumprimento da missão institucional do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROS, Ana Lúcia Porto de. **O Novo Código Civil comentado**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- BARTELD, Leah. Cross-border bankruptcy and the cooperative solution. *Int'l L. & Mgmt. Rev.*, v. 9, p. 27, 2012.
- BERENDS, Andre J. The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview. *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, v. 6, p. 309, 1998.
- BETTI, Nathanaël; SARENS, Gerrit. Understanding the internal audit function in a digitalised business environment. *Journal of Accounting & Organizational Change*, 2020.
- CHERUNILAM, Francis. *Business environment*. Himalaya Publishing House Pvt. Ltd, 2021.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

187 PEKAUSKAS, Rimvydas. **The Concept of Public Policy Clause and its Application in Cross-Border Insolvency Proceedings: Theoretical and Practical Analysis**. 2021. Tese de Doutorado. Mykolo Romerio universitetas.

- CONTRACTOR, Farok J. et al. How do country regulations and business environment impact foreign direct investment (FDI) inflows?. *International Business Review*, v. 29, n. 2, p. 101640, 2020.
- COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação extrajudicial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- DA ROCHA LIMA, Daniele et al. O PROCESSO DE ABERTURA DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E A DESBUROCRATIZAÇÃO COM A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA REDESIM NO MUNICÍPIO DE ARACAJU. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 6, n. 1, p. 107, 2020.
- DANTAS, Renata Marques Lima. **Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da lei de falências e recuperação de empresas**. *Revista dos Tribunais Nordeste*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2013.
- DAWSON, Andrew B. The problem of local methods in cross-border insolvencies. *Berkeley Bus. LJ*, v. 12, p. 45, 2015.
- DE ASSUMPTÃO ALVES, Alexandre Ferreira; ALMEIDA, Thalita. DIP FINANCING: O FINANCIAMENTO AO EMPRESÁRIO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DAS ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI N. 14.112/2020. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 7, n. 1, p. 62-82, 2021.
- DE SOUZA XAVIER, Élide Cristina et al. **Burocracia e a desburocratização nas organizações públicas: uma revisão sistemática de trabalhos publicados entre 2000 e 2016**.
- DEWI, Putu Eka Trisna. The Cross-Border Insolvency in the Execution of Bankrupt Assets Outside Indonesian Jurisdiction: A Comparative Study with Malaysia, Singapore, and the Philippines. **IKAT: The Indonesian Journal of Southeast Asian Studies**, v. 5, n. 1, p. 47-59, 2021.
- DINIZ, Gustavo Saad. **Direito à recuperação judicial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- EDDLESTON, Kimberly A.; BANALIEVA, Elitsa R.; VERBEKE, Alain. The bribery paradox in transition economies and the enactment of 'new normal' business environments. **Journal of Management Studies**, v. 57, n. 3, p. 597-625, 2020.

- FEIBELMAN, Adam; MISRA, Priya. The Institutional Challenges of a Cross-Border Insolvency Regime. **Arizona St. Univ. Commercial and Business Law Journal**, 2021.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. A falência**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HATALEY, Todd; LEUPRECHT, Christian. **Determinants of cross-border cooperation**. 2018.
- ISABIRYE, Joel. IMPACT OF ECONOMIC CRISES ON FIRMS: A LITERATURE REVIEW. **Annals of Spiru Haret University. Economic Series**, v. 21, n. 3, 2021.
- KATTADIYIL, B. J.; ISLAMOV, B. A. A COMPARATIVE STUDY ON CORPORATE INSOLVENCY ECONOMIC REFORMS IN INDIA AND OTHER COUNTRIES. *Economics and Innovative Technologies*, v. 2021, n. 4, p. 4, 2021.
- KOKORIN, Ilya; WESSELS, Bob. **Cross-Border Protocols in Insolvencies of Multinational Enterprise Groups**. Edward Elgar Publishing, 2021.
- KOVAČ, Polonca. Debureaucratization Limits in Administrative Procedures Codification: Lessons from Slovenia. **Administrative Sciences**, v. 11, n. 1, p. 1, 2021.
- KROPINOVA, Elena. Transnational and cross-border cooperation for sustainable tourism development in the Baltic sea region. **Sustainability**, v. 13, n. 4, p. 2111, 2021.
- LASTRA, Rosa M.; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. Cross-border insolvency: the case of financial conglomerates. **Financial Crisis Management and Bank Resolution**, p. 269-289, 2020.
- LASTRA, Rosa María; LASTRA, Rosa María (Ed.). **Cross-border bank insolvency**. Oxford University Press, 2011.
- LEE, Emily; IP, Eric C. Judicial diplomacy in the Asia-Pacific: theory and evidence from the Singapore-initiated transnational judicial insolvency network. **Journal of Corporate Law Studies**, v. 20, n. 2, p. 389-420, 2020.
- MASON, Rosalind. Cross-border Insolvency and Legal Transnationalisation. **International Insolvency Review**, v. 21, n. 2, p. 105-126, 2012.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Pareceres e Falências**. Sorocaba: Minelli, 2006.
- MENDONÇA, J.X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro v. VII**. São Paulo: Freitas Bastos, 7. Ed., 1960.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXVIII: Direito das Obrigações: Falência. Caracterização**

- da falência e decretação da falência. Efeitos jurídicos da decretação da falência. Decretação de ineficácia relativa de atos do falido. Ação revocatória falencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MUNDIAL, Banco. Doing Business 2020. **Washington, DC: World Bank. DOI**, v. 10, p. 978-1, 2020.
- NEWMAN, Carol et al. Corporate social responsibility in a competitive business environment. **The Journal of Development Studies**, v. 56, n. 8, p. 1455-1472, 2020.
- NUDURUPATI, Sai S.; GARENGO, Patrícia; BITITCI, Umit S. Impact of the changing business environment on performance measurement and management practices. **International Journal of Production Economics**, v. 232, p. 107942, 2021.
- O'DOWD, Liam; ANDERSON, James; WILSON, Thomas M. **New borders for a changing Europe: cross-border cooperation and governance**. Routledge, 2004.
- PEKAUSKAS, Rimvydas. **The Concept of Public Policy Clause and its Application in Cross-Border Insolvency Proceedings: Theoretical and Practical Analysis**. 2021. Tese de Doutorado. Mykolo Romerio universitetas.
- QC, Hon Paul Heath; KAWALEY, Hon Justice Ian. Cross-border corporate restructurings, judicial assistance and judge-made law: New Zealand and Cayman Island experiences. In: **Research Handbook on Corporate Restructuring**. Edward Elgar Publishing, 2021.
- SCOTT, James W. Bordering, border politics and cross-border cooperation in Europe. In: **Neighbourhood policy and the construction of the European external borders**. Springer, Cham, 2015. p. 27-44.
- SILVA, Vinicius Augusto Brunassi; SAITO, Richard. Corporate Financial Distress and Reorganization: A Survey of Theoretical and Empirical Contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 22, p. 401-420, 2020.
- SILVERS, Roger. The effects of cross-border cooperation on disclosure enforcement, earnings attributes, and transparency. **Journal of Accounting and Public Policy**, p. 106875, 2021.
- SINENKO, Vladimir S. et al. Development of legislation on environmental insurance: experience of the European Union and Russia. **Laplage em Revista**, v. 7, n. 3, p. 155-160, 2021.
- SOUSA, Luis De. Understanding European cross-border cooperation: A framework for analysis. **Journal of European Integration**, v. 35, n. 6, p. 669-687, 2013.
- VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. 2. Ed. Sorocaba: Minelli, 2007.

6

OS ASPECTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO PRODUTOR RURAL

*Teresa Cristina da Cunha Peixoto¹⁸⁸
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis¹⁸⁹*

RESUMO: A agropecuária vem se desenvolvendo de tal forma nos últimos 40 anos que se insurgiu como setor estratégico na economia brasileira, destacando-se como modelo de produtividade, pesquisa e expansão. O exponencial crescimento do agronegócio demandou alto investimento dos produtores rurais, inclusive por meio da contratação de empréstimos bancários, visando maximizar a produção e majorar a rentabilidade. Se de um lado o crescimento projetou os produtores rurais, pessoas físicas não empresárias, no mercado, por outro, a larga demanda por investimentos ocasionou o maior endividamento do setor, que urgiu pela sua inclusão na regulamentação da recuperação judicial. A Lei n. 14.112 de 2020 trouxe significativa alteração na redação da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101/05). A submissão do agronegócio, dada a sua importância econômica para o país, à Lei de Recuperação Judicial tem implicado em questionamentos ainda não sedimentados na doutrina e na jurisprudência quanto ao enquadramento do produtor rural após o registro como empresário rural.

Palavras-chave: agronegócio; investimento; cédula de produto rural; recuperação judicial.

1 INTRODUÇÃO

A agropecuária vem se desenvolvendo de tal forma nos últimos 40 anos que se insurgiu como setor estratégico na economia brasileira, destacando-se como modelo de produtividade, pesquisa e expansão, o que levou o Brasil a sair da condição de importador de alimentos para se tornar provedor para o mundo.

O Brasil figura como verdadeiro protagonista tanto na produção quanto na exportação de produtos agrícolas, sendo esse lugar decorrência

188 Desembargadora atuante na 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: tcunhapeixoto@gmail.com.

189 Pós-graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC –MG. Advogada no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: anaclara@machadomendes.com.

lógica da conjugação dos seguintes elementos: tecnologia, disponibilidade dos recursos naturais, eficaz organização das cadeias produtivas pelos produtores rurais e políticas públicas favoráveis.¹⁹⁰

Não resta dúvida de que o Brasil, a partir da consolidação do processo agropecuário, tornou-se um dos maiores *players* no negócio agrícola global, detendo, ainda, 15% das terras agricultáveis ainda não cultivadas, o que certamente garantir-lhe-á o título de “celeiro do mundo”.

Contudo, o gigante do agronegócio precisa superar alguns desafios para permanecer em posição de destaque no mercado interno e externo, dentre os quais sobressaem a necessidade de: (i) melhoria na estruturação da rede de logística, com a criação de novos corredores de exportação; (ii) o estabelecimento de políticas regulatórias e tributárias eficazes; (iii) implementação de medidas para a redução do impacto ambiental, através da promoção do desenvolvimento sustentável, com destaque para a indicação de criação de um programa nacional de manejo integrado de água; (iv) a integração da agricultura familiar aos processos tecnológicos, facultando-lhe, inclusive, o acesso à transferência de tecnologia, (v) gestão da cadeia produtiva, por meio da introdução de sistemas de coordenação e governança; (vi) o desenvolvimento de uma política de concessão de crédito para fomento ao agronegócio.

O escopo do presente trabalho consiste em esmiuçar o desafio inerente ao fomento ao agronegócio, sob duas óticas. A primeira consistente na concessão de linhas de crédito específicas para o setor, com a regulamentação da Cédula de Produto Rural (“CDR”). A segunda concentra-se na garantia ao produtor rural de adesão a sistemática da recuperação judicial, a partir das alterações introduzidas pela Lei n. 14.112, em dezembro de 2020, na Lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/05), que permearam o sistema regulatório afeto ao produtor rural.

E, justamente, a fim de socorrer os anseios do setor que recentemente deu-se a alteração da Lei de Falência e Recuperação Judicial, Lei n. 11.101/05, pela Lei n. 14.112, que sedimentando discussões acerca do tema, não só inseriu o produtor rural como sujeito dos institutos, como

190 Nas últimas cinco décadas, a ciência, a tecnologia e a inovação (CT&I), em conjunto com a disponibilidade de recursos naturais, as importantes políticas públicas, a competência dos agricultores e a organização das cadeias produtivas, tornaram o Brasil um grande protagonista na produção e exportação de produtos agrícolas. Esse desempenho do meio rural contribuir significativamente para o desenvolvimento econômico, social e ambiental do País. Na safra 2016/2017, o País alcançou seu recorde de produção de grãos e forneceu alimentos para o Brasil e para mais de 150 países em todos os continentes. A produção de origem animal e vegetal no meio rural ultrapassa 400 produtos proveniente da agricultura em suas diferentes escalas e tamanho de unidades produtivas. Como principais benefícios dessa condição agrícola, podem-se destacar a geração de empregos e renda e os preços mais acessíveis dos alimentos aos consumidores brasileiros (EMBRAPA, 2018, p. 11).

estabeleceu os critérios para a adesão a plano especial de recuperação judicial.

A adequada compreensão do tema encontra-se afeta à pesquisa pautada na análise do problema, visando principalmente a discutir os aspectos que, a partir da expansão do agronegócio, fizeram com que fosse necessária uma maior regulamentação do setor com destaque para a recente consagração do produtor rural como sujeito do pedido de recuperação judicial.

O trabalho utiliza metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

2 A ORIGEM DO DIREITO AGRÁRIO E SUA CORRELAÇÃO HISTÓRICA COM O DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

O termo *agrário* se origina da junção das expressões do latim *ager*, que significa campo, ou seja, a terra situada fora da área urbana ou da cidade, acrescido do sufixo *-arius*, formador de substantivos na língua portuguesa. Assim, o direito agrário presta-se a regulamentação das relações jurídicas envolvendo o “campo”, isto é, a relação estabelecida e o homem e a terra.

A despeito de existir certa divergência doutrinária¹⁹¹, acompanha-se o entendimento majoritário, de que a origem do direito agrário perpassa pelo próprio surgimento da agricultura, remontando as leis agrárias da Antiguidade, que, apesar de rudimentares, trouxeram critérios para a distribuição da terra, seu uso e proveito e regras sobre os meios de produzir para subsistência e sobrevivência alimentar do homem.

As primeiras e tênues linhas do direito agrário sagraram-se a partir do Código de Hamurabi, que trouxe aproximados 65 temas específicos de conteúdo agrarista. O direito grego, por sua vez, responsabilizou-se por trazer um viés teórico para o direito agrário, dando-lhe contornos econômicos diretamente afetos à exploração da terra mediante contrapartida financeira – *cânon* ou alugue.

Já o direito romano revestiu o direito agrário de uma orientação mais prática, conferindo-lhe prerrogativas de direito privado, na medida em que

191 A doutrina minoritária firmou o entendimento de que o direito agrário decorre da modernidade, sendo inaugurado pelo Estatuto da Terra, a partir da Segunda lição dos professores Albenir Querubini e Francisco Torma certos autores, “equivocadamente, costumam apontar como origem do Direito Agrário as leis agrárias da Antiguidade, as quais dispunham sobre uso das terras, agricultura, cultivos e pecuária, a exemplo do Código de Hamurabi, Leis Hebraicas, Leis de Licurgo na Grécia., *De Lege Agraria* na Roma antiga, dentre outras. O mesmo equívoco também ocorre em referência ao Direito luso-brasileiro, alguns autores aponta a Lei de Sesmarias de 1375 ou a Lei de Terras (Lei n.º 601, de 10 de setembro de 1850) como marcos de surgimento do Direito Agrário brasileiro.” (TORMA, Francisco; QUERUBINI, Albenir. **O Direito Agrário levado a sério – episódio 8. O Direito Agrário e sua origem** www.direitoagrario.com, 2020, acesso em 14 de março de 2021).

a propriedade que recaía sobre a coisa (*res*) foi destinada ao cidadão – *ius proprium civium romanorum*. A terra submetia-se, em um primeiro momento, ao poder familiar sobrepondo-se a propriedade familiar àquela comunitária, cuja evolução consagrou a consolidação da propriedade predominantemente individual.

O início da era Moderna teve como referência o Código de Napoleão que, fruto da Revolução Francesa, trouxe uma noção liberal de direito de propriedade (tutela da esfera patrimonial dos sujeitos), esta considerada um fato econômico de utilização exclusiva da coisa. A propriedade passa a figurar como base da economia, ocupando lugar de destaque na organização da sociedade, fazendo como que a ordem social gravitasse sobre ela, sobressaindo-se como instituto central do direito privado. O bem comum passa a ser alcançado a partir da junção dos bens individuais.

O Código Napoleônico teve forte influência na Lei de Terras do Brasil, em 1850, quando a estrutura fundiária estabelecida no país precisava de uma regulação capaz de tutelar as transferências de terra do Estado para particulares, trazendo o mecanismo da compra e venda para pôr fim às doações.

Faz-se uma pequena digressão para explicar que, em um primeiro momento o Brasil funcionou como uma verdadeira “fazenda do Rei”, ficando as terras brasileiras submetidas ao domínio real português, enquanto colônia de Portugal, sendo-lhes o título atribuído pela posse histórica, embasada no fato da conquista da terra pelo seu descobrimento.

Arnaldo Rizzardo bem sintetiza a questão afeta à distribuição das terras nos primórdios do Brasil Colônia:

A origem da formação territorial do Brasil remonta o direito de conquista, inspirado no Tratado de Tordesilhas, denominado “Capitulacion de La Repartición del Mar Oceano”. Foi assinado em 7.6.1494 por Dom João, rei de Portugal, e Dom Fernando e Dona Izabel, reis da Espanha e Castela. Por esse tratado, foi o mundo dividido por uma linha imaginária que corria do polo Ártico ao polo Antártico, atribuindo a Portugal o domínio sobre as 370 milhas situadas ao oeste das ilhas de Cabo Verde. Além desse limite, as terras pertenceriam à Espanha. [...]

Os portugueses chegaram ao Brasil com o objetivo básico de negociar seus produtos e explorar a matéria-prima aqui existente, ampliando seu comércio com países europeus. Passaram mais ou menos trintas anos sem intensificarem suas relações com a terra descoberta. A primeira forma de colonização no Brasil iniciou em 1951 e consistiu na distribuição das terras descobertas para fins de colonização, objetivando a defesa do território contra invasões estrangeiras. Entregavam-se grandes quantidades de terra a pessoas com poder e capacidade de cultivá-las. Denominavam-se as terras entregues sesmarias, impondo-se determinadas obrigações aos contemplados ou sesmeiros, como as

seguintes: colonizar a terra, ter nela sua morada habitual e cultura permanente, demarcar os limites, pagar os tributos. Caso verificado o descumprimento, caíam os sesmeiros em comisso, e as terras voltavam ao patrimônio da Coroa, que as redistribuía. [...]

Seguiu o regime de sesmarias até 1822, momento em que restou extinto pela Carta Régia de 17 de julho. A partir de então, não havia lei disciplinando a aquisição de terras (nem a Constituição de 1824 trouxe a regulamentação a respeito). Ao rei cabia fazer distribuições, obviamente de acordo com seus interesses. Foi um período anárquico, em que permaneceram titulares de grandes extensões os que haviam recebido as sesmarias, embora sem o cumprimento das condições que lhe eram impostas. Deu-se o fenômeno das ocupações sem nenhum título, ao mesmo tempo que o governo ficou sendo titular das terras não ocupadas, e simplesmente abandonadas ou devolvidas pelos sesmeiros (RIZZARDO, 2021, p. 10-11).

Retoma-se o histórico, para consignar que a primeira Lei de Terras do Brasil, com forte influência do Código Napoleônico, foi introduzida em 18.9.1950, Lei n. 601, justamente para inibir a anarquia imposta pelo regime de favores impostos pelas sesmarias, passando-se a estabelecer que as terras devolutas poderiam ser adquiridas por meio de compra com pagamento em dinheiro. Abriu-se, então, a possibilidade de serem outorgados títulos de domínio aos detentores de sesmarias não confirmadas e aos que viviam na terra, com posse mansa e pacífica, mediante a legitimação da posse. Esse o marco temporal para o surgimento dos latifúndios no Brasil.

A regularização da titularidade veio com a introdução de um regime de registro de terras – paroquial ou do vigário, regulamentado pelo Dec. n. 1.318, de 30.1.1854.

O regime jurídico precariamente estabelecido teve nova alteração com a entrada em vigor da Constituição de 1891, quando, então, as terras, em cujos limites se encontravam, foram transferidas para os Estados, permanecendo com a União unicamente àquelas destinadas à defesa das fronteiras, das fortificações, das construções militares e das estradas de ferro, além dos terrenos de marinha.

Apenas a partir das constituições que sucederam aquela de 1891, que o direito agrário começou a ganhar os contornos que atualmente o definem, sendo introduzidas regras básicas com a Constituição de 1934, que, por sua vez, instituiu a usucapião *pro labore*.

A ordem constitucional de 1946 foi responsável por significativos avanços, tendentes à institucionalização do nascente ramo jurídico, sobretudo com a criação de organismos próprios visando à sua implantação, como o Instituto Nacional de Imigração e Colonização (INIC), que teve seu nascedouro na Lei n. 2.163/54 e originou o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Além disso, trouxe a previsão da

desapropriação por interesse social, instituto este que seria, posteriormente adaptado para atender aos fins da reforma agrária.

A Emenda Constitucional n. 10, de 09.11.1964, conferiu autonomia legislativa ao direito agrário, quando fixou a competência da União para legislar sobre a matéria, disposição esta que permanece vigente no art. 22, I, da Constituição de 1988.

Tem-se, então, que, o direito agrário, como ramo da ciência jurídica, dotado de autonomia legislativa, didática e científica, remonta a modernidade, tendo ocorrido a sua consolidação, a partir da promulgação do Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/64, que passou a tratar das questões da propriedade de imóveis e do trabalho rural, com o objetivo de evitar o apossamento de qualquer área, sem a devida regulamentação.

A atual base constitucional do direito agrário encontra-se sedimentada nos artigos 5.º, incisos XXII, XXIII e XXIV, que tratam da propriedade, sua função social e da desapropriação; 153, inciso VI e § 4.º, que traz a competência para a instituição do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR), excetuando a sua incidência sobre as pequenas glebas rurais e promovendo o desestímulo às propriedades improdutivas; e estabelece as diretrizes para a Política Agrícola e Fundiária, indicando os princípios fundamentais da Reforma Agrária, nos artigos 184 a 191.

Em apertada síntese, possível assentar a legislação agrária sobre três pilares: a função social da propriedade, a justiça social e prevalência do interesse público.

Assim, a construção das bases do direito agrário levou em consideração a forte proteção do Estado à atividade rural, sendo importante registrar que a consolidação desse ramo do direito imprescinde da sua interface com os demais ramos do direito público e privado.

3 O DIREITO AGRÁRIO E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

A legislação agrária brasileira encontra-se sedimentada em um microssistema formado por um conjunto de normas esparsas que regulamentam de maneira específica a matéria e, que, também, compõem o macrossistema do direito a partir da sua vinculação com os demais ramos do direito.

O direito agrário interliga-se diretamente ao direito civil, havendo parte da doutrina que entende serem indissociáveis. A intrínseca ligação decorreu sobretudo do fato de o Código Civil de 1916 ter exercido exponencial papel na tutela da propriedade e posse, preconizando a propriedade individual como um direito quase absoluto com pouca relativização.

Contudo, a legislação evoluiu e, a partir da vigência do Código Civil de 2002, consolidou-se a função social da propriedade, que passou a servir como princípio basilar a permear toda a atividade rural no país.

A despeito de bem desenvolver a matéria afeta ao direito de propriedade e à posse, o Digesto Civilista de 1916 pecou no que tange ao regramento dos contratos agrícolas, restringindo-se a regulamentação da parceria, questão esta que sequer foi tratada pelo Código Civil de 2002, cabendo a legislação esparsa o trato de toda a matéria.

Destaca-se, ainda, a relação do direito agrário com o direito público, principalmente o direito administrativo e financeiro, por instrumentalizarem as políticas governamentais afetas ao setor agropecuário, com destaque para o surgimento do Sistema Nacional de Crédito Rural – SNCR, instituído pela Lei n. 4.829/65; o direito tributário que, ao estabelecer as regras para a incidência ou não de tributos sobre a propriedade territorial rural, automaticamente, fixa as prioridades de fomento e incentivo dentro do setor agropecuário; o direito ambiental, regulamentador do desenvolvimento sustentável da propriedade rural, garantida a preservação do meio ambiente.

Não menos relevante está a relação do direito agrário com o direito empresarial, nessa seara que se adentra no tema específico do presente artigo.

Hodiernamente, o ponto central da discussão jurídica envolvendo o direito agrário permeia a natureza jurídica do ato de inscrição do produtor rural no registro público de empresas mercantis para fins falimentares, tendo a matéria alçado novos contornos com a alteração da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

4 O PRODUTOR RURAL E A SUA INSCRIÇÃO NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCATIS COM REFLEXOS NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A definição de produtor rural pode ser retirada de projeto de Lei n. 325 de 2006 (PLS 325) que, apesar de arquivado ao final da legislatura (10/01/2011) esboçou o anseio pela regulamentação do Estatuto do Produtor Rural:

Toda pessoa física ou jurídica que explora a terra, com fins econômicos ou de subsistência, por meio da agricultura, da pecuária, da silvicultura, do extrativismo sustentável, a aquicultura, além de atividade não-agrícolas, respeitada a função social da terra.

E nesse compasso, já se adentra na definição de empresário trazida pelo Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce

profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Esclareça-se que a atividade tipicamente empresarial encontra-se pautada pela organização profissional, destinada à obtenção de resultados econômicos (riquezas), a partir da produção e comercialização de bens.

Deve-se, então, observar, contudo, que a atividade, para que seja considerada como empresária, deve conter os seguintes elementos, já consagrados na doutrina¹⁹²: (a) a atividade, entendida esta como a sequência de atos direcionados a um objetivo comum; (b) a economicidade, representada pelo fato de que a atividade desenvolvida pelo empresário deve ser destinada a gerar proveito econômico, lucro; (c) a organização, isto é, o exercício da atividade típica de empresário pressupõe uma atuação articulada na coordenação dos quatro fatores da produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia; (d) profissionalidade ou habitualidade, a organização da produção não pode se dar de forma esporádica e episódica, sendo imprescindível que se mantenha uma regularidade e estabilidade; (e) a produção e circulação de bens e serviços, a atuação do empresário inicia-se com a produção, seguida da industrialização (no caso de bens), e prossegue com a intermediação e entrega dos bens e serviços ao destinatário final; (f) o direcionamento ao mercado, a atividade empresarial não é voltada para o consumo próprio, mas sim para atender a demanda alheia inerente ao mercado, seja ela interno ou externo; (g) assunção do risco, aqui, traz-se o risco peculiar ao empresário que pode ser previamente definido (garantido) ou total (incerto, ilimitado, não conhecido).

E a partir da junção dos dois conceitos, encontra-se a definição de empresário rural, seja pessoa física ou jurídica, que assim passou a ser

192 Marlon Tomazette aborda a discussão, valendo-se da consagrada doutrina italiana, quando menciona que “Asquini, além da condição de sujeito de direito, destaca a atividade econômica organizada, a finalidade da produção para o comércio de bens e serviços e a profissionalidade. Giampaolo Dalle Vedove, Francesco Ferrara Junior e Francesco Galgano não destoam da orientação de Asquini, destacando a organização, a economicidade da atividade e a profissionalidade. Paulo Sérgio Restiffe indica como elementos dos empresários: o binômio produção-intermediação, a organização e a profissionalidade. Remo Franceschelli indicia como elementos do empresário a produção para o mercado, a organização e o fato de o empresário suportar o risco do empreendimento como elementos essenciais do conceito. Tullio Ascarelli destaca os elementos do próprio conceito legal, a atividade econômica organizada, exercida profissionalmente e dirigida à produção ou circulação de bens ou serviços. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa indica como requisitos do empresário: (a) exercício de uma atividade; (b) a natureza econômica da atividade; (c) a organização da atividade; (d) a profissionalidade; e (e) a finalidade de produção ou troca de bens ou serviços. (TOMAZETTI, 2021, p. 41). No mesmo sentido, caminha o consagrado autor Fábio Ulhoa Coelho ao defender como elementos do conceito legal de empresário a atividade, o profissionalismo, a atividade econômica, a organização, a produção e circulação de bens e serviços, os próprios bens e serviços.

considerado quando a atividade do campo rompeu a barreira da produção de subsistência e passou a ter por foco o abastecimento do mercado.

Nesse ponto, grande valia as considerações traçadas pela jurista Flávia Trentini, na matéria afeta ao direito do agronegócio em colunas divulgadas no sítio eletrônico do Consultor Jurídico:

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão empresa rural já constava no artigo 4.º do Estatuto da Terra, de 1964. A concepção adotada, entretanto, não representava o início de um regime empresarial nas atividades agrossilvopastoris, mas se vinculava aos fins sociais de reforma agrária e política agrícola daquela legislação. [8]

A aproximação do regime jurídico empresarial às atividades rurais adveio com o Código Civil de 2002, em que houve a adoção da teoria da empresa em substituição à dos atos de comércio. Marcado pela forte influência do Código Civil Italiano de 1942, em que o conceito de empresário rural está nos artigos 2.083 e 2.135, coube ao artigo 966 e 971 do Código Civil de 2002 demarcar as características do conceito de empresário para o Direito brasileiro. Dele, se extrai uma dimensão diferente de empresário rural observado nas legislações anteriores. Fernando Scaff aponta que se mudou “[...] fortemente a perspectiva empregada: o que importa não é mais, fundamentalmente, a propriedade do imóvel rural, mas sim a possibilidade de explorá-lo racionalmente e de executar suas finalidades de produção de gêneros betais e animais” [9]. A ênfase do conceito de empresário está no modelo de processo produtivo adotado: aquele marcado pela profissionalização, organização e destinação dos produtos ao mercado (TRENTINI, 2019).

O empresário rural é aquela pessoa, física ou jurídica, que exerce, com habitualidade, atividade organizada, transformando os meios de produção postos à sua disposição para atender ao mercado e, conseqüentemente, auferir proveito econômico, mediante assunção de riscos.

Delimitado o conceito de empresário rural, traz-se às disposições do Código Civil que permitiram ao produtor rural, seja pessoa física ou jurídica, a partir da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, alçar a qualidade de empresário:

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de

Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

Nesse momento adentra-se no cerne da discussão, quando se indica o teor do art. 985, do Código Civil: “Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”.

A disposição legal estabelece que tanto o empresário quanto a sociedade adquirem personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio. Em outras palavras, tem-se que, é a partir deste registro que o empresário individual passa a ter personalidade jurídica distinta da pessoa física, ou, no caso de sociedade empresarial, diversa dos sócios que a integram.

Sendo, ainda, certo que, para o exercício de atividade empresarial, seja individual ou como sociedade, o Código Civil exige que haja o registro ou o arquivamento dos atos no Registro das Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade, com o intuito de dar-lhes publicidade, conforme estabelece o art. 967: “Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

Portanto, o empresário deverá formalizar o registro antes do início de suas atividades, não só para que o exercício seja reconhecido, mas também para que o marco temporal de suas atividades seja fixado.

No que tange ao empresário rural, há um tratamento diferenciado, reconhecido pelo Código Civil, que no art. 970 estabelece que “a lei assegurará tratamento favorecido, simplificado e diferenciado ao empresário rural no que tange a sua inscrição e os efeitos decorrentes”.

O art. 971 do Código Civil faculta ao produtor, cuja atividade rural seja a sua principal ocupação e, desde que sejam observados o art. 998 e seus parágrafos, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, quando então, passará a ser equiparado, para todos os efeitos, ao empresário.

Há, assim, uma diferença entre as situações vivenciadas entre o empresário que, para ser reconhecido como tal necessita do registro, pois é este o ato que marca para todos os efeitos o início de sua atividade e o reconhecimento, pelo Estado, da regularidade de sua situação empresarial e aqueles que exercem a atividade rural como profissão ou ocupação, eis que, neste caso, consoante o tratamento da lei civil o registro é ato meramente declaratório, já que o exercício anterior da atividade é condição *sine qua non* para que o ato possa ser efetivado.

No caso do produtor rural, a inscrição/registro na Junta Comercial não se erige como meio regularizador da atividade, sendo apenas elemento conceitual, uma vez que de civil passa a ser empresarial, sendo reconhecido pela lei que a atividade exercida já era regular.

O produtor rural precisa, pois, já exercer a atividade rural como ocupação principal, antes de que possa efetivar o seu registro como empresário. Com o registro, o produtor rural sujeita-se às obrigações impostas a todos os empresários, sem perder os benefícios de produtor rural.

Evidencia-se, que, inicialmente, o produtor rural exatamente pelo tratamento diferenciado que lhe é concedido pelo Código Civil, não sentia necessidade de tornar-se empresário. Contudo, tendo o campo se aparelhado, com o implemento de novas tecnologias, que geram custos elevados, o fato do Brasil, por sua extensão e clima, ter feição propícia para as atividades rurais, a demanda sempre crescente do mercado externo, acabou por levar o setor agrícola a uma especialização, que passou a demandar forma empresarial para seu progresso.

Ainda, não se pode perder de vista que a atividade rural, muitas das vezes, é impactada por situações adversas, como o clima, as variações das demandas de mercado, com a conseqüente baixa de determinado produto, as dificuldades de manutenção da produção, além de tantas outras, o que levou o produtor rural a se precaver contra crises econômico-financeiras. Assim, fez-se com que a necessidade do registro, na Junta Comercial, passasse a ser uma realidade incontestável.

O produtor rural, ao optar por se transformar em empresário rural, mantém as suas responsabilidades elementares, mas o seu patrimônio pessoal deixa de se tornar garantia, passando o patrimônio da pessoa jurídica a garantir as responsabilidades pelos atos empresariais, além de que, como empresário, poderá se valer dos benefícios, dentre eles e, principalmente, o da recuperação judicial.

A preservação da empresa, ao invés de sua falência, por todos os benefícios sociais e econômicos que gera, é clamor de toda sociedade.

O instituto da recuperação judicial era destinado aos empresários, isto é, a pessoa jurídica que exerce habitualmente e profissionalmente e com fins lucrativos atividade econômica organizada para produção e circulação de bens de serviços.

A Lei n. 14.112/2020 publicada no dia 24 de dezembro, alterou a relação e acrescentou novas disposições à Lei n. 11.101/2005, que rege os procedimentos de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, permitindo ao produtor rural empresário individual, a superação de situação de crise econômico-financeira, favorecendo a manutenção da atividade, dos empregos dos trabalhadores e o interesse dos credores.

A reforma empreendida trouxe alterações para o pedido de recuperação judicial do produtor rural, a saber:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar n. 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. [...]

§ 2.º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente (Redação dada pela Lei n. 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3.º Para a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4.º Para efeito do disposto no § 3.º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020) (Vigência)

Destarte, o produtor rural passou a ser sujeito do pedido de recuperação judicial, desde que preenchidos dois requisitos, estabelecidos como condição de procedibilidade ao processo recuperacional: (i) a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis; (ii) o exercício, regular, de atividade diretamente vinculada ao campo, há mais de 2 (dois), o que segundo orientação firmada na própria lei, pode ser aferido, para a pessoa jurídica, a partir da apresentação do Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR) ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial.

Abre-se um parêntese para registrar que, a despeito do legislador ter perdido a oportunidade de esclarecer o alcance da norma, a melhor interpretação consiste em admitir que o empresário individual rural, por meio de Escrituração Contábil Fiscal, criada pela Instrução Normativa n. 1.422/2013 da Receita Federal, comprove o exercício profissional da atividade agropecuária.

Registre-se, que o legislador, ao fixar o prazo de 2 (dois) anos para a comprovação do exercício da atividade típica de empresário, o fez por entender suficiente para demonstrar a sua relevância social, a justificar o amparo proporcionado pelo processo recuperacional.

Uma vez exercida a faculdade de se submeter ao regime jurídico empresarial por meio de inscrição no registro mercantil, o pedido formulado pelo empresário rural deve abarcar todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, conforme sagrou o art. 49, da Lei n. 11.101/2005:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1.º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2.º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Nesse passo, uma vez realizada a opção pela inscrição no registro público de empresas mercantis, o pedido de recuperação judicial perpassa por um plano especial que deverá ser apresentado ao juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento de recuperação judicial, sendo o seu conteúdo definido no art. 71 e as condições no art. 72:

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei limitar-se á às seguintes condições:

I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3.º e 4.º do art. 49; (Redação dada pela Lei Complementar n. 147, de 2014)

II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda

a proposta de abatimento do valor das dívidas; (Redação dada pela Lei Complementar n. 147, de 2014)

III – preverá o pagamento da 1^a (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, todos desta Lei. (Redação dada pela Lei Complementar n. 147, de 2014)

Enfatiza-se que o plano de recuperação judicial deve abarcar não apenas os créditos posteriores à inscrição do produtor rural no registro público de empresas mercantis, mas todos os créditos existentes na data do pedido, entendimento este consagrado no Enunciado n.º 96 da Jornada de Direito Comercial III, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição do Registro Público de Empresas Mercantil”.

Consigna-se, que os créditos com as garantidas cedulares com degradação física estarão sujeitos à recuperação, se tiver havido antecipação parcial ou total do preço por parte do credor. Entretanto, se não tiver havido pagamento pelo credor, o produtor rural estará liberado da entrega.

A despeito de ser unânime, a partir, da entrada em vigor da Nova Lei de Recuperação Judicial, o produtor rural passou a ser sujeito do pedido de recuperação judicial, a discussão persiste no que tange a relação entre a inscrição em registro próprio e a caracterização do produtor rural como empresário ou sociedade empresária, questionando-se se possui natureza

jurídica constitutiva ou declaratória e, conseqüentemente, se tal registro possui efeitos não retroativos (*ex nunc*) ou retroativos (*ex tunc*).

Antes da modificação da Lei, a possibilidade do pedido de recuperação judicial pelo produtor rural, não era prevista, mas a questão já havia chegado ao Superior Tribunal de Justiça, onde intenso debate já se descortinava quanto a natureza e efeitos do ato de registro e, apesar da imensa discussão travada nas mesas de negociação do agronegócio, o Tribunal optou pela não submissão da questão ao procedimento dos recursos repetitivos por falta de precedentes sobre o tema.

5 A DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO DO PRODUTOR RURAL PARA FINS DA SUA CARACTERIZAÇÃO COMO EMPRESÁRIO OU SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A principal discussão hoje acerca do direito afeto ao produtor rural reside na natureza jurídica do seu registro e seus efeitos no mundo jurídico. E tal se dá pelo fato de que, diante da crise financeira enfrentada pelo Brasil nos últimos tempos, o setor do agronegócio, de já declarada importância para a economia nacional, também passou a sofrer seus impactos, resultando em sucessivos pedidos de recuperação judicial.

A discussão travada nas mais diversas cortes estaduais e que chegou ao Superior Tribunal de Justiça reside na definição quanto à natureza jurídica da inscrição do produtor rural na Junta Comercial: declaratória ou constitutiva.

O tema foi afetado ao Superior Tribunal de Justiça pela primeira vez através do Recurso Especial n.º 1.193.115/MT, julgado em 20/08/2013, tendo por relator para o acórdão, o Ministro Sidnei Beneti, sendo que, nesse primeiro momento, a Corte Superior firmou o entendimento de que a despeito da dispensa do registro comercial para fins de concessão do pedido de recuperação judicial ao empresário rural, não se pode ignorar a exigência expressa e literal da Lei n.º 11.101/2005, de comprovação, com a inicial, de que o requerente efetivamente exerça atividade típica de empresário há mais de 2 (dois) anos:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.

1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.

2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação. (REsp 1193115/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 07/10/2013) (STJ – REsp. 1.193.115/MT, Relator(a) para o Acórdão: Min.(a) Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgamento em 20/08/2013, publicação da súmula em 07/10/2013)

O ministro relator destacou a necessidade de “caracterização legal do estado de comerciante”, enfatizando que “o exercício da atividade empresarial pode realizar-se sem a inscrição do empresário na Junta Comercial”, o que inclusive fora consagrado no Enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos da Justiça Federal (“CEJ”).

Considerada a sua importância traz-se a redação do referido Enunciado:

A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi destacou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, no sentido de que:

É sabido que, à vista da legislação anterior à edição do Código Civil de 2002 e da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (LFRE), o produtor rural não era considerado comerciante e, por isso, não se sujeitava à falência e à concordata. Nesse sentido, a título ilustrativo, confira-se o REsp 24.172/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 19/12/2001. Todavia, com o advento desses diplomas legais, houve uma substancial alteração do panorama jurídico.

E, a partir do reconhecimento da alteração do ordenamento jurídico, passou a admitir a qualidade jurídica de empresário ao produtor rural que se inscrevesse no registro público de empresas mercantis.

Registra-se, nesse contato inaugural da Corte Superior com a matéria, não houve deliberação acerca do marco temporal para averiguar o preenchimento da exigência de exercício regular da atividade empresarial pelo período de dois anos, previsto no art. 48, da Lei n.º 11.101/2005, se a partir da inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas Mercantis, ou se tal apreciação dá-se com a comprovação de inequívoco exercício, organizado e profissional, da atividade econômica rural voltada para a produção e circulação de bens ou de serviços.

A matéria voltou a ser novamente discutida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do Recurso Especial n.º 1.800.032/MT, cuja análise fora feita por Anglizey Solivan de Oliveira, em obra coletiva acerca do instituto da recuperação judicial:

Quase seis anos depois, a Quarta Turma do STJ, na apreciação do Recurso Especial n. 1.800.032/MT, entendeu, por maioria, que o produtor rural tem direito à recuperação judicial quando comprovado o tempo de atividade exigido pela inscrição na Junta Comercial até a data do pedido.

A tônica do julgamento foi a definição da natureza e do alcance da inscrição. O relator, Ministro Marco Buzzi, em voto acompanhado pela Ministra Isabel Gallotti, defendeu que a inscrição do produtor rural perante a Junta Comercial tem feição constitutiva, o que impede que os efeitos da recuperação judicial alcancem créditos anteriores à sua efetivação, consolidados sob regime jurídico diverso.

A divergência foi aberta pelo Ministro Raul Araújo ante o entendimento de que a natureza do registro do produtor rural é constitutiva *ex tunc*. Dessa forma, seus efeitos são aptos a retroagir porque a condição de empresário regular já existia e, assim, todos os créditos constituídos e inadimplidos até a data do pedido ficam sujeitos à recuperação judicial, desde que tenham relação com a atividade empresarial.

O Ministro Luís Felipe Salomão acompanhou o entendimento em voto-vista com discreta divergência quanto à natureza do registro, que sustentou ser declaratória, seguido pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira. (OLIVEIRA, Anglizey Solivan de, 2021, p. 450).

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a recuperação judicial, sobretudo do empresário individual rural, não se encontra atrelada à inscrição no registro público de empresas mercantis, tendo essa apenas natureza declaratória e não constitutiva.

Em outras palavras, segundo o entendimento da Corte Superior, tratando-se de empresário rural, imprescindível, para o deferimento do pedido de recuperação judicial, que haja sua prévia inscrição no registro

de empresas e a comprovação de atividade rural por prazo superior a dois anos, ainda que anteriores ao registro, merecendo destaque, por resumir a questão, o voto do ministro:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EFETUADO POR EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL QUE EXERCE PROFISSIONALMENTE A ATIVIDADE AGRÍCOLA ORGANIZADA HÁ MAIS DE DOIS ANOS, ENCONTRANDO-SE, PORÉM, INSCRITO HÁ MENOS DE DOIS ANOS NA JUNTA COMERCIAL. DEFERIMENTO.

INTELIGÊNCIA DO ART. 48 DA LRF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Controverte-se no presente recurso especial acerca da aplicabilidade do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular da atividade empresarial, estabelecido no art. 48 da Lei n. 11.101/2005, para fins de deferimento do processamento da recuperação judicial requerido por empresário individual rural que exerce profissionalmente a atividade agrícola organizada há mais de 2 (dois) anos, encontrando-se, porém, inscrito há menos de 2 (dois) anos na Junta Comercial.

2. Com esteio na Teoria da Empresa, em tese, qualquer atividade econômica organizada profissionalmente submete-se às regras e princípios do Direito Empresarial, salvo previsão legal específica, como são os casos dos profissionais intelectuais, das sociedades simples, das cooperativas e do exercente de atividade econômica rural, cada qual com tratamento legal próprio. Insere-se na ressalva legal, portanto, o exercente de atividade econômica rural, o qual possui a faculdade, o direito subjetivo de se submeter, ou não, ao regime jurídico empresarial.

3. A constituição do empresário rural dá-se a partir do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sendo irrelevante, à sua caracterização, a efetivação de sua inscrição na Junta Comercial. Todavia, sua submissão ao regime empresarial apresenta-se como faculdade, que será exercida, caso assim repute conveniente, por meio da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

3.1 Tal como se dá com o empresário comum, a inscrição do produtor rural na Junta Comercial não o transforma em empresário. Perfilha-se o entendimento de que, também no caso do empresário rural, a inscrição assume natureza meramente declaratória, a autorizar, tecnicamente, a produção de efeitos retroativos (ex tunc).

3.2 A própria redação do art. 971 do Código Civil traz, em si, a assertiva de que o empresário rural poderá proceder à inscrição. Ou seja, antes mesmo do ato registral, a qualificação jurídica de empresário - que decorre do modo profissional pelo qual a atividade econômica é exercida

- já se faz presente. Desse modo, a inscrição do empresário rural na Junta Comercial apenas declara, formaliza a qualificação jurídica de empresário, presente em momento anterior ao registro. Exercida a faculdade de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário rural, por deliberação própria e voluntária, passa a se submeter ao regime jurídico empresarial.

4. A finalidade do registro para o empresário rural, difere, claramente, daquela emanada da inscrição para o empresário comum.

Para o empresário comum, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, que tem condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, apresenta-se obrigatória e se destina a conferir-lhe status de regularidade. De modo diverso, para o empresário rural, a inscrição, que também se reveste de natureza declaratória, constitui mera faculdade e tem por escopo precípua submeter o empresário, segundo a sua vontade, ao regime jurídico empresarial.

4.1 O empresário rural que objetiva se valer dos benefícios do processo recuperacional, instituto próprio do regime jurídico empresarial, há de proceder à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, não porque o registro o transforma em empresário, mas sim porque, ao assim proceder, passou a voluntariamente se submeter ao aludido regime jurídico. A inscrição, sob esta perspectiva, assume a condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial, como bem reconheceu esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.193.115/MT, e agora, mais recentemente, a Quarta Turma do STJ (no REsp 1.800.032/MT) assim compreendeu.

4.2 A inscrição, por ser meramente opcional, não se destina a conferir ao empresário rural o status de regularidade, simplesmente porque este já se encontra em situação absolutamente regular, mostrando-se, por isso, descabida qualquer interpretação tendente a penalizá-lo por, eventualmente, não proceder ao registro, possibilidade que a própria lei lhe franqueou. Portanto, a situação jurídica do empresário rural, mesmo antes de optar por se inscrever na Junta comercial, já ostenta status de regularidade.

5. Especificamente quanto à inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, para o empresário comum, o art. 967 do Código Civil determina a obrigatoriedade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Será irregular, assim, o exercício profissional da atividade econômica, sem a observância de exigência legal afeta à inscrição. Por consequência, para o empresário comum, o prazo mínimo de 2 (dois) anos deve ser contado, necessariamente, da consecução do registro. Diversamente, o empresário rural exerce profissional e regularmente sua atividade econômica independentemente de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Mesmo antes de proceder ao registro, atua

em absoluta conformidade com a lei, na medida em que a inscrição, ao empresário rural, apresenta-se como faculdade - de se submeter ao regime jurídico empresarial.

6. Ainda que relevante para viabilizar o pedido de recuperação judicial, como instituto próprio do regime empresarial, o registro é absolutamente desnecessário para que o empresário rural demonstre a regularidade (em conformidade com a lei) do exercício profissional de sua atividade agropecuária pelo biênio mínimo, podendo ser comprovado por outras formas admitidas em direito e, principalmente, levando-se em conta período anterior à inscrição.

7. Recurso especial provido. (REsp 1811953/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020)

Basta, portanto, que o produtor rural se inscreva no registro público de empresas mercantis e comprove o exercício profissional da atividade agrícola organizada.

A reforma legislativa trazida pela Lei 14.112 de 2020 consolidou o entendimento jurisprudencial já assentado quanto a possibilidade do produtor rural se submeter a recuperação judicial, sem que tivesse que provar o biênio legal de atividade regular pela inscrição na junta comercial, podendo fazê-lo por outros documentos que pudessem provar a sua atividade.

A matéria já atingiu a seara do Superior Tribunal de Justiça que, apesar não ter enfrentado diretamente o tema com ela já estabeleceu o primeiro contato, tendo o acórdão a seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ATIVIDADE AGRÍCOLA ORGANIZADA. INSCRIÇÃO HÁ MENOS DE DOIS ANOS NA JUNTA COMERCIAL. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CABIMENTO.

1. Controvérsia em torno da necessidade de inscrição do produtor rural como empresário rural no registro público de empresas mercantis no biênio anterior ao pedido de recuperação judicial ou se necessária apenas a comprovação do exercício da atividade de produtor rural ao longo desse período.

2. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.811.953/MT, de Relatoria do Ministro Marco

Aurelio Bellizze, destacou que, se os produtores rurais estiverem inscritos na Junta Comercial em momento anterior ao pedido de recuperação judicial e demonstraram terem exercido regular e profissionalmente por mais de 2 (dois) anos a atividade agropecuária, fazem jus ao deferimento do pedido de recuperação judicial, uma vez que preenchidos os requisitos previstos no artigo 48, caput, da Lei n.º 11.101/2005.

3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...]

A manutenção para o indeferimento da petição inicial foi, portanto, o não cumprimento do art. 48 da referida lei, de tal modo que a decisão, ao dar provimento ao recurso especial, o fez determinando que os autos retornassem à Corte de origem para que, reanalisando o caso com base no entendimento consolidado do STJ, verificasse a possibilidade de processamento da Recuperação Judicial, se ficar comprovada a atividade empresarial no prazo de 2 anos, exigidos pela lei e, sendo o caso, considerar a possibilidade de deferimento da emenda à petição inicial. Por fim, ressalte-se que não houve a aplicação retroativa da Lei 14.112/2020. **A referência à lei se deu exclusivamente como reforço à argumentação no sentido da possibilidade de o produtor rural que comprovar o exercício regular e profissionalmente da atividade agropecuária para deferimento do pedido de recuperação, porquanto a nova a lei é ainda mais benéfica ao produtor rural, sequer exigindo o registro.** (AgInt nos EDcl no REsp 1904269/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2021, DJe 26/08/2021).

Assim já entendia a jurisprudência que o empreendedor rural ostentava a qualidade de empresário regular, mesmo antes do registro na junta, que era facultativo, assumindo a inscrição natureza meramente declaratória, a permitir a produção de efeitos retroativos, posto que, ao se inscrever na junta comercial, o produtor apenas formaliza a atividade já exercida, diferentemente do empresário comum, cuja obrigatoriedade de inscrição, antes do início de suas atividades empresárias, é cogente por força do art. 967¹⁹³, do Código Civil, o que atesta a sua regularidade, e serve de marco para o início do prazo mínimo de dois anos para que possa submeter-se a Lei de Recuperação Judicial.

Essa matéria foi enfrentada, com maestria, pelo ministro Marco Aurélio Bellizze no julgamento do RE n.º 1.811.953/MT (2019/0129908-0):

Dessa maneira, a inscrição do empresário rural na Junta Comercial apenas declara, formaliza a qualificação jurídica de empresário, presente em momento anterior ao registro. Exercida a faculdade de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário rural, por

193 Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

deliberação própria e voluntária, passa a se submeter ao regime jurídico empresarial.

Como se pode constatar, a finalidade do registro para o empresário rural, difere, claramente, daquela emanada da inscrição para o empresário comum.

Para o empresário comum, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, que tem o condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, apresenta-se obrigatória e se destina a conferir-lhe *status* de regularidade.

Para o empresário comum, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, que tem condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, apresenta-se obrigatória e se destina a conferir-lhe *status* de regularidade.

De modo diverso, para o empresário rural, a inscrição, que também se reveste de natureza declaratória, constitui mera faculdade e tem por escopo precípua submeter o empresário, segundo a sua vontade, ao regime jurídico empresarial.

Consigna-se, assim, que o empresário rural que pretenda se valer dos benefícios do processo recuperacional, instituto próprio do regime jurídico empresarial, há de proceder à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, não porque o registro o transforma em empresário, mas sim porque, ao fazer assim, passou a, voluntariamente, se submeter ao aludido regime jurídico.

A inscrição, sob esta perspectiva, assume a condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial, como bem reconheceu esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento REsp 1.193.115/MT, e agora, mais recentemente, a Quarta Turma do STJ (no REsp 1.800.032/MT)”

O ministro arremata a questão, sedimentando que:

Assim, ainda que relevante para viabilizar o pedido de recuperação judicial, como instituto próprio do regime empresarial, o registro é absolutamente desnecessário para que o empresário rural demonstre a regularidade (em conformidade com a lei) do exercício profissional de sua atividade agropecuária, podendo ser comprovado por outras formas admitidas em direito e, principalmente, levando-se em conta período anterior à inscrição.

Até este histórico julgamento, os Tribunais vinham entendendo que o produtor rural que se inscrever na Junta Comercial, submetendo-se ao regime empresarial, deveria comprovar, para a obtenção dos benefícios

da Lei de Recuperação Judicial, o exercício regular da atividade por dois anos, a contar da data do registro, como qualquer outro empresário, tendo o registro natureza constitutiva.

O argumento até então prevalente era de que a lei não poderia ser flexionada para entender como possível computar o prazo em que o produtor não era empresário, por opção própria, para obter benefícios só dirigidos ao regime empresarial.

Entendia-se que o art. 48, § 2.º, da Lei n. 11.101/2005, só poderia dirigir ao produtor rural que atua como pessoa jurídica, e o só fato do exercício da atividade rural ser regular, não poderia significar tratar-se de exercício de atividade empresarial regular, e que a exigência temporal não era mera formalidade, mas que evitava que a utilização do instituto fosse abusiva e fraudulenta, como meio de frustrar a satisfação do direito dos credores.

Neste sentido, julgado do Tribunal da Bahia:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRODUTOR RURAL. DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL INSERIDO NO ART. 48, CAPUT, DA LEI DE FALÊNCIA. NATUREZA CONSTITUTIVA, E NÃO DECLARATÓRIA, DO REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL. PREJUÍZO AOS CREDORES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INEXISTÊNCIA. 1. A exigência do art. 48, caput, da Lei de Falência, referente ao exercício regular das atividades empresariais por, no mínimo 2 (dois) anos, não constitui mera formalidade, possível de ser relevada pelo julgador em nome da função social da empresa, da conservação dos empregos e da retomada do crescimento econômico do país; pelo contrário, a exigência temporal destina-se a evitar a utilização abusiva da recuperação judicial e assegurar que importante instituto não seja utilizada de má-fé, com o mero intuito de frustrar a satisfação dos direitos dos credores, o que traria prejuízos não só para estes, como também para toda a sociedade. 2. Para o produtor rural, o registro na Junta Comercial tem natureza constitutiva, e não declaratória, razão pela qual aquele que deixar de realizá-lo não será considerado empresário e permanecerá regido pelas regras do direito civil, sendo-lhe vedada a aplicação dos institutos previstos na Lei de Falência, inclusive a recuperação judicial. Enunciados 201 e 202, da III Jornada de Direito Civil. Precedentes do STJ. 3. Haveria clara violação ao princípio da segurança jurídica se o produtor rural pudesse celebrar contratos e contrair dívidas como pessoa física, para, logo em seguida, tornar-se empresário individual e buscar a aplicação dos benefícios previstos na Lei de Falência, obstando, assim, as ações individuais de execução ajuizadas por seus credores. 4. Na hipótese, descabe o pedido de recuperação judicial realizado pelos agravados Heinz Kudiess e Jerusa Gambatto Kudiess, por duas razões: em primeiro lugar, porque não atendem ao requisito do art. 48, caput, da Lei de Falência, isto é, no momento do pedido, não exerciam

atividades como empresários há mais de 2 (dois) anos, mas tão somente há três meses; em segundo lugar, porque o registro na JUCEB teve o único e exclusivo intuito de viabilizar o pedido de recuperação judicial, e, assim, frustrar a satisfação do crédito milionário de seus credores, inclusive a ora agravante. Agravo de instrumento conhecido e provido por maioria. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0162325-37.2016.8.05.0909, Relator (a): Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 04/04/2018) (TJ-BA - AI: 01623253720168050909, Relator: Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 04/04/2018)

Ainda, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível n.º 70073481178/RS):

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. PRODUTOR RURAL. SUJEIÇÃO À LEI N. 11.101/05. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PASSIVA. O PRODUTOR TORNAR-SE EMPRESÁRIO É FACULDADE PREVISTA NO ART. 971, CC, DE MANEIRA QUE PRECISA PROCEDER SUA INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL. REQUISITO NÃO OBSERVADO. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível N. 70073481178, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 24/08/2017).(TJ-RS - AC: 70073481178 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 24/08/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2017)

Com a prevalência da tese vencedora no sentido da natureza declaratória do registro de produtor rural na junta comercial, porquanto neste caso o exercício profissional da atividade econômica precederia o registro, sendo irrelevante para a sua caracterização, a ensejar a produção de efeitos retroativos, o legislador cuidou de adaptar a Lei de Recuperação à nova realidade ditada pelos tribunais, com a edição da Lei n. 14.112/2020, no já citado art. 48.

7 CONCLUSÃO

A preservação da empresa, ao invés de sua falência, por todos os benefícios sociais e econômicos que gera, é clamor de toda sociedade.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a recuperação judicial, sobretudo do empresário individual rural, não se encontra atrelada à inscrição no registro público de empresas mercantis, tendo essa apenas natureza declaratória e não constitutiva.

Por força legal, produtor rural, pessoa física, pode se valer da Lei de Recuperação Judicial, que permite, em caso de crise financeira, a superação

de sua dificuldade, com a possibilidade de renegociação do endividamento, da manutenção do elo da cadeia produtiva que, além de alavancar a sua própria atividade, traz como consequência a geração de riquezas para o país e a manutenção da função social da propriedade.

Basta, portanto, que o produtor rural se inscreva no registro público de empresas mercantis e comprove o exercício profissional da atividade agrícola organizada.

Os céticos dirão que esta nova possibilidade aberta ao produtor rural cobrará seu preço, pois deverá gerar uma nova ótica nas relações comerciais e bancárias do setor do agronegócio, cuja linha de crédito passará a ser analisada com mais cautela, podendo, inclusive, impedir o produtor ao acesso a linhas de crédito especiais e quiçá a novas tecnologias.

Tem-se dito que a aceitação da recuperação judicial também prejudicará aqueles produtores que não pretendem utilizar da faculdade legal quanto a tornarem-se empresários, que passarão a ser considerados para efeito de concessão de financiamentos, como pessoas jurídicas, retirando a segurança que sempre foi a mola propulsora nas relações comerciais do setor.

Vem sendo afirmado que a possibilidade do produtor rural contrair dívida como pessoa física para posteriormente ter a chance de pagá-la como pessoa jurídica em recuperação judicial, poderia, inclusive, comprometer a atividade econômica do setor, com a fixação de novas regulamentações comerciais mais rígidas e de difícil acesso.

Trata-se de especulações que não podem deixar de ser consideradas, porquanto, as novas regras, mesmo sem perder de vista as inovações trazidas pela Lei n. 14.112/2020 ao restringir créditos do produtor rural do alcance da Lei de Recuperação, excluindo os não oriundos da atividade rural, os não contabilizados e os recursos controlados (§§ 5.º, 6.º e 7.º acrescentados ao art. 49), poderão abalar as relações estáveis até então existentes, comprometendo os princípios da transparência e boa-fé que sempre permearam o ambiente negocial do setor.

Todas estas questões só poderão ser avaliadas com o tempo e o assentimento das relações comerciais. A modificação introduzida pela Lei 14.112/2020 é muitíssimo recente para que as suas repercussões já possam ser sentidas e sopesadas. O tempo dirá como o mercado reagirá a estas novas colocações e quais as repercussões concretas que poderão ser geradas, ficando apenas a certeza de que o agronegócio precisa e deve ser preservado, considerando que é o futuro não só do Brasil, mas do mundo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PLS n.º 325 de 2006, disponível em www.senado.gov.br, consulta realizada em 09 de set. de 2021.

- COELHO, Fabio Ulhoa, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 15. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.
- EMBRAPA. **Visão 2030: o Futuro da Agricultura Brasileira**, disponível em <https://www.embrapa.br/visao/trajetoria-da-agricultura-brasileira>, acesso em 07 de set 2021, Brasília, DF: Embrapa, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de direito civil: direitos reais/ Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenthal, 13.ed. rev. ampl. e atual., Salvador, JusPodivm; 2017.
- FLAVIA, Trentini. KHAYAT, Gabriel Fernandes. SILVA, Leonardo Cunha. **Recuperação judicial e o conceito de empresário rural**, disponível em www.conjur.com.br, consulta realizada em 14 de junho de 2021.
- REIS, Marcus, **Crédito Rural: teoria e prática**, 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo, **Direito do Agronegócio**, 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.
- SALOMÃO, Luís Felipe, Flavio Tartuce, Daniel Carnio Costa, coord.. **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência** / Alexandre Alves Lazzarini ... [et al.]; 1. ed., Baueri, Atlas, 2021.
- TOMAZETTI, Marlon, **Falência e recuperação de empresas** – Curso de direito empresarial, vol. 03, 9.ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021.
- TORMA, Francisco, e QUERUBINI, Albenir; **Direito Agrário levado a Sério – Episódio 8: o direito agrário e a sua origem**, disponível em <https://direitoagrario.com>; acesso em 07 de set 2021, publicado em 06 de set 2020.

7

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUSTENTABILIDADE: A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL

Lucyléa Gonçalves França¹⁹⁴

RESUMO: O trabalho investiga de que maneira a Lei n. 11.101/2005, reconhece, e recepciona, a sustentabilidade como ferramenta de estabilidade social e sua importância para os mercados, na construção do modelo de regulação empresarial ideal. O artigo faz a análise do processo de evolução da legislação ambiental brasileira consequentemente dirigida ao conjunto de empreendimentos, independentemente de sua natureza ou objeto social. A recuperação judicial se apresenta como ferramenta imprescindível para a ampliação do tratamento da sustentabilidade muito além do contexto ambiental, levando-se em considerações o conjunto das relações sociais e a necessidade de avanço das instituições e preservação, das empresas deficitárias.

Palavras-chave: sustentabilidade; recuperação judicial; função socioambiental.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com os aspectos sociais, sob o entorno econômico-empresarial, se mostra estratégico ao conjunto das ações governamentais, e dos mercados, mais além da preocupação necessária pela prevenção ou proteção do meio ambiental saudáveis.

Questões como transparência democrática, estabilidade da vida empresarial, segurança jurídica, controle das atividades administrativas, rigor no combate à corrupção no exercício da aplicação de políticas socioambientais associa uma íntima relação entre a amplitude normativa - e administrativa -, com a liberdade dos mercados.

Analisaremos, de modo breve, no presente artigo como a dimensão da sustentabilidade foi inserida na Lei n. 11.101/2005, sob a influência das exigências da Constituição da República de 1988, no que concerne à função social da empresa para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, com a aplicação dos princípios sociais, econômicos e ambientais no sistema brasileiro.

194 Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Brasil). Professora associada do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (Brasil). Email: lucyfranca03@hotmail.com.

2 A DIMENSÃO DA SUSTENTABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ANTECEDENTES E REGIME VIGENTE

A política nacional do meio ambiente no Brasil foi instituída pela Lei n. 6.938/1981 e seu surgimento permitiu o avanço da trajetória de marcos legislativos imprescindíveis para o modelo de atividades empresariais em geral e com transcendência na gestão de recursos naturais. Introduziram-se no Brasil pautas destacadas em outros países, sob o binômio responsabilidade social e ambiental como formula capaz de articular o desenvolvimento econômico e o progresso social através de pautas concretas e com grande destaque mundial, já na fase anterior ao período de redemocratização brasileira da década de 1980.

O surgimento da legislação ambiental impactou o movimento das relações empresariais, e se traduziram em reivindicações concretas surgidas na década de 1970, Tais referências estão claramente traduzidas pela aprovação de convenções internacionais sobre meio ambiente, e desenvolvimento econômico, em destaque a partir das convenções internacionais de Estocolmo em 1972.

Essa nova direção foi uma espécie de reorientação dos marcos, e plataformas institucionais também no Brasil, dirigidos ao desenho da gestão econômica, além do meio ambiental, com o propósito de responder a questões latentes de um país continental, e com grande biodiversidade e população crescente. O Brasil necessitava um sistema capaz de conceber respostas uniformes para problemas diversos do seu território, impostos pela complexidade de sua biota, mas, principalmente, pela pressão das organizações meio ambientais, nacionais e estrangeiras.

A medição multidimensional da questão do meio ambiente aprovou a elaboração da lei de política ambiental, pois teve como principal propósito gerar a integração eficaz dos fatores econômicos, e sociais, até então forjados a nível internacional pelas Convenções internacionais da década de 1980.

Especialmente no Brasil, a origem da normativa ambiental se remonta a 1934, com a vigência do Código de Águas (Decreto n. 24.634/1934), sendo a primeira legislação criada com o propósito de ordenar os recursos naturais, seguida por um conjunto de medidas entre as décadas de 1940 e 1960, quando se podem destacar a regulação da produção de energia hidrelétrica na “década perdida” (LIMA, 1995, p.52), com a preparação de uma política de desenvolvimento visando o uso do meio ambiente para a produção industrial, tais como o uso de carvão vegetal.

Em destaque poderíamos citar a criação do Código Florestal, pelo Decreto n. 23.793/1934, que fora substituído pela Lei n. 4.7771/1965.¹⁹⁵

A década de 60 também foi marcada pela criação de diversos parques nacionais brasileiros, e pela criação do Instituto Brasileiro de 195 Vigente até a entrada em vigor do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2021).

Desenvolvimento Florestal (IBDF). A construção, com a transferência da capital federal para Brasília,¹⁹⁶ foi outro ponto de curvatura em direção a uma nova estruturação da gestão ambiental no país. A partir das diretivas para a expansão do planalto central, houve o aumento populacional, e novas perspectivas econômicas com o conjunto de construções que exigiram mão de obra ao tanto de contar com uma série de mecanismos administrativos, facilitadores do novo ambiente arquitetônico, cultural, e ambiental no centro do país.

Apenas no início da década de 1970 foi criada, a nível federal, a Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), com vínculo de subordinação ao Ministério do Interior, e o propósito de disciplinar as ações relativas à gestão de áreas de Conservação,¹⁹⁷ bem como a elaboração de programa específico de combate à poluição nas grandes cidades, como São Paulo e seus arredores.

Nesse mesmo período, em alguns Estados membros, foram criadas secretarias estaduais meio ambientais e outros órgãos como a CETESB (Companhia de tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo (1973)),¹⁹⁸ a Fundação Estadual de Energia do Meio Ambiente (FEEMA),¹⁹⁹ no Rio de Janeiro (1975), e ainda no âmbito federal, em 1973 foi criada a SEMA-Secretaria Especial de Meio Ambiente.²⁰⁰

O final da década de 1970 foi marcado mundialmente pela crise do petróleo e, muitos sistemas constitucionais começaram a reconhecer o meio ambiente como fator merecedor da tutela maior.²⁰¹ Internamente, o Brasil sofreu forte influência do mercado internacional, e incrementou a política intervencionista na economia com a implantação do II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND),²⁰² responsável pela criação de uma série de obras, e por incorporar no seu texto, diretrizes transversais de cunho ambiental.

196 Com o uso do número maior de recursos naturais extraídos, os quais são utilizados como matéria-prima (RIBEIRO 1977).

197 Unidades de Conservação criadas para proteger florestas e áreas de preservação ambiental.

198 Lei n. 118, de 29 de julho de 1973. Dispõe sobre a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB, Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle da Poluição das Águas, mantendo a sigla CETESB, vinculada à Secretaria dos Serviços e Obras Públicas.

199 Decreto-lei nº 134 de 16 de junho de 1975 dispõe sobre a prevenção e o controle da poluição do meio ambiente no estado do rio de janeiro.

200 Decreto n. 73.030, de 30 de Outubro de 1973 Cria, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA.

201 Em Benjamin (1999, p. 62)

202 Lei 6.151 que instituiu as diretrizes do II PND, vigente entre os anos de 1974 e 1979. Para Bresser Pereira (1998) o plano se tornou inviável não reconheceu a crise brasileira e mundial provocada pelo declínio e desaceleração cíclica.

Em 1972, no relatório elaborado pelo Clube de Roma²⁰³ foram fixados, a nível internacional, os limites impostos ao crescimento global através da preservação ambiental no qual o controle do crescimento industrial era a preocupação reinante. Esteve associado, no centro do debate, gerar um maior equilíbrio entre o controle do crescimento populacional, a insuficiência na produção de alimentos, e a previsibilidade do esgotamento de recursos naturais.

A partir daí se observa uma ampliação no eixo de concentração das preocupações dos países onde o movimento ambiental inclui a noção de desenvolvimento sustentável.²⁰⁴ A primeira grande conferência internacional sobre meio ambiente (Estocolmo, 1972) reforça a marca da consciência ambiental com as ênfases a questões relativas ao desenvolvimento econômico.

Outras conferências internacionais se sucederam e, no Brasil, a política nacional do meio ambiente incluiu fins, mecanismos, formação, aplicação e gestão no seu texto, sendo, portanto, a mais importante lei ambiental brasileira do século XX, sendo inclusive recepcionada pela Constituição de república de 1988, já no período de redemocratização do Brasil, e promulgada quase dez anos após a sua elaboração.

Ao desenhar toda a sistemática das políticas públicas ambientais brasileiras, a Lei n. 6.938/81 demonstrou arrojo e inovação interna frente ao debate global sobre questões de gestão ambiental. Foi uma lei geral ao enfrentar questões específicas (BENJAMIN, 1999), desde o combate à poluição até a estruturação da gestão ambiental. De certa monta, foi importante como base normativa para a elaboração do texto da Constituição de 1988, no capítulo meio ambiental.

203 O primeiro relatório emitido pelo Clube de Roma se denominou “Relatório Meadows”, apresentado por Dennis Meadows e editado nos Estados Unidos em 1972. Sobre o papel dos “Límites do Crescimento”, onde a primeira vez se debate sobre a grave crise ecológica que afeta o planeta, Gallastegui Zulaica (2011).

204 “Relatório Brundtland” conhecido também como “*Our Common Future*”, elaborado pelas Nações Unidas e publicado em 1987 depois de vários anos de estudos, debates e reuniões. Teve o mérito de trazer ao primeiro plano, e com força, a opinião pública em todo o mundo sobre as questões relativas ao desenvolvimento econômico e industrial. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Nota del Secretario General NACIONES UNIDAS ASSEMBLEA GENERAL, 1987. http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_Lecture_1/CMMAD-Informe Comision-Brundtland- sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf.

Por outro lado, o artigo 225 da Constituição brasileira²⁰⁵ assimila princípios da Declaração de Estocolmo,²⁰⁶ complementando a finalidade última da política nacional do meio ambiente para sustentar mecanismos necessários para a efetividade da gestão, para a formação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e saudável.

A lei de criação da Política Nacional do Meio ambiente nasceu nesse contexto de transformação e de crise no Brasil, marcada pela gestão integrada dos recursos naturais expressa pela primeira vez²⁰⁷ e teve como principal objetivo a criação do Sistema Nacional do Meio ambiente (SISNAMA), com diretrizes a serem cumpridas pelos Estados e Municípios brasileiros de forma transversal, e com descentralização de competências, sobretudo quanto a questões relativas à organização institucional, gestão ambiental, combate à poluição além de previsão de mecanismos participativos da população.

A criação do Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio ambiental, e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) orienta a organização da gestão governamental²⁰⁸ na área ambiental com a liderança federativa, aprovando resoluções sobre a elaboração e exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório do Impacto Ambiental (RIMA).

Nesse contexto, se tornou imprescindível a definição dos novos papéis dos entes federativos, na aplicação da legislação federal a partir da Constituição de 1988. Com a transferência de competências administrativas para estados e municípios, por outro lado, foi mantida a concentração do poder central em matéria ambiental, como tática de preservação das prerrogativas legislativas da União.

Nesse contexto o Brasil operou um relevante avanço nas políticas nacionais, e na estruturação de competências dos entes federativos a partir da Constituição de 1988, atribuindo efetivo significado a PNMA, de 1981, criando um cenário propício para a estruturação dos governos e a boa execução dos objetivos ambientais propostos a nível nacional e internacional.

Entretanto, pontos vulneráveis da regulação ambiental no Brasil impuseram limites, todavia insuperáveis para o alcance da eficácia de um controle efetivo dos problemas ambientais brasileiros. Tais eventos e práticas

205 Art. 225 da Constituição Federal de 1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.(BRASIL, 1988).

206 Além da importância do movimento ambiental denominado “Frente verde” que atuou diretamente junto aos congressistas para a inclusão do artigo 225 e a inclusão da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” como princípio e ideia-força para as ações governamentais em defesa da cidadania

207 Monosowski (1989).

208 Através das Resoluções n. 001/1986 e 009/1987.

constituem verdadeiro impedimento ao alcance das metas de melhoria gerencial das crises ambientais, e controle de rotinas administrativas, no marco de um modelo rápido, moderno e efetivo, gerando uma realidade disforme que impedem análises verosídimeis sobre os impactos das ações sobre o meio ambiente²⁰⁹ provocado em grande medida pelo excesso burocrático das administrações públicas estaduais e municipais.

A prática das atividades econômicas com enfoque na regulação ambiental instrumentalizada, a partir da Política Nacional do Meio ambiente, e a conseqüente criação dos órgãos de atuação meio ambientais no Brasil, em todos os níveis federativos, condicionaram os compromissos pela pauta verde, consolidado a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Esse avence gradual se intensificou na década de 1990, e no início do século XX pelos marcantes eventos internacionais realizados, e nos discursos dos países que incluíram a temática ambiental como mecanismo para respaldar decisões bilaterais e multilaterais em matéria econômica, ou seja, as parcerias e políticas exteriores estiveram orientadas por programas antipoluição, desenvolvimento energético e uso e conservação ecológica.

A realização da conferencia das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), no Rio de Janeiro, denominada Rio-92 assegurou o protagonismo do Brasil como anfitrião e também compromissário dos acordos sobre Clima e biodiversidade, A agenda 21, Declaração para o meio ambiente e desenvolvimento sustentável, e proteção das Florestas.

No âmbito da viabilidade financeira na execução de projetos de âmbito sustentável, o Banco Mundial ocupou papel decisivo no início da década de 1990, com a concessão de empréstimos internacionais para a implantação do Programa Nacional do meio ambiente no Brasil, captando especial interesse a Hipótese da Curva Ambiental de Kuznets (CAK).²¹⁰ Com a publicação do *World Development Report*²¹¹ do Banco Mundial(1992),²¹² denominado “Desenvolvimento e Meio Ambiente), onde analisa e conclui que a longo

209 Rei e Ribeiro (2014, 26-27) apontam que para a efetividade das soluções meio ambiental é necessário o estabelecimento de condições operacionais para a adequada implantação das normas, com a organicidade institucional, contratação de técnicos especializados, aplicação de infraestruturas na Administração pública apropriada e viável, além de recursos financeiros e consciência social ambiental.

210 Saravia Lopez, V. Alejandra (2005). Evidencias de la relación medio ambiente-economía en el caso latinoamericano. La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos Pg. 259-260

211 World Bank. 1992. World Development Report 1992: Development and the Environment. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975> License: CC BY 3.0 IGO.

212 Apresenta por primeira vez a relação, em gráficos, entre o produto interno Bruto per capita e cada um dos mais importantes contaminantes.

prazo o crescimento econômico permite efeitos benéficos sobre o Estado do Meio ambiente.

3 SUSTENTABILIDADE NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A onda regulatória mundial dos anos 90 alcançou o sistema econômico-ambiental brasileiro, convertido em um conjunto de regramentos pouco impactantes, e às vezes, contraditórios nos âmbitos das administrações públicas, entre os estados-membros e municípios. Houve certa incapacidade em gerar um modelo empresarial coordenado e sistematizado para um direcionamento comum, e permanente dos mercados.

A grande tradição centralizadora do Governo Federal, responsável por construir o sistema nacional de meio ambiente, e a reforma do Código Civil, com a geração do livro da empresa (Código Civil 2002) não oportunizou a criação de um modelo desconcentrado, avançado e moderno dificultando assim a efetividade de uma Política empresarial Nacional do Meio ambiente de modo uniforme e estável.

Os instrumentos de política ambiental falharam na formulação de ações de proteção (GRANZIERA, 2015, p. 78), onde a partir da própria PNMA traziam ferramentas estratégicas para o sucesso da mesma (MILLARÉ, 2009), no qual a fase de implementação (SECCI, 2010), imprescindível para a resolução de problemas públicos, se mostrou deficitária. Esse seria o aspecto essencial para simbolizar as falhas e limitações das políticas públicas ambientais no Brasil. A ausência de capacidade de identificação de equívocos na tomada de decisão, que, muitas vezes, necessitariam da intencionalidade pública, associada a uma rápida e eficiente resposta também aos problemas sociais como combate às desigualdades e o subdesenvolvimento.

Dentro desse recorrido histórico, a elaboração da lei de crimes ambientais ocupa um espaço fundamental no capítulo referente à responsabilização penal ambiental, consubstanciada pela Lei n. 9.605/1998 demonstrando que, em certa proporção, a cultura legislativa tem demonstrado ser uma das principais estratégias para assegurar o comando e a confluência de ações institucionais dos entes federativos.

Assim mesmo, a competência ambiental no Brasil esteve ao ritmo da institucionalização da política ambiental, às vezes desconectada dos problemas cotidianos de cunho econômico e sociais, do país. Tais medidas deveriam estar associadas a respostas a demandas e influências externas (ANTUNES, 2000).

Entre o final da década de 90, e a década de 2000, houve um decréscimo dos gastos orçamentários vinculados à gestão ambiental.²¹³ Essencialmente,

²¹³ Segundo dados do IPEA (2017). A principal conclusão dessa análise foi que, no período entre 1993 e 2000, apesar dos compromissos assumidos na Rio-92, os gastos públicos ambientais brasileiros não aumentaram. O gasto federal flutuou entre 0,4%

em “programas administrativos” (MAGALHAES DE MOURA, 2016, p. 98) com alcance de quase 70% de gastos com a quitação da folha de pagamento de pessoal ativo e inativo).

Os instrumentos previstos pela Lei n. 6.938/81, recepcionados pela Constituição da República, e estruturados no conjunto normativo ambiental da década seguinte estiveram essencialmente dirigidos à Administração pública dentro do conjunto de suas competências, nas ações de prevenção, proteção e atuação direta, e com o poder de polícia, sobre a qualidade ambiental.

A imposição de limites às condições ambientais de certa forma ignorou as estruturas societárias, nas grandes e pequenas empresas. Sem embargo, a conexão das legislações civil e empresarial também implicou no planejamento e na melhor gestão econômico-ambiental, de qualidade, que, de maneira transversal, atinge a todo o tecido produtivo, independentemente da natureza jurídica e do objeto da atividade empresarial. Assim, com o uso adequado de instrumentos de criação de empresas, como de avaliação e capacidade técnica de permanência no conjunto produtivo da sociedade se capacita e se garante a efetividade do sistema jurídico, permitindo, inclusive a aplicação da sustentabilidade em todas as fases da existência da empresa.

Os governos industrializados, em contrapartida, seguem há vinte anos com grandes preocupações em torno do aprimoramento das técnicas gerenciais dirigidas ao encaixe do desenvolvimento sustentável, controle econômico e cumprimento das normas internacionais em matéria de meio ambiente.

O conceito de economia verde foi proposto pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 2011), para a melhora do bem estar humano e a equidade social, e ao mesmo tempo a redução dos riscos ambientais e da escassez ecológica. Ao passo que durante a década de 2000 várias publicações²¹⁴ apontam possíveis efeitos das mudanças climáticas sobre enfermidades relacionadas ao clima do Brasil, como questões respiratórias, relacionadas com o calor, má nutrição, inundações e ausência de saneamento básico.

Nesse cenário de referência, e de tendência Brasil segue contínua, segundo recente relatório da CEPAL²¹⁵ (2020) dependendo em grande medida dos mercados externos para obter bens de alta tecnologia e abastecer a crescente demanda de combustíveis fósseis. Nesse sentido, conclui as estatísticas informando que o crescimento econômico é insuficiente para

e 1% do produto interno bruto (PIB).

²¹⁴ Peterson, A. T. y J. Shaw (2003). Hopp, M. y J. Foley (2001).

²¹⁵ Construir un nuevo futuro Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf.

alcançar os objetivos de redução do problema, ao mesmo tempo em que implica no aumento das emissões de carbono.

A estratégia de prevenção implica menos custos que a reparação dos danos, as implicações ambientais também são econômicas, como apontam os estudos de medição de efeitos e do impacto demográfico, social econômico e ambiental dos desastres da CEPAL²¹⁶ sobre os recentes gastos econômicos na reparação das tragédias ambientais (CEPAL, 2014).

Os relatórios da CEPAL demonstram que o Brasil continua dependente em grande medida dos mercados externos para obter bens de alta tecnologia. Porquanto o crescimento econômico se mostra insuficiente para reduzir a pobreza e as desigualdades regionais o desenvolvimento dos investimentos rurais em larga escala também potencializam o fenômeno do descontrole ambiental associado ao aumento de emissões de carbono, dentre outras hipóteses.

Avaliar o conjunto, e os resultados, da política nacional ambiental, voltada para uma economia sustentável, implica também incorporar ao direito empresarial, uma espécie de modelagem para as metas quanto à qualidade, quantidade, custos e melhoramento sucessivo da qualidade das políticas (ORDOÑEZ, 2013) onde, muitas vezes, as restrições reais ao seu avanço residem ao ritmo das ações governamentais que se soma a pluralidade de interesses e expectativas sociais, ademais da complexidade técnica presente nas soluções aos problemas ambientais (COSSÍO; HINESTROZA, 2017, p. 20)

Assim, esses dados podem auxiliar com maior precisão para a construção de um novo marco institucional de atuação, mais ativa, e não somente reativa, aos fatores de degradação associada ao desenvolvimento sustentável efetivo, com a redução de riscos²¹⁷ coordenada e encarregada da investigação, capacitação e prevenção ambiental, e apoio aos setores produtivos de todas as atividades econômicas.

Em consequência, atuar em prol da sustentabilidade implica a resolução de problemas fixados pelo cumprimento da Política nacional do meio ambiente forjada há quatro décadas, que, deve estar pautada, como proposição futura, pela unificação de um novo modelo regulatório sistêmico e coordenado com enfoque também no direito civil e empresarial.

A necessidade do Estado de regular e controlar as questões socioambientais e empresariais pressupõe em síntese, o fortalecimento do setor produtivo e econômico-financeiro, do programa de prevenção,

²¹⁶ Consequências dos efeitos causados pelos eventos como a redução do crescimento econômico e queda no bem estar das pessoas, dentre outras.

²¹⁷ Vargas (2000) adverte ser muito débil o compromisso político que, com poucas exceções nos sistemas dos países latino-americanos, tem como principal regra a resposta tardia as emergências produzidas, e, somente em casos esporádicos com atos preparatórios e preventivos para o combate aos danos ambientais, portanto, com escassa força preventiva.

e das instituições públicas organizacionais, e de coordenação efetiva das agências ambientais a nível nacional, estaduais e municipais, bem como do empoderamento da sociedade civil, em gerar soluções integradas.

A Lei n. 11.101/2005, prevê a recuperação judicial inclusive a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o que em si, representa um avanço em um sistema legislativo de garantias, e de proteção ao conjunto produtivo da sociedade, e aos pequenos empreendedores.

Em resumo, tal legislação implica em um procedimento judicial cujo objetivo é avaliar essencialmente a capacidade econômica das empresas em dificuldades financeiras, e de gestão. O principal objetivo da lei de recuperação judicial consiste em evitar a quebra, e, portanto, avaliar as capacidades de reestruturação, e restabelecimento o que implica, também, avaliar a função social da empresa, bem como seu papel no mercado. As reais capacidades da permanência na vida empresarial implicam em uma união de fatores que atuam de modo oblíquo, condicionando dimensões que irão além da exclusiva geração de lucros, e produção de riquezas.

Esse processo multidimensional da empresa, previsto no diploma constitucional brasileiro (artigo 170) foi absolutamente ignorado pelo legislador ordinário falimentar, deixando de oportunizar a aplicação do princípio da sustentabilidade como um dos fatores mais destacados no perfil da empresa no Brasil.

As crises empresariais se operam oriundas de distintas raízes, sociais, econômicas, ambientais, considerando diferentes contextos e episódios que afetam direta ou indiretamente as consequências de funcionamento regular de uma empresa.

O funcionamento, e as relações socioambientais, também são alcançados pelo desaparecimento de empresas do mercado e são elementos-chave que poderiam estar pormenorizados na Lei n. 11.101/2005. A LRJ somente assegura princípios e elementos procedimentais de cunho eminentemente financeiro, que deverão ser levados em conta para o alcance da recuperação judicial.

A LRJ deixa claro no artigo 47 que o objetivo da recuperação judicial é a superação “da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Entretanto, resume a função social da empresa à questão de saneamento de contas trabalhistas. Fazzio Junior (2012, p. 121) reconhece que a LRJ alimenta e pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa. Nesse sentido, apresenta um desdobramento não apenas empresarial como também trabalhista, com desdobramentos meramente econômico-financeiros, afirmando, portanto, o compromisso da legislação brasileira com a preservação da empresa, e

do emprego, em seus aspectos mais amplos, preocupando-se com a função social, como elemento de desenvolvimento humano e estabilidade dos mercados e das relações interpessoais.

Por outro lado, a lei já não se refere a outros aspectos de desenvolvimento social e engajamento à defesa dos interesses de manutenção e restabelecimento de empresas deficitárias em nenhuma outra passagem.

Ao tratar do rol taxativo de meio de recuperação judicial, previsto no art. 50 exclui qualquer oportunidade de avaliação além das dívidas apresentadas pela empresa, dentro, portanto, de aspectos meramente contábeis. O art. 51 enumera os documentos a instruírem o pedido de recuperação, sendo reduzidos aos meros aspectos patrimoniais e exclusivamente financeiros. Como elemento de destaque também contábil, mas de viés social, consta existência de apresentação de relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento.

Com efeito, não conseguirá alcançar êxito em diminuir juros bancários, o que seria uma grande oportunidade para as empresas alcançarem êxito em suas recuperações, honrando suas obrigações, uma vez que o sistema financeiro é quem dita as normas do jogo.²¹⁸

Com efeito, no plano de recuperação judicial (art. 53), além de limitar o prazo a um ano, estabelece somente razões de caráter econômico-financeiras como condições a serem apresentadas tais como a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica, e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Assim, a tese da função social das empresas nem sequer consiste em um disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.

Comparato²¹⁹ nos recorda sobre o extenso caminho até o desenvolvimento, como um processo de longo prazo, capaz de induzir políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político. Ademais de não servir como referência real para a consecução do que preceitua, a Constituição da República quando assegura, no artigo 193 que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social.

²¹⁸ CLARO, Carlos Roberto. Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: LTR, 2009, p. 223.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 441.

4 CONCLUSÃO

A relevante trajetória da legislação ambiental brasileira demonstra sua importância para a construção do direito brasileiro muito além do direito ambiental. A ideia-força do desenvolvimento sustentável foi construída a partir dos princípios previstos na Constituição de 1988, e do sistema internacional de direitos humanos. Entretanto, embora previsto como princípio no modelo constitucional do Brasil não é seguido como devido pelo conjunto do sistema normativo vigente.

Como marco legal preponderante a legislação de recuperação de empresas e falência trouxe características regulatórias imprescindíveis para a formação do regime jurídico empresarial brasileiro do século XXI, estruturando todo o sistema de organismos e instituições com responsabilidade e compromisso com a recuperação mais além da falência como instituto definitivo de morte à empresa.

Em contrapartida a inovação da temática da recuperação no sistema jurídico interno não inseriu um tratamento eficiente às empresas em dificuldades. Ao mesmo tempo foi intensão do legislador estruturar, e modernizar o direito empresarial para o século XXI, com a inauguração de pressupostos jurídicos capazes de estruturar, por meio de princípios, fundamentos normativos, e de gestão, ofertando alternativas possíveis para o alcance dos objetivos econômicos e sociais de preservação da estabilidade empresarial voltada ao desenvolvimento humano.

Assim, nesse cenário, é relevante destacar o caráter multidimensional da sustentabilidade como “valor humano”, e com transcendência em todos os aspectos do cotidiano social, quando diz respeito a distintas dimensões não apenas jurídicas, sendo imprescindível ser incluída, também, no contexto da economia de mercado e nos distintos setores produtivos da sociedade, dos macros aos microempresários.

A crise da empresa é a crise do Estado, representa o fracasso social, em diversas conexões, que produzem consequências sociais, societárias, produtivas e ambientais. Tais consequências são absolutamente complexas, e multidimensionais, que danam o conjunto da sociedade, incluindo empresários, empregados, clientes, poder público, consumidores e produtores, em uma cadeia interminável de desastres que se perduram no tempo.

A lei de Recuperação Judicial, norma imprescindível para o direito brasileiro, não foi capaz de cumprir os pressupostos constitucionais da ordem econômica, tem êxito a “morte” da empresa sem levar em consideração a sustentabilidade como um dos fatores relevantes de preservação, e proteção do tecido produtivo.

Desse modo a LRJ ignora a sustentabilidade e não dá sentido ao que prediz como função social da empresa. A sustentabilidade da empresa,

para fins da lei de recuperação judicial seria, portanto, a opção necessária e integradora dentro de um mesmo conceito simbólico de restabelecimento e reinvenção da empresa.

Seria, portanto a referência objetiva, e condição para atender aos três pilares fundamentais para a recuperação da empresa no Brasil: ambiental, social e econômico, na consecução da plena eficácia da norma, e proteção integral da dignidade humana em suas múltiplas dimensões.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BRESSER PEREIRA (1998). **Economia brasileira: Uma introdução crítica**. 3ed. São Paulo: Editora 34. 1998.
- CEPAL (2003). *Proyecciones de América Latina y el Caribe, 2003, Serie estudios estadísticos y prospectivos*, Naciones Unidas, Santiago. Chile
- CEPAL (2014). *Manual para la evaluación de desastres*. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35894/1/S2013806_es.pdf.
- CEPAL (2020). **Construir un nuevo futuro Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad**. 2020. 26 a 28 de octubre https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSSÍO BALNDÓN, F., HINESTROZA CUESTA, L. (2017). **La evaluación y seguimiento de las políticas ambientales: una etapa en el olvido**. *Advocatus*, 2 (29). <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1671>.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GALLASTEGUI ZULAICA, M.^a Carmen(2011). **Los límites al crecimiento, el cambio climático y la innovación**. Departamento de Análisis Económico I Instituto de Economía Pública. UPV/EHU. RBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. Vol. 1 87 - 752 noviembre-diciembre.
- HERMANN, Benjamin (1999). **Legislação Ambiental**. São Paulo: Imesp. 2. ed. de 1999.
- HOPP, M. y J. FOLEY (2001). “**Global-scale relationships between climate and the dengue fever vector, Aedes aegypti.**” *Climatic Change* 48: 441-463.

- IPEA (2017). Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro. **Gastos ambientais no Brasil: proposta metodológica para aplicação no orçamento.** federal.http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8201/1/TD_2354.pdf
- LIMA, José Luiz. **Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80, 1934-1984.** Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade do Brasil, 1995.
- MAGALHÃES DE MOURA, Adriana Maria (2016) **Governança Ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6800>.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONOSOWSKI, E. (1989). **“Políticas ambientais e desenvolvimento no Brasil”.** São Paulo: Cadernos FUNDAP.
- ORDOÑEZ, G. (2013). **Manual de análisis y diseño de políticas públicas.** Colombia, Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- PETERSON, A. T. y J. SHAW (2003). **“Lutzomyia vectors for cutaneous leishmaniasis in Southern Brazil: ecological niche models, predicted geographic distributions, and climate change effects.”** International Journal for Parasitology.
- PNUMA. (2011). **Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.** *Síntesis para los encargados de la formulación de políticas.* New York: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Recuperado de: www.unep.org/greeneconomy.
- RIBEIRO, V. P. (1977) **Qualidade do ambiente e seus reflexos econômicos e sociais.** Ministério do Interior, Brasília, DF.
- SARAVIA LOPEZ, V. Alejandra. (2005). **La economía mundial y América Latina.** Tendencias, problemas y desafíos Producto Interno Bruto; Distribucion del Ingreso; Política Económica; Política Ambiental; Medio Ambiente; Economía; Economía Ambiental; CAK, Curva Ambiental de Kuznets. Buenos Aires. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101013125319/10ParteII5.pdf>.
- SAUER, I. (2002) **Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro.** São Paulo: Programa de Interunidades de Pós-graduação de Energia/USP.
- SECCHI, Leonardo. (2010) **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos.** São Paulo: Cengage Learning.
- VARGAS, José Enrique (2002). CEPAL - SERIE Medio ambiente y desarrollo. **Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales.** <https://>

repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5749/S2002612_
es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

WORLD BANK. 1992. **World Development Report 1992: Development and the Environment**. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975>
License: CC BY 3.0 IGO.

8

RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA ASSOCIAÇÕES DESPORTIVAS SEM FINS LUCRATIVOS E A LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL (SAF)

Renato Dolabella²²⁰

RESUMO: No Brasil, as entidades desportivas historicamente se estruturaram na forma de associações sem fins lucrativos, inclusive no âmbito do futebol. Ao longo do tempo, essa situação foi motivo de diversos debates e normas, inclusive quanto à eventual equiparação dessas organizações a pessoas jurídicas de caráter empresarial. Uma das questões que se destacam nesse contexto é a (im)possibilidade de um clube de futebol requerer sua recuperação judicial, tema esse relevante por causa do alto grau de endividamento das maiores entidades brasileiras dessa modalidade. Com o advento da recente Lei de Sociedade Anônimas de Futebol, o assunto voltou a ter destaque, o que será trabalhado no presente artigo.

Palavras-chave: recuperação judicial; associações; futebol; SAF.

1 INTRODUÇÃO

O Cruzeiro Esporte Clube, uma das maiores agremiações desportivas do país, entrou em grave crise financeira, como é de conhecimento geral. A delicada situação do clube gerou inclusive a mudança de seus gestores, que têm apresentado propostas para a solucionar os problemas da entidade. Algumas delas chamam especialmente a atenção: a estruturação de uma

²²⁰ Advogado. Pós-Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Doutor e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI. Pós-graduado em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho – RJ. Presidente da Comissão de Direito das Parcerias Intersetoriais e Organizações da Sociedade Civil da OAB/MG. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/MG. Palestrante e professor de Propriedade Intelectual, Direito Econômico e da Concorrência, Direito do Consumidor, Direito da Cultura e do Entretenimento e Terceiro Setor em cursos de pós-graduação, graduação e extensão da Fundação Dom Cabral - FDC, do IB-MEC, da PUC, da Escola Superior de Advocacia da OAB, de Music Rio Academy e da Faculdade CEDIN. Contatos: www.dolabella.com.br e dolabella@dolabella.com.br.

recuperação judicial,²²¹ a conversão da entidade para um “clube-empresa”²²² ou até mesmo uma “refundação”,²²³ com a criação de uma nova pessoa jurídica. Na mesma linha, tem-se visto que o Botafogo de Futebol e Regatas, outra entidade tradicional e de porte similar, também tem enfrentado discussões a esse respeito.²²⁴

Considerando que ambos são associações, o debate levanta algumas questões. Poderia uma pessoa jurídica sem fins lucrativos requerer uma recuperação judicial, procedimento previsto na Lei n. 11.101/05? Por se tratar de agremiação desportiva, a legislação específica daria a ela algum tratamento diferenciado sobre esse tema, em comparação com as associações que exercem outras atividades? E, no caso de uma conversão para uma sociedade empresarial ou criação de nova pessoa jurídica atuante na mesma área, quais seriam as consequências jurídicas?

Essa análise é bastante relevante, não apenas para os casos concretos do Cruzeiro e do Botafogo. O precedente pode gerar impactos para as outras instituições privadas sem fins lucrativos de caráter desportivo, que totalizam quase 20.000 entidades no Brasil.²²⁵ Os episódios de crise financeira de clubes brasileiros usualmente levantam inclusive a pauta de “refundação” das organizações, a exemplo do que ocorreu com agremiações tradicionais como Parma, Fiorentina, Napoli e Glasgow Rangers. Porém, é importante destacar que nenhum desses casos ocorreu no Brasil e qualquer medida nessa linha deverá observar o que rege a legislação brasileira.

A “refundação” consistiria, em tese, na criação de uma nova pessoa jurídica. Até a edição da Lei n. 14.193/21 (Sociedade Anônima do Futebol), tal medida implicaria em sanções desportivas, como a obrigação de o novo clube começar disputando campeonatos em divisões inferiores, o que inclusive ocorreu com os clubes europeus citados acima. Porém, a Lei da SAF passou a permitir uma forma de reestruturação que assegura a

221 [https://www.foxsports.com.br/news/438411-ceo-do-cruzeiro-fala-em-orcamento-de-r\\$-mil-para-e-crava-ninguem-sera-contratado](https://www.foxsports.com.br/news/438411-ceo-do-cruzeiro-fala-em-orcamento-de-r$-mil-para-e-crava-ninguem-sera-contratado).

222 https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/cruzeiro/2019/12/26/noticia_cruzeiro,3825338/executivo-diz-que-caminho-para-cruzeiro-se-recuperar-e- virar-s-a.shtml.

223 <https://twitter.com/joaovitorxavier/status/1210342907380740097>.

224 <https://globoesporte.globo.com/futebol/times/botafogo/noticia/e-se-a-sa-nao-sair-entenda-a-lei-e-os-precedentes-que-podem-ajudar-o-botafogo-na-recuperao-judicial.ghtml>.

225 Segundo a pesquisa “Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil – FASFIL”, realizada pelo IBGE, havia 19.716 entidades sem fins lucrativos de esporte e recreação no Brasil em 2016. Isso representa 8,3% de um total de 236.950 associações e fundações privadas sem fins lucrativos. Dados disponíveis em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101647.pdf> (IBGE, 2019).

continuidade da posição do clube nas competições que vinha participando até então.²²⁶

Na mesma linha, antes da Lei n. 14.193/21, era nítido que qualquer tentativa de “refundação” ou reestruturação jurídica do clube implicaria em sucessão de responsabilidades nas esferas trabalhista, tributária e cível.²²⁷ Além disso, havia controvérsia sobre a possibilidade (ou não) de tais entidades se valerem do procedimento de recuperação judicial. A Lei da SAF também promoveu modificações nesse âmbito, mas, antes de adentrarmos essa norma, é importante entender o contexto jurídico que envolve as associações privadas sem fins lucrativos, forma jurídica usualmente adotada pelos clubes de futebol brasileiros até então.

2 ASSOCIAÇÕES E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As associações são pessoas jurídicas privadas,²²⁸ sem fins lucrativos, constituídas pela reunião de pessoas para exercício de alguma atividade lícita.²²⁹ Se atuarem em algum campo de interesse social, tais entidades serão consideradas como parte do Terceiro Setor.²³⁰ São criadas por meio

²²⁶ Lei n. 14.193/21. Art. 2º A Sociedade Anônima do Futebol pode ser constituída: I - pela transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol; II - pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol; III - pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento. § 1º Nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo: II - a Sociedade Anônima do Futebol terá o direito de participar de campeonatos, copas ou torneios em substituição ao clube ou pessoa jurídica original, nas mesmas condições em que se encontravam no momento da sucessão, competindo às entidades de administração a devida substituição sem quaisquer prejuízos de ordem desportiva.

²²⁷ Estudamos o assunto em outra oportunidade, antes da edição da Lei da SAF. Para um estudo das implicações de sucessão em uma refundação “tradicional”, veja: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317853/recuperacao-judicial-para-associacoes-desportivas-sem-fins-lucrativos--mudanca-para-forma-empresarial--clube-empresa--ou-refundacao---im-possibilidades--requisitos-e-limitacoes>.

²²⁸ Lei 10.406/02 (Código Civil). Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações.

²²⁹ Constituição da República de 1988: Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. Lei 10.406/02 (Código Civil): Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

²³⁰ “O conceito de Terceiro Setor se baseia na consideração de que haveria um Primeiro Setor, constituído pelo Estado, e um Segundo Setor, incorporado pela iniciativa privada com fins lucrativos. Seguindo essa lógica, o Terceiro Setor seria, portanto, composto por organizações da sociedade civil (OSCs), que planejam e executam ações de interesse social sem intuito econômico. Nesse sentido, pode-se notar entre pontos de semelhança e diferença entre esses campos protagonizados, respectivamente, pelo Poder Público, pelo Empresariado e pela Sociedade Civil” (MELO e CAMPOS, 2019, p. 265).

do registro do seu Estatuto no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.²³¹

Já as sociedades buscam o lucro, uma vez que seu objetivo é a partilha do resultado de uma atividade de produção de bens ou serviços.²³² Juridicamente, podem assumir a forma empresária, caso exerçam atividade econômica organizada e estejam inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis/Juntas Comerciais.²³³ Uma sociedade devidamente registrada nesses termos dá origem a uma pessoa jurídica. Assim, associações e sociedades empresárias são tipos diferentes de pessoa jurídica²³⁴ e estão sujeitas a leis distintas em relação a várias questões. Uma delas é justamente a possibilidade (ou não) de requerer uma recuperação judicial, com base na Lei n. 11.101/05. Esse instrumento tem o objetivo expresso de “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, conforme artigo 47 dessa norma. Basicamente, a recuperação judicial implica na suspensão de ações e execuções contra o devedor e abre a possibilidade de renegociação de suas dívidas.

A Lei n. 11.101/05 prevê sua aplicação no caso da sociedade empresária, mas não estende expressamente suas disposições às associações, que se tratam de um tipo diferente de pessoa jurídica. Em função disso, historicamente o Judiciário negava às entidades sem fins lucrativos a possibilidade de recuperação judicial. Porém, a jurisprudência sobre o

²³¹ Lei n. 10.406/02 (Código Civil): Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos): Art. 114. No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: I - os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública.

²³² Lei 10.406/02 (Código Civil): Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

²³³ Lei 10.406/02 (Código Civil): Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

²³⁴ Lei 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial): Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

tema tem dado mostras recentes de possibilidade de aplicação de RJ a tais instituições, o que configura uma alteração do entendimento judicial sobre o assunto. O caso da Cândido Mendes, instituição de ensino privado sem fins lucrativos, é provavelmente o precedente mais relevante nesse sentido. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que, apesar de não ser estruturada na forma empresarial, a Cândido Mendes poderia requerer recuperação judicial por exercer atividade econômica.²³⁵ No caso, é importante destacar que existe uma diferença entre entidade sem fins lucrativos e sem fins econômicos.

Atividade econômica é a produção organizada de bens ou serviços. Já a finalidade lucrativa não tem relação com a atuação em si da pessoa, mas sim com a destinação que é dada ao resultado dessa atividade. Se os resultados financeiros oriundos da atuação da pessoa jurídica forem partilhados entre sócios, então considera-se que ela tem fins lucrativos. Se a destinação desses recursos, ao contrário, for o reinvestimento na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais, então considera-se que não há finalidade de lucro. Esse conceito está previsto no art. 12, § 3.º da Lei n. 9.532/97²³⁶ e deixa claro que o que configura o fim lucrativo não é a obtenção de receita/superávit, mas sim que é feito com esses valores.

Nessa linha, é possível o exercício de atividade econômica (geração de bens e serviços) sem finalidade lucrativa (sem partilha dos resultados financeiros entre sócios). Esse entendimento foi inclusive objeto do Enunciado Administrativo nº 534 do Conselho da Justiça Federal /STJ: “as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”.²³⁷

No caso dos novos precedentes judiciais admitindo a recuperação judicial para entidades sem fins lucrativos, a linha de raciocínio foi justamente essa. Como o espírito da RJ é buscar meios de preservação da pessoa jurídica que exerce uma atividade econômica, dado especialmente seu impacto socioeconômico (inclusive no que diz respeito a geração de empregos), o fato de uma instituição atuar sem visar lucros não poderia ser um impeditivo.

Porém, deve-se destacar que a questão ainda é recente e polêmica, uma vez que se trata de uma aplicação da figura da recuperação judicial por analogia (considerando que não há expressamente a previsão de RJ na legislação atual para entidades sem fins lucrativos), Logo, dada essa

²³⁵ <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,justica-confirma-recuperacao-judicial-da-universidade-candido-mendes,70003424518>.

²³⁶ Lei 9.532/97: Art. 12, § 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

²³⁷ <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/145>.

incerteza, é importante avaliar também se existem outras possibilidades para a recuperação judicial, de acordo com a legislação desportiva.

3 LEI PELÉ (LEI N. 9.615/98)

O artigo 27, § 13.º da Lei Pelé apresenta disposição expressa equiparando as entidades desportivas profissionais às sociedades empresárias, independente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas.²³⁸ Não há dúvida que Cruzeiro e Botafogo se enquadram nessa hipótese, pois participam de competições de forma profissional. Nesse âmbito, a pergunta então passa ser a seguinte: a hipótese de equiparação às sociedades empresárias, prevista na Lei Pelé, poderia embasar um pedido de recuperação judicial por uma associação desportiva sem fins lucrativos, caso atue de forma profissional?

No caso, o ponto a ser destacado é a abrangência dessa equiparação. O artigo 27, § 13.º da Lei n. 9.615/98 indica expressamente que as atividades profissionais das entidades desportivas se equiparam às das sociedades empresárias especificamente “para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei” (Lei Pelé). Porém, a recuperação judicial está prevista em outra legislação (Lei n. 1.101/05), não havendo nenhuma disposição sequer sobre o tema na Lei n. 9.615/98. Essa limitação parece indicar que a equiparação às sociedades empresárias não poderia ser invocada para requerer uma recuperação judicial, uma vez que não se trata de tema relacionado à fiscalização e controle das disposições da Lei Pelé.

4 SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF (LEI N. 14.193/21)

Em 6 de outubro de 2021, foi publicada a Lei n. 14.193/21, que trata da Sociedade Anônima do Futebol (SAF). Essa legislação introduziu novidades a respeito de vários temas relacionados às entidades dessa prática desportiva, como constituição, governança, controle, transparência, regime tributário e meios de financiamento da atividade futebolística. Porém, para

²³⁸ Lei 9.615/98 (Lei Pelé): Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. § 13. Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de que trata o caput deste artigo, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

os fins do presente artigo, deve-se destacar a especialmente a questão do tratamento dos passivos das organizações.

Para o caso de entidades já existentes, a nova legislação prevê a criação da SAF por meio da transformação do clube/pessoa jurídica original²³⁹ em uma Sociedade Anônima do Futebol ou pela cisão do seu departamento de futebol e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol à nova entidade. Nessas condições, há uma série de regras para pagamento dos débitos anteriores, inclusive condicionando que parte das receitas que a SAF repassar ao clube/pessoa jurídica original sejam obrigatoriamente destinadas à quitação desse passivo,²⁴⁰ sob pena de responsabilização pessoal de dirigentes.²⁴¹ Havendo cumprimento dessas disposições sobre quitação das dívidas e formalização de Regime Centralizado de Execuções,²⁴² os

239 Lei 14.193/21: Art. 1º Constitui Sociedade Anônima do Futebol a companhia cuja atividade principal consiste na prática do futebol, feminino e masculino, em competição profissional, sujeita às regras específicas desta Lei e, subsidiariamente, às disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. § 1º Para os fins desta Lei, considera-se: I - clube: associação civil, regida pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dedicada ao fomento e à prática do futebol; II - pessoa jurídica original: sociedade empresarial dedicada ao fomento e à prática do futebol.

240 Lei N. 14.193/21: Art. 10. O clube ou pessoa jurídica original é responsável pelo pagamento das obrigações anteriores à constituição da Sociedade Anônima do Futebol, por meio de receitas próprias e das seguintes receitas que lhe serão transferidas pela Sociedade Anônima do Futebol, quando constituída exclusivamente: I - por destinação de 20% (vinte por cento) das receitas correntes mensais auferidas pela Sociedade Anônima do Futebol, conforme plano aprovado pelos credores, nos termos do inciso I do caput do art. 13 desta Lei; II - por destinação de 50% (cinquenta por cento) dos dividendos, dos juros sobre o capital próprio ou de outra remuneração recebida desta, na condição de acionista.

241 Lei n. 14.193/21: Art. 11. Sem prejuízo das disposições relativas à responsabilidade dos dirigentes previstas no art. 18-B da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, os administradores da Sociedade Anônima do Futebol respondem pessoal e solidariamente pelas obrigações relativas aos repasses financeiros definidos no art. 10 desta Lei, assim como respondem, pessoal e solidariamente, o presidente do clube ou os sócios administradores da pessoa jurídica original pelo pagamento aos credores dos valores que forem transferidos pela Sociedade Anônima do Futebol, conforme estabelecido nesta Lei.

242 Lei n. 14.193/21: Art. 14. O clube ou pessoa jurídica original que optar pela alternativa do inciso I do caput do art. 13 desta Lei submeter-se-á ao concurso de credores por meio do Regime Centralizado de Execuções, que consistirá em concentrar no juízo centralizador as execuções, as suas receitas e os valores arrecadados na forma do art. 10 desta Lei, bem como a distribuição desses valores aos credores em concurso e de forma ordenada. § 1º Na hipótese de inexistência de órgão de centralização de execuções no âmbito do Judiciário, o juízo centralizador será aquele que tiver ordenado o pagamento da dívida em primeiro lugar. § 2º O requerimento deverá ser apresentado pelo clube ou pessoa jurídica original e será concedido pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, quanto às dívidas trabalhistas, e pelo Presidente

artigos 12 e 23 da Lei n. 14.193/21 preveem que fica “vedada qualquer forma de constrição ao patrimônio ou às receitas, por penhora ou ordem de bloqueio de valores de qualquer natureza ou espécie sobre as suas receitas, com relação às obrigações anteriores à constituição da Sociedade Anônima do Futebol”, de modo a blindar receita e patrimônio do clube/pessoa jurídica e da SAF.

Além disso, no caso de cisão do departamento de futebol, a SAF é obrigada a emitir ações ordinárias da classe A, para subscrição exclusivamente pela pessoa jurídica original ou clube que a constituiu.²⁴³ Este poderá integralizar o capital social por meio da transferência dos seus ativos, sendo vedada o desfazimento integral da sua posição acionária na Sociedade Anônima do Futebol enquanto houver obrigações anteriores à criação da SAF ainda pendentes.²⁴⁴ As ações classe A conferem uma série de prerrogativas, de modo que várias questões somente podem ser aprovadas em Assembleia Geral com a anuência do seu titular.²⁴⁵ Nesse contexto, vale

do Tribunal de Justiça, quanto às dívidas de natureza civil, observados os requisitos de apresentação do plano de credores, conforme disposto no art. 16 desta Lei.

243 Lei n. 14.193/21: Art. 2º A Sociedade Anônima do Futebol pode ser constituída: I - pela transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol; II - pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol; III - pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento. § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo: VII - a Sociedade Anônima do Futebol emitirá obrigatoriamente ações ordinárias da classe A para subscrição exclusivamente pelo clube ou pessoa jurídica original que a constituiu.

244 Lei n. 14.193/21: Art. 3º O clube ou pessoa jurídica original poderá integralizar a sua parcela ao capital social na Sociedade Anônima do Futebol por meio da transferência à companhia de seus ativos, tais como, mas não exclusivamente, nome, marca, dísticos, símbolos, propriedades, patrimônio, ativos imobilizados e mobilizados, inclusive registros, licenças, direitos desportivos sobre atletas e sua repercussão econômica. Parágrafo único. Enquanto o clube ou pessoa jurídica original registrar, em suas demonstrações financeiras, obrigações anteriores à constituição da companhia, será vedada: I - a transferência ou alienação do seu ativo imobilizado que contenha gravame ou tenha sido dado em garantia, exceto mediante autorização do respectivo credor; II - o desfazimento da sua participação acionária na integralidade.

245 Lei n. 14.193/21: Art. 2º, § 3º Enquanto as ações ordinárias da classe A corresponderem a pelo menos 10% (dez por cento) do capital social votante ou do capital social total, o voto afirmativo do seu titular no âmbito da assembleia geral será condição necessária para a Sociedade Anônima do Futebol deliberar sobre: I - alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade intelectual conferido pelo clube ou pessoa jurídica original para formação do capital social; II - qualquer ato de reorganização societária ou empresarial, como fusão, cisão, incorporação de ações, incorporação de outra sociedade ou trespasse; III - dissolução, liquidação e extinção; e IV - participação em competição desportiva sobre a qual dispõe o art. 20 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. § 4º Além de outras matérias previstas no estatuto da Sociedade Anônima do Futebol, depende da concordância do titular das ações ordinárias da classe A,

destacar diversas pautas que claramente são do interesse da torcida da agremiação, como participação em competição desportiva, mudança para outro Município e alteração de nome, símbolo e cores, entre outros temas. Assim, a previsão de participação do clube na tomada de decisão desses tipos de assunto, na qualidade de detentor das ações classe A, visa garantir mecanismos de proteção à tradição e história da entidade.²⁴⁶

Quanto ao procedimento de recuperação judicial, a Lei da SAF prevê expressamente sua possibilidade inclusive para entidades sem fins lucrativos.²⁴⁷ Sobre isso, uma primeira questão que naturalmente surge é se essa prerrogativa se aplicaria a qualquer associação de futebol ou apenas àquela que fizer um procedimento de criação de Sociedade Anônima do Futebol, nos termos da legislação. Uma leitura inicial poderia sugerir que a adesão à RJ seria restrita à associação que passasse pelo processo de criação de uma SAF, porque a Seção referente à recuperação judicial encontra-se especificamente inserida no capítulo da Lei n. 14.193/21 que trata sobre a Sociedade Anônima do Futebol. Porém, parece-nos mais correto entender que a possibilidade é ampla, na linha da mudança jurisprudencial que tem considerado ser aplicável a recuperação judicial para associações em geral, na medida em que exerçam atividade econômica. A própria Lei da SAF reconhece expressamente que os clubes (assim entendidas as associações

independentemente do percentual da participação no capital votante ou social, a deliberação, em qualquer órgão societário, sobre as seguintes matérias: I - alteração da denominação; II - modificação dos signos identificativos da equipe de futebol profissional, incluídos símbolo, brasão, marca, alcunha, hino e cores; e III - mudança da sede para outro Município. § 5º O estatuto da Sociedade Anônima do Futebol constituída por clube ou pessoa jurídica original pode prever outros direitos para o titular das ações ordinárias da classe A. § 6º Depende de aprovação prévia do clube ou pessoa jurídica original, que é titular de ações ordinárias da classe A, qualquer alteração no estatuto da Sociedade Anônima do Futebol para modificar, restringir ou subtrair os direitos conferidos por essa classe de ações, ou para extinguir a ação ordinária da classe A.

246 Inclusive, há registros no exterior de aquisição de clubes de futebol que foram sucedidas de propostas de alterações radicais na identidade da agremiação. Exemplo disso foi a compra do Cardiff City, do País de Gales, pelo empresário asiático Vincent Tan. Este alterou a cor do time de azul para vermelho e o símbolo no escudo, que era um pássaro, passou a ser um dragão (vide <https://blogs.oglobo.globo.com/planeta-que-rola/post/donos-do-cardiff-querem-mudar-as-cores-o-escudo-do-clube-444624.html>). Isso significou mudanças em aspectos tradicionais do clube, que os adotava há mais de cem anos. As alterações desagradaram os torcedores e foram posteriormente revertidas no todo ou em parte.

247 Lei n. 14.193/21: Seção V. Do Modo de Quitação das Obrigações. Art. 13. O clube ou pessoa jurídica original poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos seus credores, ou a seu exclusivo critério: I - pelo concurso de credores, por intermédio do Regime Centralizado de Execuções previsto nesta Lei; ou II - por meio de recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

de futebol, que são pessoas jurídicas sem fins lucrativos) têm atuação econômica, de modo a permitir a RJ.²⁴⁸

Uma segunda questão seria a consequência no caso de, eventualmente, um clube não conseguir cumprir as obrigações definidas no seu procedimento de recuperação judicial. Nesse caso, segundo a Lei n. 11.101/05, poderá ocorrer a sua falência. A indagação então seria se tal situação poderia afetar eventual transferência patrimonial que tenha sido realizada pelo clube, antes do requerimento de RJ, à Sociedade Anônima do Futebol. Deve-se destacar que, pela Lei n. 14.193/21, essa operação de alienação não precisa contar com a anuência dos credores, exceto se houver acordo anterior em sentido contrário.²⁴⁹

A princípio, o clube teria como possível patrimônio as suas ações classe A na SAF. Porém, como já explicado, esses bens têm um caráter extrapatrimonial muito forte, na medida que conferem prerrogativas de decisão quanto a temas importantes para a torcida e para preservação da história e tradição do time. Em um eventual procedimento de falência, a transferência ou alienação desse patrimônio para quitação de dívidas e satisfação de credores pode desvirtuar a função extrapatrimonial das ações classe A, na medida em que seu adquirente não necessariamente terá qualquer relação afetiva com o histórico do clube falido. Inclusive, pela característica do mercado de futebol, é importante lembrar que até clubes rivais podem ser credores uns dos outros, em função das operações de transferência de jogadores e os valores que são pagos por uma entidade desportiva à outra.

Nesse sentido, não é impossível que uma agremiação venha a ser detentora de ações classe A de outra entidade, por meio de um processo de falência e quitação de débitos de transferência de jogadores, especialmente porque a única limitação que a Lei n. 14.193/21 prevê quanto ao exercício de voto pelo acionista é no caso de sócio que tenha mais de 10% do capital votante ou total de uma SAF, sem a controlar, e ainda participe do capital de

248 Lei n. 14.193/21: Art. 25. O clube, ao optar pela alternativa do inciso II do caput do art. 13 desta Lei, e por exercer atividade econômica, é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se à Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Parágrafo único. Os contratos bilaterais, bem como os contratos de atletas profissionais vinculados ao clube ou pessoa jurídica original não se resolvem em razão do pedido de recuperação judicial e extrajudicial e poderão ser transferidos à Sociedade Anônima do Futebol no momento de sua constituição.

249 Lei n. 14.193/21: Art. 2º A Sociedade Anônima do Futebol pode ser constituída: § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo: IV - a transferência dos direitos e do patrimônio para a Sociedade Anônima do Futebol independe de autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas, inclusive aqueles de natureza pública, salvo se disposto de modo diverso em contrato ou outro negócio jurídico.

outra Sociedade Anônima do Futebol.²⁵⁰ Nesse contexto, vale lembrar que o clube credor não necessariamente participará do capital de outra SAF ou mesmo terá percentual de ações superior ao limite legal, de modo a impedir sua participação nas deliberações da outra entidade. Essa é uma questão bastante relevante e complexa, considerando especialmente a paixão que o futebol e os times despertam no público brasileiro.

Além disso, dependendo do contexto da estruturação da SAF e de uma eventual RJ fracassada, não se pode descartar questionamentos jurídicos com base nas regras de fraude a credores²⁵¹ ou à execução.²⁵² Um ponto relevante aqui é o artigo 1.115 do Código Civil, que preserva os direitos dos credores no caso de transformações societárias.²⁵³ Essa questão provavelmente será objeto de debates no futuro, especialmente porque ainda não há precedentes judiciais sobre os limites da Lei da SAF em casos assim.

250 Lei n. 14.193/21: Art. 4º O acionista controlador da Sociedade Anônima do Futebol, individual ou integrante de acordo de controle, não poderá deter participação, direta ou indireta, em outra Sociedade Anônima do Futebol. Parágrafo único. O acionista que detiver 10% (dez por cento) ou mais do capital votante ou total da Sociedade Anônima do Futebol, sem a controlar, se participar do capital social de outra Sociedade Anônima do Futebol, não terá direito a voz nem a voto nas assembleias gerais, nem poderá participar da administração dessas companhias, diretamente ou por pessoa por ele indicada.

251 Lei n. 10.406/02 (Código Civil): Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1º O Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles. Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

252 Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil): Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbada, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. § 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

253 Lei 10.406/02 (Código Civil): Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores. Apesar de esse artigo estar inserido em um capítulo que trata de sociedades, entendemos que o mesmo se aplica também às associações, seja em função do uso de analogia na falta de regra específica para entidades associativas, seja porque, no caso estudado, a transformação se destinaria justamente à estruturação de uma sociedade.

5 CONCLUSÕES

Antes mesmo da edição da Lei da SAF, pode-se perceber o surgimento de decisões judiciais admitindo a aplicação da recuperação judicial para entidades sem fins lucrativos, o que, como demonstrado, alcançaria boa parte das entidades desportivas do país. Porém, a nova legislação estabelece condições específicas para funcionamento da Sociedade Anônima do Futebol, sobretudo quanto ao pagamento de credores da agremiação futebolística original, o que é um tema crucial quando se trata de uma RJ.

A discussão é relevante não só pelas novas possibilidades (que devem ser examinadas também sob o aspecto crítico, considerando interpretações e limitações que possam surgir em eventuais casos de judicialização), mas também porque os problemas de gestão financeira hoje enfrentados pelo Cruzeiro e pelo Botafogo não são exclusivos dessas entidades. Há muito tempo se noticia o endividamento de grandes clubes de futebol brasileiros que, historicamente, adotaram o formato de associações sem fins lucrativos.

Um ponto muito relevante em toda a discussão é que qualquer modelo de reestruturação que venha a ser implementado não pode se prestar a lesar os credores da entidade. Tal situação pode inclusive implicar na responsabilização pessoal dos dirigentes que adotarem esse tipo de prática.²⁵⁴ Além disso, é fundamental perceber que o modelo do clube-empresa não será uma solução efetiva caso não seja acompanhado por uma gestão eficiente. Já há exemplos de entidades que adotaram esse formato e não tiveram sucesso.²⁵⁵ A bem da verdade, desde a Lei n. 8.672 (Lei Zico), de 1993, já era permitido às associações desportivas a adoção do formato de sociedades empresárias. Pelo que se percebe, muito pouco se avançou nesse quesito de lá para cá. Resta esperar que as mudanças na legislação e, sobretudo, os exemplos de problemas cada vez mais graves no âmbito da gestão dos clubes, motivem de fato uma alteração efetiva do estado de coisas nesse campo.

²⁵⁴ Lei n. 10.406/02 (Código Civil): Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei n° 13.874, de 2019) § 1° Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei n° 13.874, de 2019).

²⁵⁵ <https://www.metropoles.com/esportes/futebol/apos-w-o-figueirense-mantem-aposta-em-clube-empresa>.

REFERÊNCIAS

- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil**: 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.
- MELO, Renato Dolabella e CAMPOS, Mariana Mendes Álvares da Silva. A Execução de Políticas Públicas por Meio de Parcerias com o Terceiro Setor. in LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés e RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). **Temas de Direito Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- MELO, Renato Dolabella. Recuperação judicial para associações desportivas sem fins lucrativos, mudança para forma empresarial (clube-empresa) ou refundação: (im)possibilidades, requisitos e limitações. São Paulo: **Migalhas**, 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317853/recuperacao-judicial-para-associacoes-desportivas-sem-fins-lucrativos--mudanca-para-forma-empresarial--clube-empresa--ou-refundacao---im-possibilidades--requisitos-e-limitacoes> . Acesso em 09/12/2021.

9

A INAPLICABILIDADE DO TETO DE JUROS DE UM PORCENTO AO MÊS E DA VEDAÇÃO À SUA CAPITALIZAÇÃO EM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL AOS CONTRATOS DE *DIP FINANCING* QUE TENHAM, COMO FORNECEDOR DO CRÉDITO, PESSOA NÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

*Pablo Henrique de Oliveira*²⁵⁶

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo examinar se o limite da licitude da remuneração (juros) por empréstimos e financiamentos realizados por pessoas estranhas ao Sistema Financeiro Nacional, nos termos da legislação civil, são, ou não, aplicáveis a essas mesmas pessoas no âmbito do financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial (“*DIP Financing*”), conforme o regime instituído pela Lei n. 14.112 de 24 de novembro de 2020. O trabalho utiliza a pesquisa teórico-bibliográfica, assim como a documental no que diz respeito aos diplomas legais envolvidos.

Palavras-chave: recuperação judicial; *DIP financing*; financiamento do devedor; usura; Lei n. 11.101/2005; Lei n. 14.112/2020; Lei de Falência e Recuperação de Empresas (LFR); Código Civil; Lei de Usura; Decreto n. 22.626/1933.

1 INTRODUÇÃO

Uma das mais importantes modificações trazidas pela Lei n. 14.112 de 24 de novembro de 2020 para o aperfeiçoamento da Lei de Falências

²⁵⁶ Advogado graduado pela Faculdade Milton Campos. Sócio do Escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: pablo@machadomendes.com.

e Recuperações Judiciais (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, ou, simplesmente, “LFR”) foi a inserção de uma seção especialmente dedicada ao “Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial” (Seção IV-A, artigos 69-A a 69-F).

Cuida-se de uma bem-vinda tentativa de regular, ainda que em linhas gerais, o *Debtor In Possession Financing*, ou, pela sigla mais conhecida: o *DIP Financing*.

Nos Estados Unidos da América, local de origem da ideia e da denominação *DIP Financing*, a expressão *Debtor In Possession* refere-se à pessoa jurídica que, após protocolar o pedido de reorganização previsto no Chapter 11 do U.S. Bankruptcy Code (procedimento análogo à recuperação judicial brasileira) segue suas atividades sob sua própria administração, em contraposição às empresas cuja administração é transferida, judicialmente, para o *trustee*, figura que se assemelha ao administrador judicial da LFR.

DIP Financing, em um sentido mais amplo, sempre foi autorizado, desde a edição da LFR, por seus artigos 66 e 67, que já asseguravam a extraconcursalidade dos créditos respectivos em caso de decretação da falência do devedor, com precedência em quinta ordem²⁵⁷ para o seu pagamento (art. 84), em concorrência com as demais “obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial [...] ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência”, segundo a classificação do crédito e a ordem estabelecida no art. 83.

A Lei n. 14.112/2020 modificou sensivelmente as condições do *DIP Financing* e do crédito a ele correspondente, destacando:

a) a impossibilidade de “modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento”, de alteração de “sua natureza extraconcursal”, ou das “garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado” (art. 69-B);

b) a impossibilidade de anular ou tornar ineficaz “A alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado [...]”

²⁵⁷ Após as “I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência”; as “II – quantias fornecidas à massa pelos credores”; as “III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência”; e as “IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida”. V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor” (art. 66-A);

c) a possibilidade de “constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original” (art. 69-C);

d) a rescisão automática do contrato de financiamento, caso “a recuperação judicial seja convolada em falência antes da liberação integral dos valores” objeto do financiamento (art. 69-D), conservando-se as “garantias constituídas e as preferências [...] até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que convolar a recuperação judicial em falência” (art. 69-D, parágrafo único);

e) a inserção de norma que deixa expresso que o financiamento “poderá ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor” (art. 69-E) e de que “Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento [...] mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial” (art. 69-F);

f) a prioridade dos créditos do financiamento passou a ser terceira ordem (atrás apenas das despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência e dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador) (art. 84 c/c os artigos 150 e 151).

O novo regime do *DIP Financing*, longe de pretender esgotar o tema em todos os seus aspectos (tarefa que caberá, doravante, à doutrina e à jurisprudência), é, ainda assim, elogiável, principalmente porque conseguiu criar mecanismos de segurança jurídica difusos (para o devedor, o financiador e os credores), com impactos positivos no risco de concessão do crédito e, destarte, na atratividade do uso do financiamento como um incentivo à organização de um mercado brasileiro voltado para o investimento em *distressed assets* submetidos ao regime da LFR.

Os artigos 69-A a 69-F da LFR c/c seus artigos 83, 84, 150 e 151 trazem os elementos necessários à conceituação quase integral do *DIP financing* brasileiro: cuida-se de um contrato de financiamento – em sentido amplo, incluindo não só o mútuo, mas, também, outras formas de crédito – firmado entre qualquer pessoa e o devedor, no curso da recuperação judicial (após o seu deferimento e antes do seu encerramento), para uso nas atividades operacionais do devedor, nas despesas necessárias à sua reestruturação, ou para preservação do valor de seus ativos, garantido pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens do ativo não circulante do

devedor, ou por quaisquer bens de terceiros, sujeito a autorização judicial prévia, e cujo crédito, em caso de falência do devedor, é extraconcursal e precedente em terceira ordem (atrás apenas das despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência e dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador).

Excluem-se do conceito (embora, em linguagem genérica, também possam ser classificados como *DIP Financing*) outras espécies de financiamento ou empréstimos, sem garantia ou com garantia em ativos circulantes do devedor, que se submetem a regime distinto, podendo ser realizados no curso normal dos negócios, sem autorização judicial prévia ou previsão no plano de recuperação judicial (LFR, art. 67) e que, embora extraconcursais em caso de falência do devedor, ficam atrás na ordem de precedência de pagamento (LFR, art. 84, inciso I-E) e que, como dito, ainda concorrem com os créditos dos demais atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial (art. 83).

Para fins deste artigo – por questão de rigor terminológico – o termo *DIP Financing* será utilizado, exclusivamente, para os financiamentos previstos na Seção IV-A da LFR.

Elaborado um conceito para o *DIP Financing* brasileiro, o desafio seguinte é bem mais complexo: o desenho de uma moldura teórico-regulatória para esse tipo de financiamento constitui um repto para o legislador, para a doutrina e para a jurisprudência. Nos Estados Unidos, onde existem, há décadas, dezenas de cortes judiciais com competência material exclusiva para processar e julgar os casos de falência e de recuperação judicial²⁵⁸, ainda pendem discussões candentes sobre temas relacionados aos limites das mais variadas condições contratuais negociadas entre devedor e financiador durante a recuperação judicial.

Em 1993, Triantis (p. 903) publicou um artigo que se tornou importante referência, com a pretensão declarada de “apresentar uma teoria da regulação do *DIP Financing* que distinga entre os acordos financeiros desejáveis e indesejáveis” (tradução nossa) e, mais de duas décadas depois, não é difícil encontrar bons artigos científicos sobre o mesmo tema, ou nuances dele, nos campos do direito e da economia – alguns dos quais constam da bibliografia deste artigo.

O direito brasileiro ainda será obrigado a enfrentar temas a respeito de condições complexas do *DIP Financing*, tais como o *roll-up* (rolagem, ou transformação de crédito concursal em crédito extraconcursal), *debt covenants* (cláusulas contratuais que estipulam obrigações de fazer ou de não

258 ESTADOS UNIDOS. United States Code (U.S.C.), Título 28, § 1334(a). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1334>. Acesso em: 16 de janeiro de 2022.

fazer para o devedor, que podem implicar, por vias indiretas, transferência parcial de seu controle decisório para o financiador), *cross-collateralization* (autorização para que um credor concursal que proveja o *DIP Financing* use as garantias do *DIP Financing* também para seus créditos concursais), os métodos para se comparar propostas distintas e mutuamente excludentes de *DIP Financing* (como, por exemplo, a comparação de propostas de empréstimos com juros pré ou pós-fixados, a permissão de tomada de um empréstimo a custo mais elevado que outro, mas com prazos de carência e pagamento mais longos, para um devedor que esteja sofrendo de severa restrição de fluxo de caixa e não tenha ativos com liquidez imediata em quantidade suficiente para manter a fonte produtora), o *moral hazard*, incluindo as inúmeras possibilidades de colusão entre um credor concursal e o devedor etc.

Em meio à tamanha complexidade, a pretensão deste artigo é restrita ao exame de um fragmento do que pode vir a ser o início de uma teoria da regulação do *DIP Financing* brasileiro: os limites dos juros (remuneratórios e moratórios) e a possibilidade de cumulação de juros (anatocismo) em periodicidade inferior anual nos empréstimos realizados para devedores em recuperação judicial por pessoas não integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

A importância do tema proposto para estudo reside no fato de que os anos de vigência da LFR já comprovaram que, exceto pelas operações de desconto (cessão fiduciária) de duplicatas, na maior parte das vezes realizadas com fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC's), na prática, o devedor em recuperação judicial não tem acesso a financiamentos, seja de integrantes do SFN, seja de pessoas estranhas a ele (inclusive os interessados diretos na recuperação da empresa, tais como os próprios credores e outras pessoas ligadas ao devedor, familiares entre eles).

Um dos mais importantes motivos para a escassez quase integral de crédito decorre da circunstância de que a taxa de juros varia segundo o risco (salvo outros fatores que, embora extremamente importantes para o exame de outros temas, são irrelevantes nos limites do escopo deste artigo) de modo que, se as instituições do SFN não disponibilizam créditos ao devedor em recuperação, mesmo podendo cobrar um *spread* elevado, não serão os demais potenciais financiadores que o farão, posto que, para eles, a remuneração do capital seria, em princípio, legalmente limitada a doze por cento ao ano, permitida a capitalização em periodicidade apenas anual, por força da vetusta Lei de Usura (Decreto n.º 22.626/1933) e da igualmente antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como no art. 591 do Código Civil.

A questão que se põe para estudo, portanto, é saber se o novel regime do *DIP Financing* introduzido pela Lei n. 14.112/2020 autoriza, implicitamente, a cobrança, por pessoas estranhas ao SFN, de taxas de

juros superiores a um por cento ao mês e capitalização em periodicidade inferior à anual.

Para tanto, o artigo partirá de uma brevíssima abordagem histórica em torno da cobrança de juros de um modo geral, para, em seguida, procurar desenhar as fronteiras da aplicação da Lei de Usura segundo as razões que levaram o STF a determinar que, no Brasil, apenas as instituições componentes do SFN podem cobrar juros acima de um por cento ao mês e capitalizá-los em períodos inferiores ao anual, bem como se essas razões são, *mutatis mutandis*, aplicáveis ao regime dos financiamentos realizados no âmbito do sistema falimentar.

Localizada a questão nos moldes propostos, a questão passará a ser a análise da racionalidade do *DIP Financing* tal qual previsto na LFR após sua reforma, com o objetivo de compreender, sob diferentes critérios hermenêuticos, se os limites da Lei de Usura e do Código Civil são aplicáveis também aos financiamentos concedidos, no âmbito da recuperação judicial, por pessoas alheias ao Sistema Financeiro Nacional.

2 PEQUENA HISTÓRIA DOS JUROS E DA USURA ATÉ O “STATUS QUAECTIONIS” NO BRASIL

“Poucas práticas foram consideradas tão universalmente abomináveis quanto a usura. Através das eras, a usura foi condenada por profetas, sacerdotes, filósofos e poetas de todas as nações. Ela foi frequentemente considerada como o mais vil dos crimes. O profeta hebreu Ezequiel ladeou a usura com o estupro, o assassinato, o roubo e a idolatria, em uma lista de “coisas abomináveis” que receberiam a punição de Deus. Na Idade Média, estudiosos cristãos debateram se a usura deveria ser considerada extorsão, uma forma de roubo, ou um pecado contra a caridade e o Espírito Santo.” (tradução nossa)

Com esse resumo da eterna proscricção da usura, Joshua Vincent (2014, p. 1) começa um interessantíssimo artigo dedicado à visão das origens histórico-religiosas dessa prática no ocidente e no mundo islâmico.

A introdução tomada de empréstimo é magnífica em sua capacidade de sintetizar o sentimento humano ubíquo de asco ao usurário – que parece ter nascido quase concomitantemente à positivação das primeiras regras de conduta e aderido à humanidade, ao longo de milênios, como uma segunda pele. No mesmo artigo, Vincent lembra que a proibição jurídica da usura pode ser rastreada até o Código de Hammurabi (ano 1.760 a.C.).

Por volta do sétimo século A.C., a lei mosaica já cominava aos judeus uma proibição absoluta de cobrança de juros de outros judeus, mas permitia a prática da usura contra estrangeiros (Dt 23, 20-21).²⁵⁹ No mundo

²⁵⁹ “²⁰Não emprestes a teu irmão com juros, quer se trate de empréstimo de dinheiro, de viveres ou qualquer outra coisa sobre a qual é costume exigir um juro. ²¹Poderás

ocidental, essa segregação foi quase integralmente superada a partir da equiparação entre judeus e gentios, no Novo Testamento,²⁶⁰ sintetizada na doutrina²⁶¹ e na própria figura de Paulo de Tarso: judeu de sangue, romano pela terra e helenizado pela cultura. A partir da Idade Média, em meio ao acréscimo dos ingredientes grego e romano à receita formadora da cultura ocidental, por um lado, e à expansão do islamismo²⁶² no oriente, por outro, culminou-se com a proibição praticamente universal²⁶³ da cobrança de juros por dezenas de séculos.

No Brasil Colônia (e em Portugal, antes do descobrimento) a cobrança de juros permaneceu vedada, como era em quase todo o planeta, “salvo em certos casos especiais, que, pelo Direito Canônico e Civil, foram exceptuados”.²⁶⁴ até que, uma década após a Independência, os ventos do liberalismo, sob a inspiração da Revolução Francesa, sopraram forte por

fazer um empréstimo com juros ao estrangeiro; contudo, emprestarás sem juros a teu irmão, para que Iahweh teu Deus abençoe todo empreendimento, a fim de possuí-la” (Bíblia de Jerusalém).

260 “Nas tradições sinóticas mais antigas, já existia a ideia de que Cristo compreendia, ou passou a compreender, que sua obra incluiria os gentios (Mc 7.24-29). Porém, tal compreensão não é atestada tão tarde. Paulo é testemunha de uma abertura aos gentios que fez com que ele passasse a ser visto como “O apóstolo dos gentios”. Ele mesmo diz que lhe foi confiado o “evangelho da incircuncisão” (Gl 2.7). No livro de Atos, essa abertura se torna uma prática da comunidade a partir da experiência de Pedro, que foi chamado para comparecer à casa do centurião Cornélio e descobriu que Deus derramaria, sobre os gentios, o mesmo Espírito que havia derramado sobre os judeus seguidores de Jesus, no dia de Pentecostes (At 10.22)” (GOMES, 2021, p. 2).

261 Por exemplo, Ef 2 14-15: “Ele é nossa paz: de ambos os povos fez um só, tendo derrubado o muro de separação e suprimido em sua carne a inimizade - a Lei dos mandamentos expressa em preceitos -, a fim de criar em si mesmo um s[ó] Homem Novo, estabelecendo a paz.” (Bíblia de Jerusalém).

262 “Como é sabido, os muçulmanos não podem cobrar ou receber juros sobre certo capital. É importante notar que há intenso debate entre os estudiosos islâmicos em relação ao significado preciso do que seja usura e pagamento de juros (riba), embora a proibição básica sobre o pagamento ou recebimento de juros permaneça” (OUMAR DIALLO, 2012, p. 172).

263 “É contra êsse pano de fundo - uma economia agrária baseada numa miríade de trocas individuais, nas quais o dinheiro representava papel meramente marginal - que os primeiros ensinamentos sôbre a usura devem ser enfocados. Não havia surgido a era dos grandes investimentos no comércio marítimo. O grosso das transações monetárias tomava a forma de empréstimos para consumo, negociados debaixo da pressão das necessidades de subsistência” (CAMPOS, 1952, p. 108).

264 Ordenações Afonsinas, Livro Quarto, Título Dezenove, disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/14p94.htm>. Acesso em 16/01/2022. As Ordenações Afonsinas vigoraram até 1521. A partir daí, vigoraram as Ordenações Manuelinas, e, depois dela, as Ordenações Filipinas, lei de longa vigência (de 1603 até o século XIX). Todas mantiveram as severas restrições à cobrança de juros, e a última assim tratava a usura: “Nenhuma pessoa, de qualquer estado ou condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata ou ouro ou qualquer outra quantidade pesada, medida ou contada, a usura, porque possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo,

essas plagas, e a maré jusante garrou o navio da Assembleia Geral do Império do Brasil, cambando-o integralmente com a edição da lei de 24 de outubro de 1832, segundo a qual a estipulação de juros foi relegada, exclusivamente, à vontade das partes contratantes, sem qualquer limitação.²⁶⁵

Duas décadas depois sobreveio o Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), que manteve a livre estipulação de juros especificamente nos contratos de mútuo, mas trouxe duas novidades aplicáveis a esse tipo de negócio: a vedação ao anatocismo em periodicidade inferior à anual (art. 253)²⁶⁶ e uma interessante tipificação do contrato de mútuo destinado especificamente a fins comerciais: “Art. 247 - O mútuo é empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, pelo menos o mutuário é comerciante”.

A tipificação alterou o núcleo do conceito do mútuo, cujo objeto deixou de ser qualquer coisa fungível e passou a ser o gênero comercial, ou a coisa destinada a uso comercial, e acrescentou, ao mesmo núcleo, uma dimensão subjetiva, relacionada com a qualidade dos contratantes, notadamente do mutuário, que precisava ser comerciante, sob pena de não restar configurado o empréstimo propriamente mercantil subsumível às normas do Código Comercial.

Em 1916, foi editado o Código Civil, que, com ousadia ainda maior, não só manteve soberania das partes para a contratação de juros, nos contratos de empréstimo de dinheiro, em qualquer montante, como permitiu, expressamente, a sua cumulação (art. 1.262).²⁶⁷ No Código de 1916, o contrato de mútuo voltou a ser tipificado de maneira mais ampla, nos moldes do direito romano, como “o empréstimo de coisas fungíveis” pelo qual “O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (art. 1.256).

As duas espécies típicas de mútuos, o comercial e o civil, vigeram conjuntamente até a edição do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.146, de 10 de janeiro de 2002), cujo art. 2.045 revogou a maior parte do Código como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado” (Livro IV, Título LXVII).

265 “Art. 1º O juro ou premio de dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes convencionarem. Art. 2º Para prova desta convenção é necessaria escriptura publica, ou particular, não bastando nunca a simples prova testemunhal. Art. 3º Quando alguém fôr condemnado em Juizo a pagar juros que não fossem taxados por convenção, contar-se-hão a 6% ao anno. Art. 4º Ficam revogadas as Leis e disposições em contrario.”

266 “Art. 253 - É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano.”

267 “Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.”

Comercial,²⁶⁸ extinguindo, ao menos no direito positivo brasileiro, a figura do empréstimo especificamente mercantil e reunificando o mútuo sob a tradição conceitual objetiva do empréstimo de coisas fungíveis, independentemente da finalidade da coisa emprestada ou das qualidades das partes contratantes.

A estipulação de juros nos empréstimos de dinheiro seguiu livre por algum tempo, até que, em 1933, foi editada a Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933), colocando teto aos juros em quaisquer contratos (não apenas no mútuo feneratício) e vedando a sua capitalização em periodicidade inferior à anual, nos seguintes termos:

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

A taxa legal a que se refere o art. 1.º da Lei de Usura era aquela do art. 1.062 do Código Civil de 1916, que vigeu com uma redação simples e direta: “A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”. Como o dobro de seis é doze, então era de doze por cento ao ano a taxa acima do qual restava configurada a ilicitude.

O Decreto que veio a ser apelidado de Lei de Usura foi baixado em meio à tormenta da crise econômica mundial desencadeada em 1929 com o *crack* da Bolsa de Valores de Nova York. Apesar de suas características jurídicas gerais e abstratas, ele foi, à época, um dos instrumentos de socorro destinado à agricultura, especialmente à cultura cafeeira, então motor da economia do país e cuja produção e oferta atingiu seu ápice justamente nos primeiros anos da década de 1930, simultaneamente à severa retração da demanda e dos preços.²⁶⁹

268 “Art. 2.045. Revogam-se a Lei n o 3.071, de 1 o de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n o 556, de 25 de junho de 1850”.

269 “A grande acumulação de estoques de 1929, a rápida liquidação das reservas metálicas brasileiras e as precárias perspectivas de financiamento das grandes safras previstas para o futuro, aceleraram a queda no preço internacional do café iniciada conjuntamente com a de todos os produtos primários em fins de 1929. Essa queda assumiu proporções catastróficas, pois, de setembro de 1929 a esse mesmo mês de 1931, a baixa foi de 22,5 centavos de dólar por libra para 8 centavos. Dadas as características da procura do café, cujo consumo não baixa durante as depressões nos países de elevadas rendas, essa tremenda redução nos preços teria sido inconcebível sem a situação especial que havia se criado do lado da oferta. Basta ter em conta que o preço médio pago pelo consumidor norte-americano, entre 1929 e 1931, baixou apenas de 47,9 para 32,8 centavos por libra. Acumularam-se, portanto, os efeitos de duas crises: uma do lado da procura e outra do lado da oferta. A situação favoreceu as

Durante pouco mais de cinco anos, o teto de juros de doze por cento ao ano fixado no *caput* do art. 1.º da Lei de Usura não foi universal. Os §§1.º e 2.º do dispositivo em referência – revogados em 1938 pelo Decreto-Lei n. 182 – estabeleciam limites ainda mais estreitos para as taxas dos empréstimos garantidos com hipotecas urbanas (dez por cento ao ano), hipotecas rurais ou penhores agrícolas (oito por cento ao ano), e para as dívidas “expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos agrícolas, ou para compra de maquinismos e de utensílios destinados a agricultura, qualquer que seja a modalidade da dívida, desde que tenham garantia real” (seis por cento ao ano).

A marca da conjuntura (e da visão dicotômica entre capital e trabalho) é perceptível no próprio preâmbulo da Lei de Usura (“Considerando que é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras”), e, além dele, no conjunto de medidas protetivas dos produtores rurais adotadas no mesmo período, tais como a compra e destruição do café para reduzir sua oferta e aumentar seu preço, custeada pela emissão de moeda e pela instituição de um imposto sobre a exportação do produto,²⁷⁰ e a edição da

organizações intermediárias no comércio do café, as quais, percebendo a debilidade da posição da oferta, puderam transferir para os produtores brasileiros grande parte de suas perdas causadas pela crise geral” (FURTADO, 1959, p. 187 apud ALVARENGA JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 61).

270 Em 7 de dezembro de 1931 altera-se consideravelmente a política de sustentação do café: o impôsto de exportação passa de 10 a 15 shillings adicionais que se destinam a amortizar o empréstimo de 1930. A segunda medida, que é a mais importante, consubstancia-se num nôvo decreto que dispõe que sejam destruídos 12 milhões de sacas à razão de um milhão por mês. A destruição inicia-se a 7 de dezembro do mesmo ano. A eliminação física de um milhão de sacas mensais encontra sérias dificuldades. Tentam-se várias maneiras. Tôdas revelam-se extremamente morosas. A princípio foi impossível destruir a quantidade planejada. A tabela II especifica a receita e despesa do Conselho Nacional do Café até 16 de fevereiro de 1933. Divide-se em duas subcontas que correspondem aos dois tipos de impostos lançados sôbre o café: o de 5 shillings para a amortização do empréstimo de 1930, levantado pelo Estado de São Paulo e administrado pelo CNC e o de 10 destinado a financiar a compra dos excedentes conforme estipulado no decreto de 11 de fevereiro de 1931. Além dêsses dois ainda se lançou mais um impôsto de 3 shillings por saca exportada. A finalidade dêsse último era a de fornecer fundos para o pagamento dos juros do empréstimo de 1930. O total das despesas montava a 1.543 milhões de mil réis. O grosso dêsse total era formado pelas despesas com a compra de café e amortização do empréstimo de 1930. Segundo se vê da coluna das receitas, a maior parte das despesas foi financiada pelos impostos de exportação no total de 1.043 milhões de mil réis. Cobriu o restante o crédito a curto prazo concedido pelo Banco do Brasil e Tesouro Nacional sob a garantia da arrecadação do impôsto de exportação. As relações entre o Banco do Brasil e o Conselho Nacional do Café passaram a ser regidas por um contrato assinado em 30 de dezembro de 1931. O Ministro da Fazenda ordenava ao Banco que fornecesse, ao Conselho, os fundos provenientes da conta utilizada para o pagamento dos juros da dívida externa do Brasil. O contrato rezava que se amortizasse a dívida

Lei do Reajustamento Econômico (Decreto n. 23.533, de 1.º de dezembro de 1933), por meio da qual foi perdoadada cinquenta por cento das dívidas dos agricultores com fornecedores e bancos comerciais contraídas até 30 de junho de 1933, indenizando os credores com a emissão de títulos da dívida pública.²⁷¹

Outra circunstância que permeia o renascimento do conceito de usura em 1933, desta feita não como proibição pura e simples, mas como medida, é de natureza política: sob um olhar retrospectivo, o Governo Provisório de Getúlio Vargas, entre a ideologia e os pragmatismos econômico e o político, procurou criar ferramentas para superação dos efeitos da crise, ao mesmo tempo em que estendia a mão direita à então ainda poderosa oligarquia agrícola e a mão esquerda a seus partidários que, apesar dos variegados matizes, compartilhavam, nuclearmente, uma ideologia estatista e antiliberal, que via no crédito a juros uma atividade especulativa parasitária e criminosa,²⁷² Sob outro ângulo, uma política limitadora de juros em um país marcadamente católico e conservador como era o Brasil

até outubro de 1934. O CNC por sua vez emitia notas promissórias em favor do Brasil e do Tesouro” (PELÁEZ, 1968, p. 22-23).

271 “A lei do Reajustamento Econômico correlaciona-se, intimamente com um decreto anterior: a lei contra a usura. Este fixava um teto de 8% ao ano para os juros sobre empréstimos garantidos por propriedade agrícola, e de 6% para os destinados a financiar atividades ou aquisição de equipamento agrícolas. Era defeso aos credores requererem a liquidação de dívidas em parcelas que excedessem de 10% ao ano, o valor do mútuo. O Reajustamento reduziu de 10% as dívidas dos fazendeiros às instituições bancárias, pendentes em 1º de dezembro de 1933 e contraídas antes de 30 de junho do mesmo ano. Criou-se uma repartição: a Câmara do Reajustamento Econômico cujo fim era proteger os direitos dos fazendeiros favorecidos pela lei. Emitiram-se títulos federais para o financiamento do reajustamento; rendiam juros fixos de 5% ao ano, vencendo-se em trinta anos; foram entregues aos credores, principalmente bancos, em quantidade iguais ao montante da redução da dívida. O fazendeiro era obrigado a assinar uma declaração de reconhecimento da dívida no caso de o valor da garantia dada ao empréstimo ter sido menor que o da metade da dívida. As dívidas para com os bancos, que não estivessem garantidas, não tinham outro benefício mais que o de um desconto no caso de falência. Exigiu-se do credor, concedesse o desconto previsto no reajustamento, apenas se as obrigações contraídas fossem superiores ao dôbro do ativo do devedor. A lei presumiu que o desconto de 50% concedido era um adiantamento das cinco primeiras prestações anuais de 10% estabelecidas pela lei de usura para o pagamento das prestações dos devedores falidos. Conseqüentemente, durante os cinco primeiros anos subseqüentes ao Reajustamento Econômico, os credores nada podiam exigir além do pagamento dos juros sobre os empréstimos concedidos.” (PELÁEZ, 1968, p. 43-44).

272 O art. 4.º do Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, classificava a usura como crime contra a economia popular, nos seguintes termos: “Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa; b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade

dos anos 1930 só poderia agradar o grosso da população, fazendo eco ao populismo varguista.

Não obstante suas razões, finalidades, conjuntura e, até mesmo, seus efeitos práticos sobre a economia, o fato é que o marco de juros de doze por cento ao ano vingou juridicamente e ficou intocado até que, em 1964, em meio a um processo de modernização profunda do Sistema Financeiro Nacional – denominado Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG) – sobreveio a Lei da Reforma Bancária (Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964), que criou o Conselho Monetário Nacional, cujas amplas atribuições incluíam a disciplina do “crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas” (art. 2.º, inciso VI).

Logo surgiram as discussões judiciais sobre se as instituições financeiras poderiam cobrar juros acima do limite de doze por cento ao ano fixado na Lei de Usura. O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) nos anos 1970, e o STF acabou sumulando a matéria em 1976.

A Súmula 596²⁷³ determina que “As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”, conteúdo que, por exclusão, implica dizer que, no Brasil, os juros dos contratos realizados por quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, que não sejam instituições financeiras, continuava limitada aos doze por cento previstos na Lei de Usura.

Um dos precedentes que deu origem à Súmula 596 foi o Recurso Extraordinário n. 78.953-SP, julgado pelo Plenário, à unanimidade, em 05/03/1975 (DJ de 11/04/1975. RTJ 72/916). No voto do relator (Ministro Oswaldo Trigueiro), a tese firmada foi a de que o art. 1.º da Lei de Usura havia sido revogado pela Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964 (“Lei da Reforma Bancária”) “pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicos ou privados, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional” (excerto do voto, p. 5, fl. 776). Pelo teor dos votos dos ministros, nota-se que a teleologia que levou à criação de um sistema jurídico próprio para as instituições financeiras constituiu o fator decisivo para a discriminação jurisprudencial entre quem podia e quem não podia cobrar juros acima do patamar fixado pela Lei de Usura, pois a reforma bancária trazia, então, uma “nova técnica para a formação da política de moeda e do crédito”, conferindo ao Conselho Monetário Nacional “poderes normativos ‘quase-legislativos’”, com o “encargo de limitar, sempre que necessário, as taxas de juros”, sendo que o limite abstrato geral da Lei de Usura “seria de todo incompatível

da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

²⁷³ O texto da Súmula foi aprovado na Sessão Plenária de 15/12/1976 e publicada nos DJ’s de 03/01/1977, 04/01/1977 e 05/01/1977.

com a filosofia que presidiu a elaboração da Lei da Reforma Bancária, marcadamente conjuntural” (excertos do voto do ministro Xavier de Albuquerque, p. 1 e 2, fl. 781).

Em 1988, a temática de juros foi elevada à categoria constitucional, ganhando um artigo próprio (o 192), cujo § 3.º dispunha que “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

Sem rigor técnico, a Constituição denominou o custo efetivo total (CET) da transação como de “taxa de juros reais”, mas o conceito era o mesmo da Lei de Usura, que também vedava, “a pretexto de comissão; receber taxas maiores do que as permitidas por esta lei” (art. 2.º).

O dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 2003, mas, antes disso, o STF já havia julgado a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4,²⁷⁴ considerando que o § 3.º do art. 192 não tinha eficácia imediata, dependendo da edição da lei complementar a que se referia o caput do dispositivo. Portanto, a limitação da taxa de juros geral estabelecida em 1933 e a exceção firmada na Súmula 596/STF continuaram intocadas após a promulgação da Constituição de 1988.

Em 2002, sobreveio um novo Código Civil, com dois artigos que cuidam do tema juros. O primeiro deles, de número 406, trata dos juros moratórios, esclarecendo que, quando eles “não forem convencioneados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. O segundo (art. 591)²⁷⁵ traz regra específica para os juros remuneratórios dos contratos de mútuo feneratício, estabelecendo que “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

O STJ trouxe um novo elemento para o exame da matéria, quando, em 2008, decidiu, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos (EREsp 727.842/SP)²⁷⁶ que a taxa de juros a que se refere o art. 406 do

274 ADI 4, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1991, DJ 25-06-1993 PP-12637 EMENT VOL-01709-01 PP-00001.

275 “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

276 “CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. 1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencioneados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. 2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido

Código Civil (“taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”) não é a taxa de um por cento ao mês prevista no art. 161, § 1.º, do Código Tributário Nacional (CTN) – o que manteria, com fundamento legal diverso, o limite de um por cento ao mês – mas a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), vigente desde 1995 para cálculo conjunto (e não segregável) da correção monetária e dos juros incidentes sobre os créditos tributários devidos à Fazenda Nacional (Lei n. 9.065/1995, art. 13)²⁷⁷.

No voto condutor, foram invocados os fundamentos do próprio acórdão paradigma da divergência,²⁷⁸ onde se lê que “[...] o CTN, em seu art. 161, § 1º, dispõe que a taxa de juros será de 1%, se a lei não dispuser de modo diverso”, o que caracteriza uma norma supletiva, que pode ser afastada por lei ordinária (c) o art. 13 da Lei 9.065/95, fazendo referência ao art. 84 da Lei 8.981/95, estabeleceu que nos casos de mora no pagamento de tributos arrecadados pela SRF serão acrescidos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC; (d) a utilização da taxa SELIC como juros de mora em matéria tributária foi confirmada em outras normas, tais como os arts. 39, § 4.º, da Lei 9.250/95 (repetição ou compensação de tributos), 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02 [...]” (p. 6).

Para evitar ainda mais confusão sobre o tema, os efeitos do repetitivo julgado pelo STJ devem ser examinados *cum grano salis*, nas estreitas fronteiras do julgado. A invocação descurada do EREsp 727.842/SP pode provocar alguma confusão também no campo dos juros convencionais, uma vez que o art. 591 do Código Civil limita a remuneração dos mútuos feneratícios, em termos expressos, à “taxa a que se refere o art. 406”. Assim, caso se aplique o repetitivo do STJ indistintamente, a taxa SELIC seria a “taxa a que se refere o art. 406” também para os contratos de mútuo econômico com cláusula remuneratória específica, criando-se uma miscelânea hermenêutica indiscernível entre os artigos 406 e 591 do Código Civil, o §1.º do art. 161 do CTN e a Lei de Usura.

dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). 3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EResp 727.842/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 08/09/2008, DJe 20/11/2008)”.

277 “ Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente”.

278 STJ. REsp 710.385/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 14/12/2006, p. 255.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, há um precedente que, sem querer, ilustrou a confusão geral:

Com o advento do Código Civil de 2002, a taxa de juros mensal foi elevada a 1% conforme interpretação do seu art. 406, conjugado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, de modo que, a rigor, espelhada a norma do art. 1º, do Decreto n. 22.626/93, os juros remuneratórios passaram ao teto de 2% ao mês (ou 24% ano), percentual equivalente ao dobro da taxa legal dos juros moratórios.

Entretanto, especificamente para os mútuos, tal como o discutido na espécie, a então novel legislação trouxe disciplina específica, colhendo-se do art. 591, *in verbis*, que: **“destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”**.

A norma específica, com remissão expressa e direta à taxa do art. 406 do mesmo diploma [...] afasta, pelo critério da especialidade, a aplicação da regra geral da Lei de Usura, de modo que, para os mútuos financeiros, os juros remuneratórios seguem limitados à taxa máxima de 1% ao mês. (TJSP; Apelação Cível 1004926-09.2018.8.26.0347; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/02/2021; Data de Registro: 19/02/2021 - negritos no original).

Causa espécie a tese de que a taxa de juros remuneratórios mensal seria de dois por cento ao mês para o geral dos contratos e de um por cento ao mês para o mútuo com fins econômicos. Quando se cuida de negócios jurídicos onerosos, é sempre recomendável que qualquer interpretação, por mais que se valha dos bons métodos tradicionais de hermenêutica, convirja para um resultado que tenha alguma racionalidade econômica. Não se tem notícia de que a sociedade civil, o legislador, ou qualquer ator político tenha, algum dia, criado alguma tese que tentasse apresentar motivos para a manutenção do teto de juros de um por cento ao mês para os juros do mútuo e o seu dobro para os demais contratos a prazo.

A proposta de solução para a celeuma deve partir de uma interpretação que compreenda a expressão “taxa a que se refere o art. 406”, contida no texto do art. 591, como referência à taxa livremente convenionada pelas partes (primeira parte. do art. 406) de modo que, só na ausência de convenção aplicar-se-ia à “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (parte final do art. 406), inteligência que deve prevalecer tanto no período de normalidade contratual, quanto no período moratório.

Os limites convencionais do valor dos juros moratórios continuam submetidos, portanto, apenas à Lei de Usura – o que, evidentemente, afirma

a continuidade da vigência plena de seu art. 5.º,²⁷⁹ cujo texto expresso, ao fixar a taxa em um por cento ao mês, elimina quaisquer dificuldades a respeito do tema.

Quanto aos juros remuneratórios (período de normalidade), o problema é só um pouco mais tormentoso, pois o antigo objeto referenciado pelo art. 1.º da Lei de Usura (o art. 1.062²⁸⁰ do Código Civil de 1916) não mais existe no sistema jurídico brasileiro, revogado que foi pelo Código de 2002²⁸¹, de modo que, inexistente o referente, tornar-se-ia inútil a própria referência, ao menos à primeira vista. Assim, uma leitura apressada poderia concluir que, quando artigo 1º da Lei de Usura veda a estipulação de juros “superiores ao dobro da taxa legal”, ele não estaria mais a falar do dobro da taxa fixada pelo art. 1.062 do Código revogado (seis por cento ao ano), mas de outra taxa que, por ser qualificada como *ex lege*, deve ser buscada em algum lugar do sistema jurídico vigente.

Essa taxa não pode ser a de um por cento do art. 161, § 1.º, do CTN, porque, como afirmado, a expressão “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”, constante do art. 406 do Código Civil, só é aplicável supletivamente, quando não houver juros convencionados pelas partes, e o STJ decidiu expressamente, nos contratos com juros não contratados previamente, refere-se à taxa SELIC.

A taxa SELIC, por sua vez, não pode ser validamente utilizada como limitador da taxa contratada de juros, pois, além de inúmeras outras razões laterais, ela não pode ser conhecida *ante acta*, de modo que o seu uso compulsório como fator da equação de fixação da remuneração (e, simultaneamente, da correção monetária) dos contratos de mútuo tornaria ilegais as cláusulas de contratos com taxas de juros remuneratórios pré-fixadas. Essa consequência, além de ser um contrassenso sob uma multidão de aspectos, representaria ofensa direta ao vetor constitucional da livre iniciativa (Constituição, artigos 1.º, *inciso IV*, e 170) e aos direitos subjetivos dela derivados de “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda” (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, art. 3º, inciso III) e de “ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública” (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, art. 3.º, inciso VIII), e, ainda, criaria várias antinomias no próprio sistema jurídico de direito civil, tornando incompatível o contrato de mútuo

279 “Art. 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.”

280 “Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”.

281 “Art. 2.045. Revogam-se a Lei n. o 3.071, de 1 o de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850”.

com algumas normas aplicáveis aos negócios jurídicos como um todo, tais como o respeito aos usos, costumes e práticas de mercado relativas ao tipo de negócio (art. 113, caput e inciso II, do Código Civil), a racionalidade econômica das partes (art. 113, inciso V), a sujeição compulsória das partes à possibilidade de fato do príncipe e álea econômica extraordinária (aumento ou diminuição da SELIC que sejam incompatíveis com a natureza e as finalidades do mútuo feneratício), o que poderia impedir as partes de alocar livremente seus riscos contratuais (art. 421-A., inciso II) e ocasionar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e enriquecimento indevido (artigos 478 e 884), conforme a taxa, por razões inteiramente alheias às partes contratantes, seja insuficiente para fazer jus à correção do valor real da moeda acrescida de alguma remuneração em favor do credor, ou seja demasiada para a mesma finalidade, com prejuízo desproporcional do devedor.

Assim, a definição de qual é o limite atual da taxa de juros remuneratórios convencionais deve partir do princípio de que, historicamente, não houve nenhuma justificativa, de qualquer natureza, para que o legislador do Código Civil de 2002 modificasse o teto até então vigente.

Nem todo silêncio da lei deve ser entendido com lacuna. O fato de o Código Civil de 2002 ter revogado o art. 1.062 do Código Civil de 1916, de roldão com todo o restante, sem ter revogado, simultânea e especificamente, o art. 1.º da Lei de Usura, constitui um mutismo eloquente. Essa eloquência pode ser ouvida pelo viés da linguística, que traz uma solução para o problema que converge para o resultado da interpretação histórica e teleológica das normas envolvidas. Com efeito, a revogação do art. 1.062 do Código de 1916 retirou dele sua existência jurídica, mas não alterou a função da linguagem do art. 1.º da Lei de Usura, que continua vigente. Inexiste, no ato de revogação do dispositivo do Código de 1916, nos motivos que levaram a ela, ou na história legislativa posterior à Lei de Usura, qualquer indício de desejo legislativo bem-sucedido de modificação quantitativa do teto da taxa de juros remuneratórios vigente desde 1933. Assim, o art. 1.062 do Código de 1916, mesmo tendo perdido sua função jurídica, continuou sendo o objeto da linguagem referencial e da dimensão pragmática do art. 1.º da Lei de Usura, por um processo de incorporação de significado produzido historicamente, pelo costume criador do sentido de seu enunciado, estabilizado pelas décadas seguintes. Portanto, embora tenha sido desfeito o laço jurídico entre os dispositivos, permaneceu intacta a sincronia semântica havida entre eles – sincronia esta que atribui valor semiótico à expressão “dobro da taxa legal” além da literalidade superficial de seu texto (signo), dando a ela o significado (conceito) de “um por cento ao mês”, fazendo com que as expressões continuem sendo, como sempre foram, equivalentes perfeitos e acabados uma da outra.

Quanto ao anatocismo, nada mudou para as pessoas estranhas ao SFN: a parte final do art. 591 do Código Civil replica a regra do art. 4.º da Lei de

Usura, vedando a capitalização em periodicidade inferior à anual, com uma ligeireza descomplicada que espanta maiores conjecturas.

Já para as instituições financeiras, a capitalização dos juros é permitida em todos os contratos, desde que expressamente pactuada, ante a existência de legislação autorizativa específica para as cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei n. 167/1967 e Decreto-Lei n. 413/1969), bem como para suas demais operações, a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31/3/2000).²⁸²

Ao fim e ao cabo, o que se conclui é que nada mudou quanto aos limites impostos aos juros convencionais (remuneratórios e moratórios) com o advento da legislação superveniente à Lei de Usura: os artigos 1.º da Lei continua vigente, e a norma de seu art. 4.º, após incorporada ao art. 591 do Código Civil, não sofreu solução de continuidade. Por esses motivos, o limite dos juros contratados continua sendo de um por cento ao mês, sem direito a cumulação, para todos aqueles contratos de financiamento com crédito fornecido por pessoas que não compõem o Sistema Financeiro Nacional.

Sem ignorar o vasto campo para estudo do tema deste tópico,²⁸³ essa é a suma do estritamente necessário para o prosseguimento deste artigo. Doravante, é necessário examinar se as limitações à cobrança de juros aplicáveis ao geral dos contratantes estrangeiros ao SFN pode ser aplicada quando eles estão na qualidade de financiadores *DIP* das empresas em recuperação judicial.

282 Súmula 539 do STJ: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada” (DJe 15/06/2015).

283 Para as situações em que os juros não são contratados, causa espécie a constatação de que a interpretação dada pelo STJ ao art. 406 do Código Civil implica a admissão da existência, no sistema jurídico, de uma norma geral e abstrata que, ao cumular correção monetária e os juros na taxa SELIC, produz o efeito de permitir a possibilidade concreta de existência de juros reais negativos, como ocorre desde meados de 2017. Os juros reais negativos sequer recompõem o valor da moeda e, por essa razão, implicam transferência da riqueza do credor para o devedor em medida tanto maior quanto maior é o atraso do pagamento. Parece que uma norma assim interpretada não condiz com os princípios da boa fé e da função social do contrato, induzindo, na contramão do desejável, uma moralidade negativa, que premia o devedor com um perdão indireto da dívida que será tanto maior quanto mais competente ele for em postergar o pagamento, instigando, inclusive, o uso dos meios judiciais e a litigância temerária, como forma de o devedor obter, por vias transversas, a diminuição do valor real de sua dívida.

3 SOBRE SE OS LIMITES DA LEI DE USURA SÃO APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO *DIP FINANCING*, QUANDO O FINANCIADOR É PESSOA ALHEIA AO SFN

Em artigo publicado nos Estados Unidos, no ano de 2004, SKELL (Vol. 25:5 p. 1906) citando DAHIYA et al (2003) apontou o crescimento constante do *DIP Financing* no mercado americano entre as companhias de capital aberto em recuperação judicial, de 7,41% das empresas em 1988 para 48,21% em 1996, assim como afirmou que “os maiores e mais proeminentes devedores são aqueles com maior tendência a procurar um financiador DIP por recursos” (tradução nossa).

Dez anos depois, LOPUCKI e DOHERTY (2014, p.8) fizeram o primeiro estudo orientado por uma base de dados de mais de “200 campos de data utilizáveis em cada um do mais de mil processos de recuperação judicial de grandes empresas de capital aberto distribuídos nas cortes norte-americanas especializadas em falências e recuperações desde 1979” (tradução nossa), com o objetivo declarado de “desenvolver um método facilmente aplicável para calcular com precisão, ao tempo da distribuição do processo de recuperação, a probabilidade de sobrevivência da companhia ao fim do processo” (p.5 – tradução nossa). Os autores concluíram pela existência de onze “variáveis que diretamente predizem o sucesso” (tradução nossa), dentre as quais está a captação do financiamento *DIP*²⁸⁴.

Apesar de que os objetos estudados nos dois artigos citados tenham sido grandes companhias abertas – até porque, nas empresas de menor porte e de capital fechado, as informações, além de escassas, nem sempre são completas ou integralmente confiáveis –, e, embora a realidade das grandes empresas do mercado aberto americano não possa ser transportada, sem várias ressalvas, para o mercado brasileiro – situação que se agrava quando se cuida de empresas de capital fechado, como sociedades familiares ou com sócios por afinidade – é intuitivo concluir que o incremento da disponibilidade de crédito para as empresas em recuperação judicial, se não utilizada como ferramenta de conluio e evasão de recursos, tenderá a constituir um poderoso instrumento para dragar o lodaçal de fracassos

²⁸⁴ As demais variáveis, segundo os autores, são: “a inexistência de anúncio, por parte do vendedor, da intenção de vender o negócio, o nível de experiência do juiz em grandes casos de recuperação, o nível de negociação prévia do plano de recuperação do devedor, a existência de um EBIT positivo anterior à distribuição do processo, a proximidade da sede do devedor com o local da corte falimentar, o tamanho da companhia, o nível de do patrimônio líquido negativo, uma baixa taxa básica de juros durante o período anteriormente próximo ao início do processo, o fato de o devedor ser uma indústria [...] e a inexistência de um Comitê de Credores” (p. 43, tradução nossa).

dos processos de recuperação judicial no Brasil, cuja taxa de sucesso é irrisória.²⁸⁵

Conquanto os impactos positivos e negativos do *DIP Financing*, de um modo geral, ou em situações concretamente consideradas, ainda sejam objeto de debate mesmo no país de origem da ideia, o legislador brasileiro, atento, ainda que com alguma demora, aos benefícios mais proeminentes desse tipo de produto de crédito, elaborou o projeto de lei que culminou com a edição da Lei n. 14.112/2020 para dedicar “um capítulo inteiro, sistematizado, regulando o dip finance, o que poderá auxiliar o devedor em crise profunda, mas cuja empresa for viável, a obter créditos de última hora, afastando-o do decreto de falência” (SENADO FEDERAL, 2020).

O *telos* do *DIP Financing* decorre, em um aspecto específico, da intenção que se espraia pelo processo de recuperação judicial como um todo, e cuja bússola tem seu norte axiológico indicado pela agulha magnética do art. 47 da LFR: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Coelho lembra bem que, apesar do objetivo e dos valores da LFR serem voltados, primordialmente, para a recuperação da empresa em crise, “Nem toda falência é um mal”, pois “Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresária transfere-se do empresário para os seus credores”.

Embora não sejam absolutos, os valores que norteiam a recuperação judicial são prioritários, no sentido de que, notada a viabilidade empresarial, deve-se tentar recuperar a fonte produtora antes de decidir por sua liquidação.

Nesse contexto, o *DIP Financing* pode representar um dos principais instrumentos auxiliares do soerguimento do devedor, mas, como afirmado alhures, não haverá financiadores em ambiente economicamente hostil e juridicamente instável.

De início, um dos fatores determinantes para a tomada de decisão pelo financiador é a segurança sobre a licitude da remuneração justa que ele poderá obter tendo em vista o risco do negócio, seus custos e outros fatores relevantes envolvidos. Não obstante os ganhos potenciais com o *DIP Financing* não sejam limitados aos juros, são eles a remuneração mais

²⁸⁵ O número varia conforme a fonte e o período considerado, mas são sempre baixos. Tomando-se em conta os dados do Serasa Experian até 2017, o índice de sucessos das recuperações judiciais gira em torno de 27% (Fonte: <https://ibefsp.com.br/apenas-27-das-empresas-que-pedem-recuperacao-judicial-evitam-falencia/>).

habitual obtida em qualquer contrato de financiamento, nas recuperações judiciais, ou fora delas.

Quando se põem na balança, de um lado, os elevados riscos inerentes ao investimento em *distressed assets* e, do outro, os valores defendidos pela LFR na recuperação judicial e o objetivo explícito da Lei n. 14.112/2020 (de alargar a gama de possíveis financiadores, incluindo nele os próprios credores da recuperação e até mesmo os sócios da empresa e seus familiares) torna-se razoável presumir que o *DIP Financing* terá pouca eficácia se os pretendentes a financiadores tiverem sua remuneração convencional limitada aos tradicionais juros não cumulativos de um por cento ao mês simplesmente pelo motivo de não terem, como atividade econômica, as mesmas atividades das instituições vinculadas ao SFN.

Os empréstimos *DIP* são caros, mesmo no mercado americano: o mais antigo, estruturado, competitivo e seguro do mundo para esse tipo de produto financeiro. Apesar disso (e de as transações serem, evidentemente, realizadas na mais forte das moedas, o dólar norte-americano), Eckbo et al. apontaram, entre centenas de financiamentos fornecidos a grandes empresas de 2002 a 2019, que o “spread” médio dos financiamentos *DIP*, no período e amostra considerados, foi de 628 pontos base acima da taxa LIBOR (LIBOR + 6,28%) (2021, p. 2). Os mesmos autores constataram, ainda, que os “Financiamentos *DIP* objeto de contestação judicial trazem ‘spreads’ em média 85 pontos base maiores que os financiamentos que não são objeto de contestação” (2021, p. 4) e que, conquanto o risco de inadimplemento dos contratos examinados seja próximo de zero – realidade que dificilmente será replicável no Brasil em horizonte visível – “os ‘spreads’ são substancialmente menores quando há evidência de competição” (g. 30).

Nenhuma lei é feita para ser ineficaz, e a defesa dos efeitos desejáveis da lei constitui o primeiro fator de interpretação a indicar que o teto da Lei de Usura pode ser incompatível com o regime jurídico do *DIP Financing*. Com efeito, a aplicação do limite histórico dos juros no financiamento do devedor em recuperação judicial, só porque o pretendente a financiador não é uma instituição financeira, tende a espantar competidores aprioristicamente e, com isso, produzir o efeito indesejado de escassear a oferta de crédito e incrementar ainda mais seus custos. A Lei de Usura, nesse cenário bastante possível, tenderia a produzir o resultado oposto ao que ela (e a própria razão histórica da proibição da usura desde seus primórdios) sempre desejaram, que foi o de proteger o devedor em necessidade dos abusos daqueles que, supostamente, veem em seu socorro.

A essa constatação inicial, devem ser somados os próprios fundamentos que décadas atrás, levaram o STF a editar a Súmula 596: pelos mesmos motivos que “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro

nacional”, elas também não devem ser aplicadas aos financiamentos concedidos, no âmbito da recuperação judicial, por pessoas não componentes do SFN, pois, do mesmo modo que a reforma bancária da década de 1960 criou um sistema jurídico próprio para as instituições financeiras, instituindo uma “nova técnica para a formação da política de moeda e do crédito” (excerto do voto do Ministro Xavier de Albuquerque no RE n. 78.953-SP, referido alhures), o *DIP Financing* também está inserido em um sistema peculiar (o falimentar), dentro do qual a Lei n. 14.112/2020 criou um microsistema, também próprio, com uma política especialmente voltada para o incremento da oferta de crédito e a facilitação da captação de recursos pelo devedor em recuperação judicial.

Além da diferença de sistemas, o *DIP Financing* também difere dos demais contratos civis, porque ele não se qualifica apenas pelo objeto, mas, também, pela qualidade subjetiva do tomador dos recursos, que deve ser um devedor em recuperação judicial. Acrescem à distância entre um e outro instituto a larga diferença de seus regimes jurídicos. Dentre várias outras diferenças, os financiamentos ordinários constituem um contrato celebrado, como regra, sem qualquer interveniência externa, estatal ou privada, ao passo que o *DIP Financing* depende, sob pena de desnaturação, de atos exógenos de aprovação prévia pelo Poder Judiciário e pelo Comitê de Credores, se instituído (LFR, art. 69-A). Com efeito, eventual abusividade de cláusulas do *DIP Financing* é submetida a controle judicial *ex ante*, e, ao juízo de conveniência da proposta de financiamento e à comparação entre propostas distintas, se existentes. O controle prévio de eventual abusividade em cada situação concreta torna os limites gerais e abstratos dos juros impostos pela Lei de Usura despiciendos, pois não haveria necessidade de mover o aparato estatal e seus auxiliares apenas para dizer se a taxa de determinado contrato é de um por cento ou menor.

A soma desses argumentos traz, como corolário, a ideia de que a manutenção das balizas atuais do conceito de usura, no *DIP Financing*, contraria o princípio de preservação da empresa recuperável e o melhor interesse da massa de credores e de todos daqueles sobre os quais se difundem os vastos efeitos de uma recuperação bem-sucedida. Não se pode negar a uma empresa em recuperação um empréstimo do qual ela necessita – e que pode lhe fazer bem – ou submetê-la a uma proposta de financiamento mais onerosa ou menos adequada à sua realidade, simplesmente porque um proponente do *DIP Financing* é uma instituição financeira, e outro não, quando as condições ofertadas por este são mais vantajosas que as daquele.

Por essas razões, deve-se concluir que o *DIP Financing* constitui um instituto jurídico próprio e, mesmo quando ele assuma, total ou parcialmente, a forma de outros negócios jurídicos (o mútuo, *e.g.*), está submetido a regime jurídico específico, no qual não há espaço para instalação das raias dos artigos 1º da Lei de Usura e 591 do Código Civil, independentemente das

qualidades subjetivas do financiador (se integrante do SFN, ou não) e a despeito da continuidade da vigência dos dispositivos citados para o geral dos contratos.

4 E COMO FICAM AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS FRENTE A UM MERCADO LIVRE A PARA A CONCESSÃO DO *DIP FINANCING*?

A limitação severa ao crédito para empresas em recuperação judicial oriunda do Sistema Financeiro decorre, em grande parte, do *rating* dos créditos determinado pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) n. 2.682/1999.

O art. 1.^o ²⁸⁶ da citada Resolução CMN n. 2.682/1999 classifica os créditos, por ordem crescente de risco, de AA até H, e o seu art. 4.^o *determina que devem ser* classificados como nível H os créditos com atraso superior a cento e oitenta dias. Como o *stay period* da recuperação judicial é, exatamente, de cento e oitenta dias (art. 6.^o, *inciso I e §4*²⁸⁷ da LFR), as instituições financeiras são obrigadas a reclassificar os créditos do devedor para o nível H, tão logo seja deferido o processamento da recuperação.

Uma vez que crédito seja classificado no nível H, a mesma Resolução CMN n. 2.682/1999 determina que seja feita, mensalmente, uma provisão correspondente a, no mínimo, 100% (cem por cento) sobre o valor das operações (art. 6.^o, inciso VIII),²⁸⁸ tornando desinteressante o financiamento das empresas em recuperação pelas instituições financeiras, cujos recursos poderiam obter melhor rentabilidade, como menores riscos, em outros produtos de crédito.

²⁸⁶ “O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 21 de dezembro de 1999, com base no art. 4º, incisos XI e XII, da citada Lei, R E S O L V E U: Art. 1º Determinar que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem classificar as operações de crédito, em ordem crescente de risco, nos seguintes níveis: I - nível AA; II - nível A; III - nível B; IV - nível C; V - nível D; VI - nível E; VII - nível F; VIII - nível G; IX - nível H”.

²⁸⁷ “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: [...] I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; [...] § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal”.

²⁸⁸ “Art. 6º A provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa deve ser constituída mensalmente, não podendo ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos: [...] VIII - 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H”.

Recentemente, o CMN editou a Resolução n. 4.966, de 25 de novembro de 2021, que, dentro do escopo mais amplo de adaptar a regulação contábil do SFN às melhores práticas reconhecidas internacionalmente, admitiu “a não caracterização como ativo com problema de recuperação de crédito dos créditos emitidos ou originados após o deferimento do processo de recuperação judicial, ou homologação da recuperação extrajudicial [...] desde que fique comprovado, de forma documentada”, que, mesmo com falência decretada, recuperação judicial ou extrajudicial ou atos similares pedidos, não exista “outro indicativo de que a respectiva obrigação não será integralmente honrada nas condições pactuadas, sem que seja necessário recorrer a garantias ou a colaterais” (art. 3.º, § 3.º).

Com essa mudança regulatória, estão dadas as condições iniciais para que as instituições financeiras criem seus produtos relacionados ao *DIP Financing*, desde que o façam observadas as regras que lhes são atinentes e com as quais já estão habituadas, de modo a evitar riscos sistêmicos e à poupança popular da qual são depositárias.

As novas regras, entretanto, só entram em vigor em 1.º de janeiro de 2025 (*Resolução n. 4.966/2021 e art. 81*),²⁸⁹ de modo que, até lá, é pouco provável que ocorram mudanças na disposição das instituições financeiras em concederem financiamentos *DIP*.

De qualquer modo, a mudança é bem-vinda. A alteração das normas para classificação dos créditos concedidos a empresas em recuperação judicial retira das instituições financeiras a justificativa de desvios concorrenciais *vis-à-vis* os demais financiadores em razão do elevado custo regulatório do *DIP Financing*. Ainda que outros custos regulatórios inerentes ao SFN permaneçam, é inofensivo que, em algum tempo, as instituições financeiras poderão ingressar no universo do *DIP Financing* com as mesmas vantagens competitivas que já possuem no geral do mercado de crédito: o vasto capital financeiro oriundo da poupança popular que só elas podem captar e usar e os seus ricos capitais intelectual e material, que lhes permitirão criar bases de dados, processos, controles e modelos especificamente voltados para produtos relacionados ao *DIP Financing*, cercando-se de um arsenal analítico superior à realidade dos demais financiadores.

O que muda para as instituições financeiras, no caso do financiamento das empresas em recuperação, é que, não sendo elas mais os *players* exclusivos para a cobrança de juros cumulativos superiores a um por cento ao mês, elas precisarão aprender a lidar com um mercado mais atomizado, concorrendo com os demais pretendentes a financiadores em condições relativamente simétricas – coisa a que, no Brasil, o tradicional oligopólio bancário ainda não está acostumado.

289 “Art. 81. Esta Resolução entra em vigor: [...] II - em 1º de janeiro de 2025, em relação aos demais dispositivos”.

5 CONCLUSÃO

A proposta do presente artigo foi investigar se o limite da contratação de juros acima de um por cento ao mês e a vedação à sua cumulação em periodicidade inferior à anual, previstos no art. 1.º da Lei de Usura e no art. 591 do Código Civil são, ou não, aplicáveis ao financiamento fornecido para devedores em recuperação judicial, nos termos da Seção IV-A da LFR, por pessoas estranhas ao Sistema Financeiro Nacional.

Antes mesmo de saber se as normas da Lei de Usura são aplicáveis ao *DIP Financing*, o artigo procedeu a uma breve digressão histórica, com a finalidade de lembrar as origens da legislação restritiva dos juros e do anatocismo e as principais razões de sua existência, examinando seus caminhos ao longo do quase século, concluindo que tanto o teto de juros de um por cento ao mês, quanto a proibição de capitalizá-los em período inferior ao anual, continuam vigentes para os contratos cujos concedentes de crédito não se enquadrem como instituição financeira.

Embora os limites dos juros e da cumulação continuem vigentes, esses limites não são aplicáveis aos financiamentos concedidos a devedores em recuperação judicial, nos termos da Seção IV-A da LFR, por pessoas não componentes do SFN.

Essa conclusão é o resultado da convergência de uma série de métodos de interpretação. Sob os prismas do início, dos meios e do fim (axiologia, pragmática e teleologia), o novel tratamento do *DIP Financing* constante da LFR reformada é resultante do duplo desejo de melhor atender ao princípio da recuperação da empresa recuperável (art. 47 da LFR), por meios que estimulem o incremento da oferta de financiamentos e a atomização do mercado de crédito para essas pessoas – o que não será possível se o conceito tradicional de usura for aplicado nos financiamentos concedidos no âmbito do sistema jurídico falimentar, em razão dos elevados riscos e custos decorrentes das próprias circunstâncias da recuperação judicial e pela insegurança jurídica ordinária do Brasil.

Por outro lado, a liberalização dos juros e outros componentes do preço dos contratos de *DIP Financing* para todos os financiadores, indistintamente, não implica riscos adicionais para o devedor, ou para seus credores, já que o financiamento demanda controle jurisdicional prévio, o que, ao menos em tese, permite o decote apriorístico de condições eventualmente abusivas, ou, simplesmente, inadequadas.

A conclusão deste artigo, portanto, é de que as regras da Lei de Usura e do art. 591 do Código Civil que limitam os juros a um por cento ao mês e vedam a capitalização em periodicidade inferior à anual não são aplicáveis aos financiamentos concedidos, nos termos da Seção IV-A da LFR, a devedores em recuperação judicial, ainda que o financiamento seja fornecido por pessoa não integrante do Sistema Financeiro Nacional.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA JÚNIOR, Marcio, MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. A política econômica nos anos 1930: evidências de uma heterodoxia consciente. **Revista Análise Econômica**. Porto Alegre, ano 33, n. 64, p. 287-315 (2015). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Econômicas. ISSN 0102-9924 / e-ISSN 2176-5456. DOI: <https://doi.org/10.22456/2176-5456.41991>
- BÍBLIA – Bíblia de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. **Parecer n. 165, de 2020 - PLEN/SF. De PLENÁRIO, sobre o PL n. 4.458, de 2020 (PL n. 6.229/05, na Câmara dos Deputados), que altera as Leis n.s 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/39IdoRp>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Uma Interpretação Institucional das Leis Medievais da Usura**. *Revista Brasileira de Economia*. v. 6, n. 2, (1952), disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/2387>
- COELHO, Fábio Ulhôa, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 15. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- DAHIYA, Sandeep and JOHN, Kose and PURI, Manju and RAMIREZ, Gabriel G., ***Debtor-in-Possession Financing and Bankruptcy Resolution: Empirical Evidence***. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=316719>
- DAHIYA, Sandeep and RAY, Korok, ***A Theoretical Framework for Evaluating Debtor-in-Possession Financing*** (June 9, 2014). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2447868> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447868>
- ECKBO, B. Espen, LI, Kai e WANG, Wei, **Do lenders extract rents when financing bankrupt firms?** (October 6, 2021). European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 794/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3384389> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3384389>
- FONTÃO, Natália. **Apenas 27% das empresas que pedem recuperação judicial evitam falência**. 2017. Disponível em: <https://ibefsp.com.br/apenas-27-das-empresas-que-pedem-recuperacao-judicial-evitam-falencia/> >. Acesso em: 19/01/2022.

- FURTADO, C. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.
- GOMES, Silvio Cezar José Pereira. **Identidade e comunhão entre gentios e judeus, na igreja**. Caminhando. v. 26 (2021). DOI: <https://doi.org/10.15603/2176-3828/caminhando.v26ne021013>
- LOPUCKI, Lynn M. and DOHERTY, Joseph W., Bankruptcy Survival (2014). UCLA Law Review, Forthcoming, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2492209>
- OUMAR DIALLO, A. **Os investimentos no Islam e seu sistema tributário**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 9, n. 2, p. 169–182, 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1915>. Acesso em: 16 jan. 2022.
- PELÁEZ, Carlos Manoel. A Balança Comercial, a Grande Depressão e a Industrialização Brasileira. Revista Brasileira de Economia - RBE, 1968, vol. 22, p. 24 a 40.
- SERRATTO, Edgar Bruno Franke. **A AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E GETÚLIO VARGAS: antiliberalismo e anticomunismo no Brasil de 1930 a 1945**. Orientador: Luiz Carlos Ribeiro. 2008. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em História. Setor de Ciências Humanas. Universidade Federal do Paraná. Defesa: Curitiba, 2008.
- SKEEL, David A. Jr., “The Past, Present and Future of Debtor-in-Possession Financing” (2004). Faculty Scholarship at Penn Law. 695. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/695.
- TRIANSTIS, George G., A Theory of the Regulation of Debtor-in-Possession Financing, 46 Vanderbilt Law Review 901 (1993). Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol46/iss4/4>
- VINCENT, Joshua, “*Historical, Religious and Scholastic Prohibition of Usury: The Common Origins of Western and Islamic Financial Practices*” (2014). Law School Student Scholarship. 600. Disponível em https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/600

10

HOLDING FAMILIAR NA COVID-19 E NO PLANEJAMENTO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SUCESSÓRIOS

*Patrícia Gorisch²⁹⁰
Paula Carpes Victório²⁹¹*

RESUMO: O direito sucessório no Brasil ocasiona uma série de conflitos familiares - quer pela demora na tramitação dos processos de inventário no Judiciário, quer na dificuldade em haver uma composição amigável com relação à partilha de bens sem testamento. Ademais, há a dificuldade na administração deste patrimônio até que a partilha seja realizada. Somado a isto, tem ainda a urgência que as empresas familiares tem em administrar o seu próprio patrimônio após a morte do patriarca ou matriarca, ainda mais em tempos de pandemia na covid19. Assim, faz-se necessária a existência de uma organização da administração do patrimônio com a sobrevivência da empresa familiar sem maiores prejuízos durante essa sucessão. Nesse seara a *holding* familiar se apresenta como excelente solução, pois a administração do bem comum de família é profissionalizada, sem as interferências de eventuais conflitos familiares existentes.

Palavras-chave: *holding* familiar; planejamento sucessório; resolução de conflitos; Covid19.

1 INTRODUÇÃO

A morte de um ente familiar inicia uma série de obrigações e direitos entre os membros da família, dentre as quais muitas são dívidas e patrimônio a ser partilhado. Surgem ainda despesas com o funeral, taxas e impostos

290 Advogada e Professora Universitária. Pós Doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca - USAL, Espanha. Pós Doutora em Direito da Saúde pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos. Diretora Nacional do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professora do Programa de Ciências e Tecnologia Ambiental - Doutorado e Mestrado e do Programa de Direito da Saúde - Mestrado da Universidade Santa Cecília - Unisanta. Email: patricia@patriciagorisch.adv.br.

291 Advogada, Perita Farmacêutica Toxicologista e Professora Universitária no Centro de Ciências Sociais Aplicadas e da Saúde da Universidade Católica de Santos e no Instituto Racine de Pós Graduação. Bacharel em Direito e Farmácia - Bioquímica pela Universidade Católica de Santos e Mestre em Toxicologia e Análises Toxicológicas pela Universidade de São Paulo. Email: paula.carpes@sociedadedeadvogadas.com.br.

necessários ao processo de inventário dos bens deixados pelo *de cuius*,²⁹² pela pessoa querida que teve extinta sua vida física.

Independentemente do momento delicado, como o que enfrentamos na atual pandemia de Covid-19, de luto e sofrimento, os trâmites burocráticos insensivelmente se apresentam para dar prosseguimento na vida que segue dos demais familiares. O momento então é propício para desavenças na família e equívocos durante a reunião dos documentos importantes ao processo sucessório.

Considerando que tal situação é predominante do cotidiano, nasce então, o instituto da *holding* familiar, a mais nova forma de planejamento sucessório familiar para mitigar, por meio de instrumentos legais, crises familiares e prevenir o processo muitas vezes moroso e sempre burocrático do inventário judicial ou mesmo extrajudicial e outros benefícios.

O presente capítulo abordará as vantagens e benefícios da *holding* familiar, suas características e regulação.

2 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO FAMILIAR

Falar sobre a distribuição de bens em vida é assunto tão ingrato quanto planejar o próprio funeral. No entanto, é a forma mais prática e lúcida de encarar a única certeza da vida: que a morte é evento certo, ainda que com termo indeterminado, para todos.

Para Nietzsche (NASSER, 2008), o homem vivencia a morte ou de forma covarde ou de forma voluntária.²⁹³ A forma covarde é aquela que ocorre pelo simples desejo de querer morrer, bastando a falta de longevidade sendo o principal motivo de seu abandono. Já a morte voluntária é aquela que o indivíduo tem consciência, é a forma de afirmar a si mesmo, sendo algo “intrínseco ao meu próprio ser” e vem no tempo certo.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 6.º trata a morte como o término da existência da pessoa natural, abrindo-se então os capítulos pertencentes ao Direito das Sucessões, o qual é um conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa em função da sua morte, sendo a modificação da titularidade de bens objeto de investigação do Direito Civil. Nesse mesmo sentido, há respaldo constitucional ao Direito das Sucessões na Constituição Federal em seu artigo 5.º, inciso XXX: “é garantido o direito

292 Expressão latina, derivada de “de cuius successione agitur”, de cuja sucessão se trata, utilizada na área jurídica para designar o falecido, usada comumente como sinônimo de ‘pessoa falecida’, numa figura eufemística substitutiva de ‘defunto’ ou ‘morto’. Situa-se, portanto, no contexto do direito sucessório, do caso daquela pessoa falecida, que deixou bens, e cuja sucessão (direito de herança) é regulada pelas normas jurídicas. Disponível em: [://dicionario.priberam.org/de%20cuius](http://dicionario.priberam.org/de%20cuius).

293 “A morte covarde pode ser definida, em poucas palavras, como a experiência da morte como um acaso, cujo efeito imediato é o desejo de morrer. Nesse caso, deseja-se morrer porque se morre.

de herança”. Segundo o princípio da intervenção mínima estatal nas relações privadas, é a própria manifestação da autonomia privada do indivíduo, com amparo legal e seus instrumentos direcionados ou decorrentes do seu falecimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Apesar de toda instrumentação jurídica que tutela o direito à herança, a morosidade do judiciário brasileiro para julgar os processos é imensa, refletindo na vida dos envolvidos diretamente que muitas vezes esperam por anos pela conclusão e para finalmente encerrar o assunto “morte”.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 31 de julho de 2021 na justiça estadual 5.834.958 (cinco milhões, oitocentos e trinta e quatro mil e novecentos e cinquenta e oito) processos distribuídos nas 1.393 (mil, trezentas e noventa e três) unidades judiciárias que julgam as causas atinentes ao direito sucessório (BERGESCH, R., 2021).

Já o processo extrajudicial, em cartório e permitido através da Lei n. 11.441/2007 muitas vezes não é interessante, pois há que se ter a concordância de todos os herdeiros com relação a partilha, herdeiros maiores e capazes e no caso de existência de testamento, há que se requerer uma autorização judicial para que seja feito o inventário na forma extrajudicial, de acordo com o entendimento da 4a. Turma do STJ:

É possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente. (STJ. 4ª Turma. REsp 1.808.767-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/10/2019) (Info 663).

Caso haja conflito familiar, o inventário extrajudicial não pode ser realizado. Já o planejamento sucessório, também conhecido como inventário em vida, tem por objetivo o exercício prático de uma atividade preventiva com a adoção de procedimentos realizados ainda em vida pelo titular da herança. A ideia é atuar de modo antecipado para prevenir problemas como conflito familiar, dispor os bens conforme o desejo do titular e reduzir custos com o ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação), sem considerar ainda os altos custos durante o processo de inventário com os passivos ordinários - custas processuais, certidões, despesas cartorárias, impostos, honorários advocatícios, dentre outros - que impactam o patrimônio em cerca de 10-15% (BORDIN, 2021; BRUZZONE, 2020).

Dentre as principais vantagens de adotar a prevenção em vida da distribuição do patrimônio é gerar economia em impostos, promover celeridade por facilitar o processo de partilha e oportunizar a divisão antecipada do patrimônio entre os futuros herdeiros por meio de um direcionamento racional e a preservação de bens (BORBA, 2021; MADALENO, 2013).

Entre as diversas estruturas de planejamento sucessório para mitigar os prejuízos do inventário, desde a contratação de seguros até doações de bens em vida com reserva de usufruto, a *holding* familiar tem se destacado como a forma mais eficiente para a grande maioria das famílias, não só pela grande eficiência tributária, mas também pela agilidade na instituição e sucessão, maior proteção patrimonial, manutenção da plena disponibilidade dos bens, eficiente prevenção dos litígios e, principalmente, ausência de perda patrimonial (BRUZZONE, 2020).

Embora seja opcional e cheio de benefícios, famílias ainda refletem sobre ser ou não o momento ideal para começar uma estratégia de planejamento sucessório, além de ainda terem muitas dúvidas. Os principais pontos a serem observados por quem está fazendo o planejamento é o regime de bens escolhido no casamento dos herdeiros ou daquele que está planejando sua sucessão. No atual Código Civil, no casamento pelo regime de separação convencional de bens, o cônjuge é herdeiro junto com os filhos e caso não os tenha, com os pais do cônjuge falecido. Cada caso deve ser analisado com base na sua especificidade e sempre considerando os herdeiros necessários e a vocação hereditária, conforme artigo 1829²⁹⁴ do mesmo Código. Nesse sentido, assevera o Recurso Especial julgado pela Terceira Turma do Tribunal do Rio de Janeiro que diferencia a sucessão dos regimes de separação convencional e legal de bens, este último expresso no artigo 1.641 do Código Civil:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES.

1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641²⁹⁵, do Código Civil.
2. Precedente específico da Segunda Seção do STJ acerca da questão (REsp 1.382.170/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, j. 22/04/2015, DJe 26/05/2015).
3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do

294 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

295 1.641 do CC, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

inventário, não altera os seus direitos sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida (“droit de saisine”) em concorrência com os descendentes do “de cujus”, a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil. 5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador, a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários. 6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula n.º 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1830753/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 06/12/2019).

O segundo ponto importante é a forma de disponibilizar o bem amealhado que deve sempre respeitar os 50% (cinquenta por cento) considerados parte legítima e, portanto, destinado aos herdeiros. Os demais 50% estão disponíveis para serem distribuídos da forma mais conveniente para o autor da herança (MELLO, C.C.F., 2021).

3 HOLDING FAMILIAR

Entre as diversas estruturas de planejamento sucessório para mitigar os prejuízos do inventário, desde a contratação de seguros até doações de bens em vida com reserva de usufruto, a *holding* familiar tem se destacado.

A expressão *holding* tem origem no direito norte-americano. A expressão *holding* vem do verbo “to hold”, que significa segurar, manter, controlar, guardar. A expressão é usada no Brasil para definir a sociedade que tem como atividade o exercício do controle societário de outras empresas e/ou a administração dos bens das empresas que controla, além do desenvolvimento do planejamento estratégico, financeiro e jurídico dos investimentos do grupo (CASTRO, 2011).

A constituição de *holding* tem sido usada, há muito, para o planejamento sucessório, tributário, proteção patrimonial e reorganização societária. Planejar uma sucessão eficaz é o primeiro passo para que uma empresa sobreviva numa sucessão conflituosa (FRANÇA; MARCHETTI FILHO, 2019).

Alguns requisitos devem ser observados ao se planejar a sucessão: o primeiro se refere à conquista de “respeito dos gestores, funcionários, membros do conselho, stakeholders externos e família” (DAVIS, 2016). Além disso, o sucessor deve ter “experiência externa necessária e a formação em negócios para ser preparado a fim de liderar a empresa familiar, devido a suas questões atuais e futuras”. Ele ou ela estão preparados para o papel

específico de liderança, se adequa a seu maior e melhor uso. A própria experiência em negócios é importante para preparar sucessores porque, para a maioria das empresas, o negócio está mudando rapidamente e podemos aprender muito com o modo como outros fazem negócios de maneira bem-sucedida. Experiência externa útil pode ser obtida em um setor relacionado ou em um setor muito diferente do da empresa familiar. Educação em gestão e outros tópicos (tecnologia é um tema comum) também são valiosos.

Para ser um líder de negócio eficiente hoje, é necessária formação contínua para permanecer atualizado (FRANÇA; MARCHETTI FILHO, 2019). Educação executiva não significa necessariamente obter um MBA, apesar de que, na época certa da vida, uma experiência acadêmica como essa pode ser interessante, ensinando estruturas úteis para analisar situações de negócio e ampliar as habilidades do sucessor e sua compreensão do mundo dos negócios. O MBA e outras experiências educacionais podem ajudar muito se o sucessor também tiver motivação para aprender e ir além, com bom senso e humildade. Sem essas características, um MBA chega a ser um impedimento, porque pode trazer uma falsa noção de confiança ao líder (DAVIS, 2016).

O planejamento relacionado à morte de um empresário geralmente se concentra em lidar com as questões complicadas associadas à transferência de propriedade. Além do planejamento tributário de vital importância, a família, a empresa e as partes interessadas devem olhar além da solução para os encargos e um testamento. Por que a preparação é tão importante? imediatos e abordar as consequências contempladas adicionais da morte dos proprietários da empresa.

As questões a serem consideradas incluem as outras implicações financeiras da morte de um empresário, desafios potenciais e considerações associadas à manutenção e transição do negócio, a necessidade de uma articulação clara da estratégia e liderança futura e potencial monetização e impacto resultante na família. Na ausência de abordar essas outras considerações, os resultados efetivos do planejamento tributário podem surgir e alterar outros resultados igualmente importantes – e é aí que as surpresas acontecem.

O processo de planejamento obriga o empresário a decidir como a propriedade mudará de mãos e como pagar pela transferência em caso de sua morte. Colocar essas informações no papel dá a confiança de saber que não deixará seus parceiros de negócios ou familiares em uma situação delicada quando morrer. Vários meses de planejamento cuidadoso se traduzem em paz de espírito, sabendo que sua empresa familiar tem uma boa chance de sobreviver na próxima geração. Também dará aos herdeiros uma imagem clara de quais serão seus papéis, sem disputas e sem brigas. O luto da perda pela morte será vivido plenamente.

Uma simulação para identificar os itens de ação financeiros, contábeis, legais, regulatórios e administrativos necessários para tratar imediatamente após a morte do proprietário da empresa deverá ser executado. Considerações de negócios, incluindo identificação de talentos, liderança, visão, tudo isso enquanto apoia e define a estratégia.

Implicações financeiras da morte, incluindo possíveis despesas, passivos e impostos, bem como identificar fontes de liquidez para pagá-las tanto na família quanto na empresa, bem como uma venda do negócio ou mudança de propriedade deverão ser consideradas.

O desenvolvimento de um plano de transição para a família e os negócios, muitas vezes acompanhado por uma equipe de transição e transformação de negócios, ajuda a abordar as mudanças que inevitavelmente ocorrem após a morte de um empresário.

De acordo com o programa Families Business da Harvard Business School (2021), a gestão de patrimônio para famílias de alta renda tornou-se cada vez mais complexa. Para algumas famílias, a responsabilidade da gestão de patrimônio passou para as gerações mais jovens, que têm menos experiência em investimentos. Para outras famílias, a liquidação antecipada de negócios criou incerteza para profissionais em meio de carreira que enfrentam novos investimentos ou grandes decisões de vida. As empresas familiares bem-sucedidas são peritas em administrar a tensão e a interação entre a dinâmica familiar e as decisões de investimento. Em um momento de morte, as tensões aumentam, principalmente no tocante à partilha. Por isso, a gestão de patrimônio familiar é necessária e urgente.

O que acontecerá com o negócio familiar quando a matriarca ou o patriarca morrer? Esta é uma questão que muitos donos de empresas familiares não gostam de pensar – eles assumem que vão descobrir isso “algum dia”. O problema é que “algum dia” pode nunca chegar e a morte prematura de um empresário pode ser devastadora para o negócio. Se o que acontece com o negócio depois que o empresário morre e a estratégia de negócio e de partilha não estiverem claramente definidas, o valor do seu negócio será claramente diminuído. Além disso, transferências não planejadas podem levar a disputas de gestão e propriedade e crises de fluxo de caixa que podem prejudicar a capacidade de operação de uma empresa. A menos que tenha feito um plano viável para a transferência do negócio durante a vida, é possível que seu executor ou outro representante da propriedade não possa fazer nada além de liquidá-lo – talvez em termos desfavoráveis.

A seleção de um sucessor geralmente é uma decisão por padrão. A maioria das empresas familiares terá um membro da próxima geração que é mais ativo, qualificado e interessado no negócio do que seus irmãos. Frequentemente, o proprietário provavelmente já passou muito tempo preparando o sucessor ou o sucessor absorveu muito do conhecimento

necessário por conta própria ao longo dos anos. Os desafios nesse cenário vêm na forma de encontrar formas de garantir tratamento equânime aos familiares não participantes, sejam eles cônjuges ou irmãos.

Se houver competição entre seus filhos pelo cargo, a decisão de dividir o poder entre eles provavelmente não será bem-sucedida. A propriedade pode ser dividida, mas a gestão deve ser claramente delineada. Muitas vezes, a propriedade pode ser dividida em ações passivas e ativas, dando ao sucessor ativo o controle necessário sobre o negócio, mas proporcionando um benefício econômico igual aos acionistas inativos. Em alguns casos, o negócio pode ser dividido em linhas funcionais, de modo que diferentes membros da família possam assumir o controle sobre funções ou unidades de negócios bem definidas.

A transferência de poder de uma empresa familiar pode ocorrer por um período de meses ou até anos, dependendo das necessidades e desejos dos membros da família e da própria empresa. À medida que o sucessor ganha confiança e credibilidade nas operações do dia a dia e nos negócios com pessoas de fora, o proprietário pode recuar para uma função de consultor. Um plano ou cronograma de transição deve ser elaborado inicialmente para garantir a continuidade da gestão e deve ser reavaliado periodicamente para verificar se as metas estão sendo alcançadas. A transferência de poder pode ser fácil se houver boa comunicação e planejamento cuidadoso.

Uma vez tomada a decisão sobre quem estará no controle do negócio, o proprietário deve decidir como transferir a riqueza do negócio. Esta pode ser a(s) mesma(s) pessoa(s) que assume(m) o poder, ou pode ser um grupo diferente ou maior. Independentemente disso, o proprietário tem o poder de decidir quem recebe o quê e quando.

O objetivo é realizar a transferência com sucesso sem sofrer consequências fiscais incapacitantes. Sem um planejamento adequado, as empresas familiares podem ser destruídas financeiramente pelo imposto sobre herança e simplesmente fechar ou vender ativos para pagar a dívida. Há muitas maneiras de reduzir a conta do imposto imobiliário e manter os ativos de sua empresa: trabalhar em estreita colaboração com um contador e um advogado de planejamento sucessório é fundamental. Algumas das estratégias comumente utilizadas para minimizar as consequências fiscais na transferência de ativos são as seguintes: Um plano de propriedade sólido permitirá que o proprietário de uma empresa transfira os ativos da empresa para seus herdeiros com o mínimo de interrupção, tempo e despesas.

Uma das principais razões pelas quais poucas empresas familiares sobrevivem até a segunda geração é que seus proprietários não planejam adequadamente a sucessão. Muitos proprietários simplesmente esperam muito tempo para fazer o planejamento sucessório do negócio, então o negócio deve ser liquidado para pagar os impostos imobiliários, que geralmente vencem dois meses após a morte. Sem um plano de sucessão

empresarial, o executor e os herdeiros do proprietário falecido podem ser forçados a vender o negócio a um preço indesejável, porque é improvável que os herdeiros saibam o valor do negócio.

Existem dois processos paralelos que ocorrem quando a morte é repentina. A primeira é a dor em si. A primeira reação será de choque e, em muitos casos, será grave. De fato, as estatísticas mostram que até 25% das pessoas experimentarão sintomas de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), segundo estudo da Universidade de Duisburg-Essen, na Alemanha, noticiado pelo jornal britânico *Guardian*²⁹⁶ que pode ser pensamentos intrusivos e recorrentes, reatividade aumentada, insônia, para citar alguns. As emoções previsíveis de luto, tristeza, culpa, raiva, medo, ansiedade serão intensificadas no que é chamado de luto traumático complexo. Esta constelação de sintomas não tratados, pode durar muito tempo, com consequências não intencionais na saúde e bem-estar dos sobreviventes da família.

Mortes súbitas e inesperadas, incluindo acidentes, homicídios, suicídios, overdose de drogas e agora o Covid-19, são diferentes das mortes “normais”. Por normal, seria uma morte que a família sabe que é uma possibilidade e tem tempo de se preparar para o falecimento. A família se reúne com seus entes queridos, eles podem se despedir e, com sorte, perdoar e curar as feridas emocionais que ocorreram ao longo dos anos. Os planos podem ser feitos com antecedência para o funeral, bem como a transição de poder e papéis. Por mais tristes que sejam essas mortes, elas se tornam mais suportáveis na hora de se preparar.

No entanto, em uma morte súbita ou violenta, não há tempo para despedidas. A pessoa amada é tomada em um flash de um momento e ficamos com choque, descrença, perguntas não respondidas e negócios inacabados, tanto emocional.

A mídia terá que ser gerenciada, principalmente em famílias de alto perfil, e nos casos de assassinato, suicídio, overdose de drogas, onde a mídia pode ser brutal e implacável. A família será derrubada, os papéis mudarão drasticamente, quaisquer dificuldades pré-existentes serão exacerbadas e criarão problemas de amplo alcance e efeitos prolongados.

É de vital importância que as famílias compreendam o processo de luto traumático e como lidar com ele. Por exemplo, entenda que o choque é uma grande parte dos primeiros meses, assim como as emoções extremas. Permita espaço para essas emoções em você e em outros membros da família. Reconheça que cada membro da família lidará com o luto de maneira diferente e saiba que o primeiro ano será cheio de datas, incluindo o aniversário, que desencadeiam o luto traumático.

296 <https://oglobo.globo.com/saude/transtorno-de-estresse-pos-traumatico-observado-em-25-das-pessoas-com-covid-19-grave-diz-estudo-25064981> Acesso em 16-01-2022.

A raiva pela morte, a injustiça e o horror sobre como isso aconteceu é natural e deve ser tratado de forma construtiva. Os casamentos serão tensos e mudados para sempre, particularmente na morte de um filho, que é uma categoria totalmente separada de dor e perda.

A estrutura familiar muda e as famílias são desafiadas a construir algo novo a partir da devastação da perda. Como disse um cliente que testemunhou um terrível acidente que tirou a vida de seu ente querido: “Estamos perdendo uma das grandes peças do quebra-cabeça de nossa família e não sabemos como trabalhar juntos sem ele”.

No nosso trabalho com famílias que passam por essas crises, testemunhamos o desenrolar do luto e o quão destrutivo ele pode ser, mas também o quanto as famílias são resilientes e como o quebra-cabeça cresce novamente em torno do espaço deixado pelos entes queridos, nunca esquecendo, mas honrando sua memória e resolvendo seguir em frente e não apenas sobreviver, mas prosperar.

O segundo processo será o plano de sucessão ou a falta dele. Em um recente estudo de pesquisa da Campden Wealth,²⁹⁷ apenas 54% das famílias tinham um plano de sucessão nos Estados Unidos. No Brasil o número é ainda menor. Esse número nos Estados Unidos é superior aos anos anteriores, mas indica que quase metade das famílias, por um motivo ou outro, não tem planos em andamento. Portanto, quando ocorre uma tragédia, eles ficam não apenas com as complexas questões emocionais do luto, mas com a realidade de como a empresa da família continuará a operar sem o principal ou a próxima geração.

Isso pode complicar ainda mais o luto, porque as decisões tomadas durante o choque e o luto nem sempre são as melhores para a família. Seria sensato considerar um plano de sucessão enquanto o empresário tem o luxo da vida, em vez de tentar planejar à sombra da morte e do luto.

Ninguém gosta de falar sobre essas coisas, ainda mais na nossa cultura latina e ocidental. Sempre pensamos (e esperamos) que isso não aconteça conosco ou com nossa família. Os planos de sucessão garantem a continuidade dos negócios da família e dão aos familiares a tranquilidade de saber que entre todos os problemas de luto, a sucessão não será um deles.

Com a formação de holdings, todo o processo de sucessão familiar é deveras facilitado, pois um planejamento prévio é importante para que não haja a quebra da empresa familiar, com a correta administração de seus bens ainda em vida para depois da sua morte.

Há quatro modalidades de holdings, de acordo com Oliveira (1995). A holding pura é a praticada por grandes grupos e centraliza de maneira simples a participação acionária, mesmo que de maneira mínima, em outras empresas. Já a holding operacional é aquela que desenvolve atividades operacionais, tais como a produção e comercialização de produtos. A

297 <http://www.campdenresearch.com/gfo2019> Acesso em 16-01-2022.

holding mista desenvolve atividades operacionais e também presta serviços, principalmente para as afiliadas e qualquer uma delas ameniza o impacto que a perda do empresário faz na empresa.

O principal foco da empresa familiar que se utiliza do instituto das holdings é a sobrevivência da empresa após a morte do patriarca ou matriarca que cuidava dos negócios, passando sem maiores problemas pela sucessão causa mortis e pela carga tributária incidente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas mortes repentinas, incluindo a covid-19, nos fazem perceber que não somos imortais. Há muitas coisas além do nosso controle, mas podemos ser fortes e resilientes. Nossas famílias podem enfrentar essas mortes terríveis e não apenas sobreviver, mas permitir que nossa dor ensine os melhores valores de nossa humanidade, sem terminar a empresa familiar construída com tanto esforço e trabalho.

O planejamento familiar através das holdings é uma solução para aquelas famílias em que há possíveis disputas e o testamento não atende o objetivo, pela própria demora do processo de inventário e registro de testamento. O tempo da empresa é outro, muito mais urgente que o próprio luto. Não se pode deixar para depois e a hora é imediatamente após a morte do administrador da empresa.

Sem disputas ou conflitos, a empresa continua sendo a mesma, não é enterrada junto com o seu administrador e o mais importante: as famílias permanecem unidas no momento da dor, sem comprometer a remuneração e os negócios da família.

REFERÊNCIAS

BERGESCH, R. **Planejamento sucessório como alternativa mais**

benéfica ao inventário. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/353297/planejamento-sucessorio-como-alternativa-mais-benefica-ao-inventario>. Acesso em: 11-01-2022.

BORBA, F. E. **As vantagens do planejamento sucessório.** Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12198/As-vantagens-do-planejamento-sucessorio>. Acesso em: 12-01-2022.

BORDIM, P. **Planejamento Sucessório: O planejamento sucessório**

consiste em uma forma antecipada de organização da sucessão dos patrimônios de uma pessoa. Disponível em: <https://bordinpatricia.jusbrasil.com.br/artigos/1308120913/planejamento-sucessorio>. Acesso em: 12-01-2022.

- BRUZZONE, P. **Dilapidação do patrimônio da família na sucessão causa mortis poderá ficar pior.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/pablo-bruzzone-sucessao-causa-mortis>. Acesso em: 12-01-2022.
- CASTRO, B. O. **Constituição de Holding para contenção de conflitos familiares.** Disponível em: <https://www.oabmt.org.br/artigo/29/constituicao-de-holding-para-contencao-de-conflitos-familiares> Acesso em 16-0-2022.
- DAVIS, John. **Os Segredos das Famílias Empreendedoras: o que pode impulsionar o sucesso dos negócios na próxima geração.** São Paulo: HSM do Brasil, 2016.
- FRANÇA, K. E. Z. de; MARCHETTI FILHO, G. F. **A Criação de Holdings Familiares como Solução de Conflitos no Direito Sucessório dentro do Agronegócio.** Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 22, n. 2, p. 297-316, jul./dez. 2019.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil.** Volume Único. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- Harvard Business Review Family Business Handbook: How to Build and Sustain a Successful, Enduring Enterprise. HBR Handbooks, 2021.
- MADALENO, R. **Planejamento Sucessório.** Anais do IX Congresso de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>. Acesso em: 12-01-2022.
- MELLO, C. C. F. **A importância de um bom planejamento sucessório.** Disponível em: <http://cnbba.org.br/2021/12/09/portal-migalhas-artigo-a-importancia-de-um-bom-planejamento-sucessorio/>. Acesso em: 15-01-2022.
- NASSER, E. **Nietzsche e a morte.** Cadernos De Filosofia Alemã: *Crítica E Modernidade*, (11), 99-110.

II

A LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO DIREITO SOCIAL DO TRABALHO

Sandra Fonseca²⁹⁸
Bárbara Fonseca²⁹⁹

RESUMO: O presente trabalho pretende uma análise funcional do alcance do instituto da Lei de Recuperação Judicial. A proteção internacional dos Direitos Humanos positivou-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que veio a lume após as graves violações perpetradas na segunda grande guerra contra o ser humano. A Convenção sobre Conflitos de Leis Relativas a Companhias Comerciais (1979) e a Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado (1984) reconhecem as nacionalidades das empresas no âmbito internacional. Entre os direitos sociais, encontra-se o direito ao trabalho do cidadão para uma vida digna, bem como de sua família. O exercício do trabalho é garantido pela empresa, cumprindo a sua função social. O Estado, com a mitigação de sua soberania, recebe a influência do direito internacional, devendo fornecer melhores condições para a criação, desenvolvimento e recuperação das empresas, evitando-se os danos sociais.

Palavras-chave: direitos humanos; direito social ao trabalho; empresa; recuperação judicial; o papel do Estado.

I INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) inaugurou uma nova ordem internacional por alçar ao patamar de direitos fundamentais o direito à vida, à saúde, às liberdades públicas e ao trabalho.

Entre as proteções do direito internacional ressalta-se o direito ao emprego como meio necessário à sobrevivência do homem e de sua família, de forma a preservar a dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo axiológico da Carta da ONU.

Em outro importante aspecto, a Declaração Universal ao estabelecer o direito ao trabalho, em documento aprovado em Assembleia Geral, criou também a obrigação de todos os países assegurar o trabalho de seus cidadãos. Tal obrigação internacional deve ser vista de forma ampla,

298 Pós-doutora em direitos sociais (Universidade de Salamanca-ESP) e Desembargadora do TJMG.

299 Advogada. Formada pela UFMG.

no sentido de proteção ao emprego e à empresa, pois esta irá proceder à abertura de vagas.

O protecionismo do Estado ao pleno emprego deve se desgarrar do modelo político de cada país e procurar estabelecer condições favoráveis à criação e ao desenvolvimento das unidades de trabalho, principalmente de iniciativa privada.

Assim é que compete ao Estado facilitar a criação de empresa, com regras claras e simplificadas, procedimentos fiscais acessíveis e tributação razoável, dando condições para que as empresas possam se desenvolver com saúde financeira, bem como se reerguer, em casos de debilidades econômico-financeiras interna, inclusive em fase aguda da economia do país.

Em épocas de crise, os processos de recuperação judicial ficam mais em evidência. A pandemia do coronavírus não só impactou o sistema de saúde mundial como desencadeou uma crise econômica não prevista. O ano de 2020 registrou os piores índices para a economia mundial desde a Grande Depressão de 1929. Segundo o relatório *World Economic Outlook*, elaborado anualmente pelo Fundo Monetário Internacional, o Produto Interno Bruto global contraiu 3,5% em relação a 2019 (THE WORLD BANK, 2021).³⁰⁰

O cenário econômico pós pandemia impacta ainda mais os países sub desenvolvidos e em desenvolvimento. Os dados econômicos pós-recessão refletem a rápida capacidade de recuperação de economias avançadas, enquanto economias emergentes e em desenvolvimentos continuam sob grande tensão financeira, evidenciando que o próprio processo de superação da crise é desigual (THE WORLD BANK, 2021).

Seguindo a linha dos países emergentes, em 2020, o Brasil não só teve queda recorde no Produto Interno Bruto, apresentando um recuo de 4,1%, o maior desde a inauguração do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), como também saiu da lista definitiva das 10 maiores economias do mundo, caindo para a 13.^a posição, segundo os dados consolidados do FMI.

Ainda que superado o ápice da crise e restabelecidas as interações econômico-sociais, dificilmente a demanda por certos produtos e serviços será retomada com brevidade nos mesmos níveis pré-pandemia. Segundo especialistas, até 2022, estima-se que a produção em todas as regiões permaneça abaixo das projeções anteriores à crise da Covid-19.

É no contexto de enfrentamento da crise deflagrada pela pandemia da Covid-19 que o instituto da recuperação judicial oferece a sua principal contribuição. Tal enfrentamento pressupõe, no entanto, que o mecanismo

300 Nas palavras de Fabiano Silvio Colbano: “Para se ter uma ideia do que foi o choque do coronavírus, em 2020, a gente saiu no mundo de um crescimento de 2.5%, em 2019, para uma recessão mundial de 3.5%, em 2020, com as economias avançadas caindo 7.7% e as emergentes caindo 1.7%, aí um pouco seguradas pela própria China” (AGÊNCIA BRASILIA, 2021).

da recuperação de empresas seja eficiente e suficientemente abrangente, para que seja compatível com a busca de uma solução coletiva para a crise empresarial.

O cenário econômico pós-pandêmico e o aumento da procura do mecanismo da recuperação judicial pelos agentes econômicos causam natural inquietação sobre a aplicação e, principalmente, sobre a abrangência do instituto da recuperação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos termos da Lei n. 11.101/2005, legislação pátria que regulamenta a matéria, a recuperação judicial é instituto que se defere apenas em favor de empresas, ou seja, somente empresários e sociedades empresarias podem requerer a recuperação.

Restam excluídos, por conseguinte, um grande número de agentes econômicos que, apesar de não estarem devidamente registrados como empresários, exercem atividades econômicas organizadas e contribuem inegavelmente para o avanço socioeconômico da comunidade.

Acerca da restrição de acesso do instituto da recuperação aos agentes considerados não empresários, a melhor doutrina³⁰¹ há muito já vem sinalizando que, no contexto econômico atual, não há justificativa para a exclusão desses agentes do sistema concursal, principalmente porque tal exclusão decorre da vetusta dicotomia entre Direito Comercial e Direito Civil, consagrada pelas Codificações Napoleônicas,³⁰² dualismo que não mais se sustenta nos dias atuais.

A recém editada Lei n. 14.112/20, apesar de ter se proposto a atualizar a legislação falimentar brasileira, foi ao enalço do legislador de 2005, mantendo inalterada a disposição que limita a abrangência do instituto da recuperação apenas empresários e sociedades empresarias - art. 1.º da Lei n. 11.1101/2005 - a despeito da impropriedade já pontuada por alguns doutrinadores.

301 Nas palavras de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli (2017, p. 3): “Atualmente reserva-se o sistema de direito concursal para os agentes qualificados como empresários, enquanto os não-empresários são excluídos, apenas porque em um dado momento do passado essa divisão foi afirmada. No entanto, se observado o contexto econômico atual, não há nenhuma razão que justifique a opção de excluir quem não for empresário do sistema concursal da LRF”.

302 Nessa perspectiva, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 7): “No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). Inaugura-se, então, um sistema para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em civis e comerciais. Para cada regime, estabelecem-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial é feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio”.

Com efeito, basta verificar nos sistemas falimentares mais avançados, como é o exemplo do sistema concursal americano e do francês, para se verificar a nítida tendência de alargamento do rol de legitimados do sistema falimentar.

A toda evidência, a decisão de promover a limitação ou o alargamento de um instituto ao ordenamento brasileiro não pode ser decidida exclusivamente com base em sua eficácia em outras jurisdições, no entanto, não se pode ignorar que o direito comparado sempre foi importante fonte para o desenvolvimento da doutrina empresarial nacional notadamente no que toca o sub-ramo do direito concursal.

A outorga do acesso ao instituto da recuperação judicial a esses indivíduos se apresenta não só como necessária para buscar uma solução coletiva para a crise empresarial como também para garantir a própria efetividade da função social da propriedade econômica.

Isso porque, ainda que certos agentes econômicos não atendam às formalidades legais, realizam atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, sendo assim responsável pela geração direta e indireta de empregos, recolhimento de tributos promovendo a efetiva função social da empresa.

Tem-se assim que a proposta de ampliação do uso do sistema de insolvência para os agentes econômicos que exercem atividade econômica é medida salutar e que aproxima o sistema jurídico concursal brasileiro dos sistemas jurídicos concursais mais avançados.

2 O PODER ABSOLUTO DO ESTADO E A PROTEÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

Na obra *Do contrato social* Rousseau já defendia a ideia de que existia uma forma de associação na qual, para a defesa da pessoa e dos bens de cada um, se uniriam todos transferindo-se o direito, através de um pacto social, ao corpo político, e este lhes seria devolvido, através de leis protetivas que deveriam refletir não só a vontade geral, mas o que seria melhor para a sociedade (ROUSSEAU, 2000). Muito embora Rousseau tenha exaltado o ser humano na sua individualidade, revelou-se um pensador da coletividade. Ele que sempre entendeu que o homem nasce livre, mas é corrompido pela sociedade, inspirou o iluminismo com suas ideias de Estado, influenciando com seu pensamento o ideal da revolução francesa.

Hegel (1999) situou o Estado na razão objetiva, que consistia no grau máximo de agrupamento entre os diversos interesses contraditórios dos indivíduos da sociedade. A família seria inferior ao Estado. Somente o Estado, único e soberano, pacificaria as tensões da coletividade e atuaria em prol do bem comum. O filósofo de Stuttgart identifica o Estado como absoluto, justificando que o homem necessita da vida social para determinar

a razão de seus pensamentos. Para ele, o Estado é a instituição responsável para instaurar todo o corpo de leis e, na prática, confere ao Estado todos os poderes que, na época medieval, pertencia à Igreja.

A temática dos direitos humanos suscita discussões teóricas, ao cotejarmos o poder soberano do Estado e os direitos individuais e coletivos.

O poder original decorre da própria organização social em que os indivíduos se aglomeram e da necessidade de garantir o desenvolvimento e a paz da sociedade.

Segundo Bodin, a soberania é um poder perpétuo e absoluto que enseja a independência em relação aos demais poderes internos e externos. Quanto à independência entre os internos ela dispensaria o consentimento dos súditos para a validade e eficácia das normas; já a independência aos poderes externos aponta para a igualdade entre os Estados, resultante da consolidação do poder e da supremacia. Daí decorre que a soberania será necessariamente ilimitada (livro I, p. 49) e indivisível (Livro II, p. 89) (BODIN apud GARCIA, 2009, p. 3).

Percebe-se, portanto, que o desígnio do jurista francês era proporcionar um suporte jurídico para a ação do rei, consolidando seu poder. Ele definiu o estado como o justo governo de várias famílias e do que lhes é comum com o poder soberano, sendo, assim, o poder soberano a característica essencial do Estado. Não há Estado sem soberania (DINH; DAILLER; PELLET, 2003).

Bodin foi o precursor da ideia de soberania, entretanto não foi o único autor que se debruçaria sobre o tema. Suas ideias, geralmente, são confrontadas com as de Thomas Hobbes (BODIN apud GARCIA, 2009). É celebre a frase de Hobbes que apreço a estar o soberano acima da lei e desta é fonte. Em Hobbes, a soberania é delegada pelo povo ao portador do poder soberano, sendo atributo indivisível do Estado.

Este foi o entendimento que predominou, no século XVII, passou pela I Grande Guerra e permaneceu, até a II Guerra Mundial, quando aquela filosofia foi relida e seu entendimento revisto. Há que se compreender que uma profunda mudança ocorreu no poder do Estado, bastante diferente daquele antes compreendido como população, território e soberania, porquanto o cidadão passou a ser sujeito de direito.

Como se sabe, o direito internacional é formado pelo *ius gentis*, que reside no mecanismo fundamental de assentimento formal de adesão de integrar-se à sociedade internacional, composta pela composição de Estados Soberanos. O *Ius gentis* é a vontade dos Estados, na qual reside a fonte do direito internacional. No entanto, há uma mitigação da soberania.

De acordo com os Tratados de Paz de Vestefália, os Estados são os únicos a possuírem soberania. Entretanto, o instituto da soberania nem sempre teve o mesmo entendimento, tendo seu conceito evoluído, ao longo

da história. O Estado é o maior dos poderes humanos, visto que reúne poderes de vários homens.

Assim, a existência de um Estado implica um poder central exercendo com plenitude os poderes estatais em território determinado (DINH; DAILLER; PELLET 2004).

Cada indivíduo delega ao Estado o uso da força e do poder, para que haja paz em seu próprio país e ajuda mútua contra a ameaça de inimigos estrangeiros, podendo este Estado se utilizar de todos os recursos e da maneira que considerar conveniente, objetivando a paz e a defesa comum. Neste sentido, a soberania se refere à concepção de soberania interna, ou seja, quanto à organização política no Estado e a capacidade das autoridades de exercerem, efetivamente, o controle em território. A soberania interna envolve a especificação da autoridade legítima do sistema político e em que medida esta autoridade é exercida (KRASNER, 1999).

Ocorre que o objetivo maior do Estado, qual seja, a paz geral, só seria alcançado, segundo Hobbes (2006), se o soberano exercesse um poder absoluto, modificando o direito conforme a necessidade. Assim, o autor afirma que o Estado, genuinamente, se constitui no Leviatã, referência ao monstro marinho a que, ainda que cruel, cabia à proteção dos peixes mais frágeis, impedindo que fossem destruídos pelos mais fortes.

A construção do Estado, conforme explicado anteriormente, é, na realidade, o conjunto de vontades dos indivíduos que estão estabelecidos socialmente, em determinado território, devendo o soberano se ater aos princípios daquela sociedade e proporcionar, em primeiro lugar, a paz e a vida digna, com condições econômicas de o indivíduo manter-se a si e a sua família.

Todos os indivíduos que constituem aquele Estado, sem exceção, segundo Hobbes (2006, *idem*), tenham eles votado a favor, ou contra, são quem exerce o poder soberano, devem autorizar seus atos e suas decisões como se fossem seus próprios atos e decisões. Só assim, o objetivo de viver, em paz uns com os outros, e serem protegidos dos demais homens seria alcançado. Apenas quando o soberano não cumprisse sua função é que os cidadãos poderiam desobedecê-lo, pois o pacto teria sido rompido.

O Estado, sendo o Leviatã, muitas vezes extrapola o pacto social feito entre os indivíduos, contrariando sua vontade, às vezes, inclusive, mitigando os Direitos Humanos dos cidadãos. Como possui o controle tanto dos poderes executivo, judiciário e legislativo, quanto do poder de coerção, o soberano muitas vezes, abusa deste poder.

Para Ferrajoli (2007, p. 39-40) a soberania externa teve sua falência decretada, na primeira metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial; afirma, ainda, que seu fim fora sancionado no plano internacional pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), aprovada pela

Assembleia Geral das Nações Unidas. Trata-se de marco normativo que alterou, significativamente, a ordem jurídica, perdendo espaço a soberania e exurgindo um direito internacional formado por direitos dos Estados, formando um só ordenamento.

A partir daí, o Estado apresenta-se com a soberania mitigada, pois se encontra abaixo da normatização dos direitos reconhecidos internacionalmente.

Todo Estado para ser reconhecido pela comunidade internacional deve cumprir os direitos humanos já protegidos pela ordem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos alberga a fonte dos direitos, traz os direitos primários do homem, bem como aponta que esses direitos estão evoluindo de forma crescente, tendo em vista a constante transformação da sociedade.

Os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda dimensão, incluem o direito ao trabalho, alcançando o direito à alimentação, vestuário, saúde, educação, cultura, lazer, bem como as condições para melhores condições de vida para todos, conforme explica José Afonso da Silva (2009) o direito ao trabalho para todos tem fundamento no direito à igualdade, que está previsto em todas as constituições de países democráticos.

A Constituição de Weimar de 1919 trouxe pela primeira vez os direitos sociais, sendo que a Constituição do Brasil de 1934 seguiu essa mesma linha e incluiu no seu texto a proteção à ordem econômica e social, a partir daí as posteriores constituições brasileiras passaram a proteger esses direitos fundamentais.

Por tudo isso, percebe-se que não mais se sustenta o monopólio estatal como titular de direitos, porquanto o modelo de estado soberano encontra-se superado, devendo-se alcançar e manter o estado de direito e a consagração dos direitos sociais.

3 A MUDANÇA DE PARADIGMA TRAZIDA PELA LEI 11.101/2005 E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O advento da Lei n. 11.101/2005 marcou o início do novo paradigma do direito falimentar brasileiro, o paradigma da conservação da empresa. A ênfase que se dava ao comércio em si e ao direito dos credores deu lugar a maior atenção à função social da atividade empresária do devedor.

Com características publicísticas e principiológicas,³⁰³ seguindo a tendência do Direito como um todo,³⁰⁴ a Lei n. 11.101/2005 objetivou a manutenção dos empreendimentos produtivos³⁰⁵, priorizando o interesse coletivo da conservação da empresa, da conservação do polo econômico, da manutenção do emprego, e não mais o interesse individual do credor.

Diversos fatores culminaram na reforma da legislação concursal brasileira levada a cabo pela Lei n. 11.101/2005, sendo a promulgação da Constituição Federal de 1988, a principal precursora dessa mudança de paradigma. Nas palavras de Eduardo Zilberberg (2006, p. 186):

[...] a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o pontapé inicial para a reforma da legislação concursal brasileira. Com seus valores e princípios, a Constituição revelou-se um marco fundamental para a consolidação do princípio da preservação da empresa, na medida em que fixou as bases e diretrizes que passariam a nortear a elaboração, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional. [...] Nesse contexto, a preocupação com a preservação da empresa, na medida em que esta permanece no exercício de suas funções sociais, constitui uma das principais formas de dar eficácia aos demais princípios enunciados, bem como de concretizar a finalidade constitucional de ordem econômica, qual seja, assegurar a todos uma existência digna.

Nesse sentido, a Lei n. 11.101/05 houve por bem abolir o instituto da concordata, que era um mecanismo notadamente ineficaz de reestruturação econômico e superação da crise econômico da empresa, tanto em sua forma preventiva como suspensiva e instituiu a recuperação judicial, modificando a estrutura do sistema falimentar até então vigente.

Assim, bem observou Rachel Sztajn (2007, p. 372):

303 A importância da abordagem principiológica da recuperação judicial reside no fato de que o processo de recuperação judicial reflete um procedimento de sacrifício, no qual tanto os poderes da empresa devedora quanto os direitos dos credores são limitados para que se alcancem objetivos de maior abrangência. Dessa forma, caso haja conflito entre tais interesses, é necessário que se equacione um procedimento de superação, baseado na ponderação casuística entre fins e princípios, para que se alcance a eficácia da norma pela sua finalidade e não pela sua estrutura (LOBO, 1999, p. 176-177)

304 Como ressalta Humberto Ávila (2005, p.15), em virtude da constante utilização dos princípios na atualidade, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia um verdadeiro Estado Principiológico. Este é o motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, cada vez com maior frequência, os princípios jurídicos na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender estas proposições.

305 Nas palavras de Marcos de Barros Lisboa *et al.* (2005), o objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo-se assim sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores.

[...] foram buscadas soluções menos traumáticas para o caso de, constatado o desequilíbrio adverso entre ativo e passivo, não passar diretamente para o procedimento liquidatório-solutório, a falência, mas dar ao devedor a oportunidade de demonstrar que, reorganizada a atividade, terá condições econômicas de continuar.

Diferentemente da legislação anterior, qual seja, o Decreto-lei n. 7.661/45, o legislador de 2005 teve como objetivo maior a salvaguarda da empresa, tendo elegido, por conseguinte, a função social da empresa, como base principiológica e parâmetro norteador da atividade empresarial.

Acerca da função social da empresa, na recuperação judicial, nas palavras de Tomazette (2017, p. 8) tal princípio servirá de base para tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido de sua recuperação.

Apesar da relevante mudança de paradigma consagrada pela Lei n. 11.101/2005 e das importantes inovações no ordenamento, a legislação manteve a limitação estabelecida no sistema concursal anterior no sentido de restringir sua aplicabilidade apenas àqueles agentes econômicos que a lei qualificar como empresários e sociedades empresárias.

Nesse sentido, como bem pontua Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2020, p.8), a Lei n. 11.101/2005:

Alterou conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e a continuação dos negócios pelo falido, como previsto no revogado Decreto-lei 7.661/1945. Introduziu a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando radicalmente o sistema falimentar então vigente. Porém foi mantida a dualidade para os procedimentos, em sendo o devedor insolvente um empresário e outro não empresário.

Apesar dos inegáveis avanços da Lei n. 11.101./2005, ao restringir sua aplicabilidade apenas àqueles agentes econômicos que a lei qualificar como empresários e sociedades empresarias, a atual normativa que disciplina a recuperação judicial dá seguimento ao estabelecido na antiga legislação concursal, que somente outorgava pretensão à concordata a quem fosse comerciante referido pela expressão devedor (AYOUB, CAVALLI, 2017, p. 21).

4 A LEGITIMAÇÃO PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO SISTEMA CONCURSAL FRANCÊS E ESTADUNIDENSE

Apesar de o sistema falimentar brasileiro ter se originado ainda no período do Império, mais especificamente no ano de 1850 com a edição

da Lei n. 556, a característica liquidatária³⁰⁶ foi preponderante no Direito Concursal até o ano de 2005, quando houve a promulgação da Lei n. 11.011/2005. Conforme enunciado em seu próprio texto, o legislador de 2005 teve como propósito “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor” por meio da instituição do mecanismo da recuperação judicial.

Em vista da novidade do instituto no Brasil, é válida a investigação comparativa entre o sistema jurídico brasileiro e a estrutura do processo falimentar em outros países, notadamente nos países onde a legislação falimentar é considerada mais avançada. Nesse aspecto, ganham destaque a *corporate reorganization* instituída no direito estadunidense e a *réglement*, instituída em 1984 na França.

Partindo desse princípio, se faz necessária a análise do direito concursal desses países, considerados pela doutrina como modelos de sistemas falimentares avançados e dotados de práticas recuperacionais exitosas, visando percorrer as melhores decisões tomadas pelo legislador americano e francês, a fim de identificar de que modo elas podem contribuir para a evolução do sistema falimentar brasileiro, especificamente no que toca a abrangência da recuperação judicial aos agentes considerados não-empresários.

No cenário estadunidense, a *corporate reorganization* foi concebida ao final do século XIX num contexto de intensa crise-econômico financeira que assolava os EUA em decorrência da guerra civil.³⁰⁷ A principal preocupação à época era concernente às companhias ferroviárias, já que um terço delas havia quebrado e não se cogitava a liquidação dessas companhias diante da sua inegável importância para a expansão do país (SKEEL, 2001).

Constatada a ineficiência das reorganizações conduzidas por bancos de Wall Street, foi promulgado em 1938 o *Chandler Act*, que introduziu modificações substanciais ao *Bankruptcy Act* de 1898, legislação anterior que regulamentava o sistema falimentar americano. Dentre as principais inovações do *Chandler Act* destaca-se a introdução de dois capítulos ao vetusto *Bankruptcy Act*, os *Chapter X* e *Chapter XI*, sendo o primeiro destinado

306 Segundo Eduardo Zilberberg (2008), num primeiro momento de evolução do direito falimentar, o interesse tutelado era o de obtenção de meios mais eficientes para liquidação dos débitos da empresa devedora, por meio da arrecadas e alienação da totalidade de seu patrimônio. (Zilberberg, Eduardo) Uma análise do princípio da preservação da empresa viável no contexto da nova lei de recuperação de empresas, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº141, janeiro-março de 2006, 185-191.

307 Segundo Fazzio Junior (2008, p.11), os EUA foram o primeiros a se atentar para a importância da recuperação judicial, motivo pelo qual, o primeiro procedimento de recuperação empresarial surge em 1867, nos Estados Unidos com a chamada Lei de Companhias Ferroviárias.

a reorganização de companhias abertas de grande porte e o segundo destinado a companhias de médio e pequeno porte.

Após 40 anos de vigência, foi editado, em 1987, o *Bankruptcy Code*, que incorporou em seu texto as proposições do *Chandler Act*, na mesma toada de promover o princípio da preservação da empresa em sobreposição à liquidação de ativos, notadamente pelo mecanismo descrito em seu Capítulo 11, mais sensível ao tema do presente artigo.

O Capítulo 11 do *Bankruptcy Code*, rege a chamada *Reorganization*, procedimento por meio do qual se objetiva reorganizar os negócios conforme plano aprovado judicialmente, que muito se assemelha ao mecanismo brasileiro da recuperação judicial regida pela Lei n. 11.001/2005.

Conforme se verifica da seção 109 do *Bankruptcy Code* (Who may be a debtor), no regime recuperacional estadunidense, o procedimento pode ser utilizado tanto por sociedades (Corporações –S.A. ou *partnerships*) quanto por pessoas naturais, em princípio empresários em nome individual (*sole proprietorship*).

Tem se assim que, a reforma falimentar estadunidense não somente consolidou o princípio da reorganização empresarial cujo objetivo é criar condições para preservação de empresas economicamente viáveis, como consolidou a ampliação da legitimação para procedimentos recuperatórios, típica dos modelos anglo-saxões e germânicos, admitindo a aplicação do instituto da recuperação judicial, inclusive para pessoas físicas abandonando a antiga distinção entre empresários e não empresários.

O regime recuperacional estadunidense, por não fazer qualquer distinção entre atividades empresárias e não empresárias, concede a possibilidade de recuperação (*reorganization*) a uma gama variada de devedores insolventes ou sob ameaça de insolvência, dentre os quais, fazendeiros e pescadores (Chapter 12), pessoas físicas com dívidas até determinado valor (Chapter 13) e até municípios (Chapter 9), a exemplo da cidade de Detroit, que iniciou a recuperação em 2013.

A França, por sua vez, primeiro país europeu ao atentar para a importância do tema da recuperação de empresas, promoveu a reforma de sua legislação concursal no ano de 1967, com a promulgação da Lei n. 67-820 e a Ordenação n. 67-820³⁰⁸, que reformou inteiramente o Direito Falimentar, de forma muito semelhante à transformação ocasionada pela *corporate reorganization* no sistema falimentar estadunidense.

A nova legislação concursal fundou-se em três princípios (GUIMARÃES, 2007, p.112): (i) o princípio da separação entre a empresa e empresário, permitindo a preservação da empresa apesar da insolvência do empresário ou sociedade empresária; (ii) o princípio do reforço das

308 Para Nelson Abrão (1997, p. 5), “a reforma da legislação concursal francesa, a superação da concepção liquidatória-solutória dos procedimentos concursais, deslocando a matéria do campo meramente privatístico para o publicístico”.

prerrogativas judiciais, restringindo os poderes dos credores e aumentando as prerrogativas do magistrado no processo e (iii) a superação das distinções entre processos de execução fundadas em critérios jurídicos formais, estando a abrangência do sistema falimentar a pessoas jurídicas não comerciantes.

Essa última, mais relevante para o presente estudo, foi ainda mais reconhecida na reformulação legislativa ocorrida em 1984, pela edição das Leis n. 84-148 e 85-149 que, de forma expressa, estendeu a abrangência do procedimento para quaisquer pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, excluídas apenas as sociedades ocultas e sociedades fato, nas quais o processo é aberto em relação aos sócios³⁰⁹.

No mesmo sentido da *Reorganization* estadunidense a legislação falimentar francesa, após a reformulação de 1984, adotou o caráter ampliativo, possibilitando o acesso aos procedimentos de recuperação e de falência à diversos agentes econômicos, sem fazer o uso da distinção entre empresários e não empresários.

Como já mencionado, tal dicotomia, que sustenta a manutenção do modelo restritivo de acesso aos institutos recuperacionais, está fundada em uma tradição em raízes medievais, que não mais se justifica no estágio atual do direito comercial contemporâneo e vai de encontro aos objetivos programáticos de otimização da iniciativa privada e impulso à economia previstos na ordem jurídica internacional e na Constituição Federal de 1988, como se verá a seguir.

5 A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE ATIVIDADES ECONÔMICAS E CIVIS NO DIREITO FALIMENTAR CONTEMPORÂNEO

A separação entre atividades empresárias e não empresárias remete às codificações napoleônicas do século XIX, quando houve a edição do Código Civil Francês de 1804 e do Código Comercial Francês de 1808. Nesse período, o direito comercial surgiu como um regime jurídico especial, criado para regular as ‘atividades mercantis’ que eram àquelas definidas pela lei como atos de comércio.

Surgiu assim a teoria francesa dos atos de comércio que exigiu grandiosos esforços legislativos e doutrinários para a delimitação dos atos que seriam considerados mercantis. No entanto, verificou-se, pelos critérios elaborados pela doutrina e as críticas estabelecidas, a clara imprecisão

309 O que pode ser vislumbrado no Art. L631-2, do Code de Commerce francês: “La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l’article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu’à toute personne morale de droit privé”.

e a instabilidade gerada por tal Teoria,³¹⁰ principalmente em razão da inexistência de um conceito único de ato de comércio.

Ante o fracasso da Teoria dos Atos de Comércio e a nova fase do direito comercial iniciado a partir da metade do século XX, caracterizada pela centralidade da empresa não só no cenário econômico como no cenário jurídico, foi elaborada a Teoria da Empresa. Sobre essa transformação, conforme doutrina Fábio Ulhoa (2003, p. 115).

O direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa. Nos anos 1970, a doutrina comercialista estuda com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela teoria da empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesse entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio. O Código Civil de 2002 concluiu a transição, ao disciplinar, no livro II da Parte Especial, o direito de empresa.

Assim, com a superação da Teoria dos Atos de Comércio e as transformações do direito comercial, a dicotomia entre atividades e não econômicas não mais se sustenta, além de não se mostrar consentânea com o princípio da função social da empresa, que, conforme já mencionado, norteia o sistema falimentar brasileiro regulado pela Lei n. 11.1101/2005.

Nesse sentido, pontifica Rubens Requião (2008, p. 23-24):

Em nossa opinião será ilusória a unificação do direito obrigacional se permanecer a falência como instituto especificamente mercantil. Não será possível atingir a verdadeira unificação enquanto persistir a divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz respeito à insolvência. [...] Se, portanto, se pretende unificar o direito privado em nosso país, que se proceda racionalmente, com lógica e determinação. Comece-se pela codificação uma e, concomitantemente, estenda-se a falência aos não-comerciantes. Assim, ao deparar-se com a insolvência, não haveria necessidade de indagar-se se o empresário é comerciante ou civil. Desapareceria a necessidade de classificação do empresário entre comerciante civil bem como no que respeita às sociedades.

Ademais, a utilização do critério da lucratividade como determinante para enquadrar uma sociedade como empresarial ou não, mostra-se injustificada, uma vez que, diante das transformações econômicas da

310 Nas palavras de Fábio Ulhoa (2003, 119) “A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”.

contemporaneidade, há diversos outros agentes econômicos responsáveis pela produção e circulação de bens e serviços que possuem grande repercussão no desenvolvimento social e econômico no meio em que atuam. Nesse sentido:

Mas, por outro lado, identificar o empresário como mero sucessor do comerciante é asserção que se revela impregnada de um apego histórico injustificado que acaba por escamotear as profundas transformações ocorridas na estrutura socioeconômica e, por via de consequência, jurídica, do que decorre manifesto prejuízo para a compreensão do atual significado do direito da empresa. Com efeito, o direito comercial, guiado pelo avanço capitalista, criou novas realidades não explicadas juridicamente pelas categorias tradicionais do direito, pondo em destaque, assim, as transformações socioeconômicas, que foram apreendidas por diversos ramos do direito que, ao se desenvolverem, acabaram por colocar em xeque a própria existência do direito comercial (CAVALLI, 2010, p. 1).

É nesse contexto, que a melhor doutrina vem apontando que deve ser superada tal distinção entre espaços civis e espaços mercantis, de forma que seria melhor se evoluíssemos para uma unificação das atividades negociais sob uma mesma disciplina jurídica: um Direito da Atividade Negocial que poderia, sim, ser chamado de Direito Empresarial (MAMEDE p. 147). Dessa forma, seria possível que todas as atividades negociais pudessem acessar o sistema falimentar, bastando para tal que estejam devidamente registradas.

6 A PROTEÇÃO DA EMPRESA NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A ordem internacional de proteção aos direitos do homem, criada após as atrocidades praticadas contra o ser humano, na segunda guerra mundial, consagrou os direitos fundamentais da pessoa humana, entre eles o direito ao trabalho de forma digna.

O Brasil filiou-se ao sistema jurídico internacional, integrando as normas de direito internacional ao direito interno, conforme prevê o art. 5.º, § 2.º, da Constituição Brasileira, tornando obrigatórios os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A positivação dos direitos não representa uma problemática para o enfrentamento, em razão do alto grau de desenvolvimento dos tratados internacionais de direitos humanos.

Entrementes, a preocupação consiste com a efetividade destes direitos e com o papel do Estado para o acesso a esses direitos.

A empresa deve ser vista como meio para alcançar os direitos sociais do ser humano. Valticos, conforme citação de Sussekind (2000, p. 129):

“afirma-se, assim, a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico”.

Assim, trata-se de um princípio para a aplicação do direito internacional do Trabalho. A Justiça social constitui a primazia para toda a atividade econômica em um Estado.

A empresa deve trabalhar buscando lucro, mas com o objetivo principal de melhorar a condição social de todos os trabalhadores daquele núcleo de atividade econômica.

Contudo, os tratados internacionais que regulam as relações de trabalho ainda se apresentam tímidos ao cuidar da proteção do funcionamento das empresas.

As Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (Montevideu, 1979, La Paz, 1984), que aprovaram duas importantes convenções concernentes ao tema da pessoa jurídica: Convenção sobre Conflitos de Leis Relativas a Companhias Comerciais (1979) e a Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado (1984) reconhecem as nacionalidades das empresas no âmbito internacional. Da mesma forma, o Tratado de Roma (1957).

Observa-se que os tratados limitam-se a estabelecer que a existência, capacidade, operação e dissolução de sociedades comerciais regem-se pela lei do local de sua constituição (at. 2 do Tratado de 1984), relegando também as normas de recuperação e falência ao direito interno, oportunidade que poderiam trazer princípios para a recuperação das empresas, tendo em vista o caráter protetivo do empregado.

Cuidou a Lei n. 11.101/2005 de estabelecer no seu art. 47 o princípio que deve reger a recuperação no Brasil “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Conclui-se, portanto, que a lei de recuperação judicial trata-se de um instrumento de efetivação dos direitos humanos. É claro que de forma isolada ela não é suficiente para a garantia do funcionamento da empresa e do emprego, mas aponta o rumo para a concretização da função social da empresa.

A função social consiste em usufruir os direitos sociais já positivados na legislação, tais como a remuneração, o descanso, o apoio à saúde do trabalhador, à previdência, à aposentadoria e todos os demais direitos fundamentais.

Para tanto, deve o Estado promover políticas públicas para o cumprimento dos direitos sociais, desburocratizando a constituição de

empresa, tornando o sistema financeiro tributário mais acessível, trazendo linhas de crédito especiais para fomentar o desenvolvimento, além de proporcionar opção de sistema previdenciário público para as empresas.

Há ainda para as grandes empresas a possibilidade de cooperação internacional, no âmbito do Direito Econômico Internacional, envolvendo a organização de intercâmbios econômicos e financeiros entre os Estados com a presença de organismos internacionais, tais como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organizações não Governamentais (ONGs).

Além disso, o grupo das micro e pequenas empresas está a merecer maior apoio Estatal, pois é nesta categoria que a população mais se socorre, principalmente nos países em que a economia ainda não se encontra estabilizada.

Afinal, a função social da empresa consiste no cumprimento dos direitos sociais de seus trabalhadores, com impacto no desenvolvimento da economia.

A Lei de Recuperação judicial constitui um dos avanços no país que deve ser ampliada para atender, cada vez mais, a evolução dos direitos humanos.

7 CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou um novo marco na história dos direitos humanos e consagrou os direitos sociais do homem como direitos fundamentais.

Entre os direitos sociais, o diploma da ONU consagrou o direito ao trabalho, com proteção internacional da pessoa e, por consequência, a obrigação do Estado em proporcionar as condições para o cidadão no exercício dessa conquista.

Os tratados internacionais já reconhecem a nacionalidade das empresa e alçam a matéria ao campo do direito público internacional, em razão da proteção do direito ao trabalho, mas ainda não resguardaram os princípios básicos das empresas perante o Estado.

As condições gerais para a existência de uma empresa, desde a sua criação até a sua recuperação, não podem ser indiferentes ao Estado, pois necessitam de apoio governamental para a sua criação e manutenção, evitando-se um dano social.

A Lei de Recuperação constitui um instrumento de efetivação dos direitos humanos, e necessita de uma compreensão mais ampla, com inclusão de outras categorias de agentes econômicos, avanço com regras mais favoráveis à empresa e ao empresário, a fim de cumprir a relevante função social de sua atuação.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
- AGÊNCIA BRASIL, **Cenário econômico no Brasil e no mundo pós-covid-19**. Publicado em 23.06.2021. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2021/06/23/cenario-economico-no-brasil-e-no-mundo-pos-covid-19/>.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas [livro eletrônico]**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da República**, v. 6, Ed. Fayard, 1986.
- CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo código civil. **Revista dos Tribunais** | vol. 828/2004 | p. 43 - 78 | Out / 2004. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 465 - 513 | Dez / 2010 DTR\2004\657.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introduction a l'etude des sciences humanines*. Traducion of Lous Sauzin. Paris: Universitaires de Frances, 1942.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.
- LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão, A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, in **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2020.
- PELLET, Alain. **As novas tendências do direito internacional: aspectos ‘macrojurídios’**. O Brasil e os novos desafios do direito internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SALOMÃO, Luis Felipe **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática I** Luis Felipe Salomão, Paulo Penalva Santos. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SKEEL, David A. Jr. ***Debt’s Dominion: A History of Bankruptcy Law*** in America. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001.
- SZTAJN, Rachel. **Da recuperação judicial**. In: SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A. DE MORAES (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2.^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas** / Coleção Curso de direito empresarial. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.
- WORLD ECONOMIC BANK, **Perspectivas econômicas mundiais**. Publicado em Janeiro de 2021.
- ZILBERBERG, Eduardo, **Uma análise do princípio da preservação da empresa viável no contexto da nova lei de recuperação de empresas – Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Malheiros, jan/mar/2008, vol. 141, p. 185 a 191.

12

INOVAÇÕES PROCESSUAIS DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

*Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão³¹¹
Sabrina Nunes Borges³¹²*

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar as relevantes alterações que a Lei n. 14.112 de 2020 provocou na atual Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Lei n. 11.101 de 2005. Muitas dessas alterações vieram consolidar entendimentos já arraigados na doutrina e, principalmente, na jurisprudência, e outras vieram acrescentar dispositivos acerca de temas novos, que até então não eram tratados pela legislação. Tal reforma veio em um momento de extrema necessidade, sobretudo em função da crise advinda da Covid-19. Tendo em vista a amplitude do tema, a pesquisa faz um corte metodológico para tratar tão-somente das modificações no âmbito processual, à luz da integrada aplicação do CPC/15. Diante de tal análise, questiona-se em que medida essas inovações processuais podem contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico da recuperação judicial. O trabalho utiliza a pesquisa teórico-bibliográfica bem como a documental no tocante à análise legislativa dos diplomas anteriormente mencionados.

Palavras-chave: recuperação judicial; Lei n. 11.101/2005; Lei n. 14.112/2020; Lei de falência e recuperação de empresas; Código de Processo Civil de 2015.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências (Lei n.º 11.101/05 - LRF) – que revogou o Decreto-Lei n. 7.661/45 – extinguiu a figura da ineficiente concordata e regulamentou a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência dos empresários e das sociedades

311 Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômico-empresariais (Unifran/São Paulo). Professora Universitária. Membro do Comitê Mineiro de Saúde – COGESMIG. Assessora Judiciária – TJMG.

312 Doutoranda e mestre em Processo Coletivo e Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público. Professora Universitária. Advogada.

empresárias. Após quinze anos de vigência a legislação sofreu significativas alterações.

Sancionada com vetos pelo Presidente da República, a Lei n. 14.112 foi publicada dia 24 de dezembro de 2020 e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2021. Embora ter ficado conhecida como *nova* Lei de Recuperação Judicial e Falência, ela não revogou a LRF de 2005, acima mencionada, que ainda se encontra em vigor.

A reforma realizada há muito vem sendo discutida e aguardada. A crise econômico-financeira ocasionada pela Pandemia de Covid-19, em certa medida, acabou impulsionando o Legislativo a apreciar com mais afinco os projetos de lei sobre o tema que ali se encontravam.

O sistema do direito falimentar, em geral, precisava com urgência de reforma, pois além da demora dos processos, a lei não estava mais conseguindo desempenhar seu principal escopo que é auxiliar na recuperação das empresas. Apesar dos vetos que sofreu, a reforma instituída é bastante ampla e, mesmo mantendo o núcleo da Lei n. 11.101/2005, alterou dispositivos de suma importância acerca dos procedimentos de recuperação judicial, extrajudicial e falência.

Tais alterações vieram consolidar entendimentos já arraigados na doutrina e, principalmente, na jurisprudência pátria bem como acrescentar dispositivos novos acerca de temas até então não tratados pela legislação.

O regime jurídico de recuperação judicial no Brasil é interdisciplinar e traz em seu bojo aspectos de natureza material, atrelada ao Direito Empresarial, e de natureza processual, ligada ao Direito Processual Civil. É o direito material em movimento, visto ser necessário um conjunto de regras próprias para conduzir tal processo.

Nas próximas linhas, serão sistematizados dois objetivos da pesquisa, que estarão seguidos de alguns questionamentos (problemas).

A Lei n. 14.112/20 vem sendo objeto de intenso debate na academia. Diante da complexidade e grandeza do tema, restou-se necessário fazer um recorte, delimitando a análise do estudo no campo processual. Assim, propõe-se, numa perspectiva interdisciplinar, analisar os aspectos processuais relevantes da nova lei e, ainda, tecer breves comentários à luz da natureza jurídica do processo de recuperação.

Tendo tudo isso em vista, questiona-se: quais foram as principais alterações introduzidas pela Lei n. 14.112/20, no âmbito processual? Essas alterações dialogam com o Código de Processo Civil de 2015 e estão de acordo com os princípios fundamentais do processo? Em que medida tais modificações podem contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico de recuperação judicial? São essas as indagações que motivam o presente o artigo, o qual, longe de se pretender exaustivo, tem tão somente a pretensão de trazer à colação breves reflexões sobre o tema.

A pesquisa se justifica na medida em que se trata de um tema atual, desafiador, polêmico e que vem sendo constantemente debatido na academia. Os aspectos processuais do sistema jurídico da recuperação judicial, sobretudo após a entrada em vigor da recente Lei n. 14.112/20, vêm despertando o interesse da academia, acreditando-se, assim, que produções científicas correlatas possam complementar e aprofundar o estudo proposto, aperfeiçoando-se, portanto, a ciência jurídica.

Ademais, os processos de falência e recuperação judicial são muito pouco debatidos e estudados por processualistas, permanecendo mais na seara do direito empresarial, razão pela qual se justifica, também, a abordagem do presente artigo.

A metodologia utilizada foi a pesquisa teórico-bibliográfica através da consulta em teses, dissertações, artigos científicos e doutrinas de autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo. A pesquisa documental foi desenvolvida no momento em que se fez necessária a análise legislativa da Lei n. 14.112/20 que alterou significativamente a Lei n.º 11.101/05 - LRF.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ORIGEM, CONCEITO E FINALIDADES

Ainda que se forma sucinta, é importante tratar da historicidade do instituto da recuperação judicial e, conseqüentemente, seus principais marcos legislativos.

Sua origem se remonta à antiguidade, mais precisamente ao direito romano (*legis actionis*), onde inicialmente o devedor respondia com o seu corpo. O credor, naquela época, tinha duas hipóteses para executar seu crédito, caso o devedor não pagasse sua dívida. Em primeiro lugar o devedor seria colocado à venda em praça pública por um prazo de três dias. Caso não houvesse pessoa interessada, abria-se uma segunda hipótese, qual seja, os credores poderiam matar o devedor (PALMA, 2018).

A regra tinha fundamento na tábua terceira da Lei das XII Tábuas, *in verbis*: “se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.” (SCALQUETTE, 2014, p. 27). Tal regra foi proibida pela *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), marco histórico no sistema de execução judicial, onde o corpo deu lugar ao patrimônio.

Na idade média, o processo coletivo de execução começa a formar com as atividades comerciais do norte da Itália. A falência podia ocorrer por três motivos: fuga do devedor, a pedido do credor e por requerimento do próprio devedor.

De acordo com Nelson Abrão (1993, p.5-6) a falência surgiu dos estatutos medievais das cidades italianas. A falência era, portanto, uma execução coletiva, onde se arrecadavam todos os bens do devedor para venda judicial e, em seguida, era a feita a divisão destes apurados entre os credores, obedecendo os critérios legais.

No Brasil, na época da Colônia, as Ordenações do Reino vigiam no país, inclusive no tocante à falência do devedor. As Ordenações Filipinas punia severamente o comerciante fraudulento, mas uma grande contribuição foi criar consequências diferentes para a falência culposa e a inocente, esta última não tinha sanção penal (SILVEIRA FILHO). A coroa portuguesa tinha uma intensa preocupação em proteger o comércio contra , os riscos da *Quebra*.

No período imperial, após a Proclamação da República e diante da necessidade de uma legislação própria que retratasse a realidade do país, foi instituído o Código Comercial Brasileiro de 1850 que veio com fortes influências portuguesa e francesa. O novo diploma substituiu as Ordenações Filipinas e a Lei da Boa Razão que até então vigiam no país. O Código foi bastante criticado, sobretudo em razão de ser demorado, complicado, caro e por prejudicar credores e devedor. A partir daí sucederam diversas reformas no sistema jurídico falimentar.

Com Vargas no poder e sua política de fortalecimento do Estado, uma nova de Lei de Falências foi editada: o Decreto-lei 7661/45. Essa lei reforçava os poderes do Magistrado, diminuía a influência dos credores e tornava a concordata (tanto a suspensiva quanto a preventiva) um favor dado pelo Estado ao comerciante em delicada situação. Para Fábio Konder Comparato (1970, 70 *apud* GUIMARÃES, 2007, 353) o decreto representava um dualismo pendular, “[...] protegia alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento”. Nesse sentido:

O Decreto – Lei n. 7.661 de 1945 vigorou no Brasil por quase 60 (sessenta) anos, e seu objetivo era apenas e tão-somente evitar maiores prejuízos aos credores [...]. Interessava a solução das pendências perante o credor, especialmente quando se tratava do processo falimentar. O devedor, por sua vez, colocava nas mãos do Estado – juiz a responsabilidade pelos atos de alienação do eventual conjunto de bens existentes e arrecadados. Esse mesmo Estado acabava assumindo a responsabilidade pela tentativa de pagamento dos débitos, ficando o devedor na qualidade de espectador. (CLARO, 2009, p. 87)

No entanto, diversos dispositivos da lei deixavam brechas para empresários maliciosos ganhassem tempo para desviar bens e fraudar impunemente seus credores. Com o tempo, muitas mudanças no mercado econômico ocorreram e referido Decreto se tornou incompatível e defasado não conseguindo mais cumprir seu papel de reerguimento das empresas.

Era preciso novamente evoluir. Assim, na tentativa de ajustar a legislação com o desenvolvimento ocorrido no país, renomados juristas, influenciados pela Teoria da Empresa, propuseram a reforma da lei falimentar brasileira. O debate em relação a tal reforma permitiu a elaboração do Projeto de Lei n. 4.376/93, que após longo trâmite pelo Congresso Nacional, resultou na Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências (Lei n. 11.101/ 2005).

A nova lei – que foi promulgada sob o Estado Democrático de Direito, num contexto de tutela de direitos individuais e coletivos – extinguiu a concordata e a continuação dos negócios pelo falido e alterou substancialmente diversos institutos do direito concursal além de inserir a recuperação judicial e extrajudicial da empresa, modificando, assim, o sistema falimentar até então vigente (SALOMÃO, 2012, p. 26-27).

A intervenção do Judiciário para permitir a recuperação da empresa, evitando sua falência faz-se em reconhecimento da função social que as empresas desempenham. São instituições voltadas para o exercício de atividade econômica organizada, atuando a produção e circulação de riqueza, pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços (MAMEDE, 2012, p.446).

Sob um viés mais moderno, fala-se em “direito das empresas em crise”. (TOMAZETTE, 2018, p. 37). Seus objetivos são prevenir as crises; recuperar as empresas em crise; liquidar as empresas não recuperáveis; e punir os sujeitos culpados em tais crises.

Cabe à legislação traçar a forma de atuação do Estado na recuperação de empresas, bem como no eventual encerramento e liquidação da atividade (falência). O empresário pede a intervenção do Judiciário para ajudá-lo a enfrentar as dificuldades e preservar a atividade empresarial, bem como seus reflexos, tais como, emprego, abastecimento, recolhimento de tributos e fomento à própria vitalidade da economia interna em geral. Esse auxílio facilita a negociação coletiva do passivo e de medidas voltadas ao saneamento da atividade.

A finalidade precípua do instituto é, portanto, alcançar o soerguimento da empresa economicamente viável em situação de crise econômico-financeira passageira, por meio de um regime jurídico especial de benefícios e de um plano de reorganização da empresa. (MEDINA, 2014).

Felipe Vieira Batista (2018, p. 19), em trabalho acadêmico magnífico sobre o tema, afirma:

Em termos práticos, a sistemática é basicamente a seguinte: (i) o devedor expõe em juízo a situação de crise, inclusive trazendo uma série de documentos específicos exigidos pela legislação; (ii) preenchidos os requisitos legais, o juízo defere o processamento da recuperação, atraindo assim uma série de efeitos materiais e processuais integrantes do chamado regime jurídico de recuperação de empresas; (iii) o juízo e

seus auxiliares dimensionam e consolidam processualmente o passivo; (iv) o devedor apresenta plano de superação da crise que contemple formas de afastamento respectivo, inclusive com a reestruturação do passivo; (v) o plano é apresentado aos credores organizados em classes mais ou menos homogêneas¹⁰; (vi) o devedor e credores negociam coletivamente o plano com as classes; (vii) havendo aprovação coletiva do plano nas diferentes classes, o juízo avalia a regularidade formal e legalidade do plano e leva a efeito sua homologação, o que resulta na novação de todos os créditos; e, (viii) há a efetivação do plano com a fiscalização do juízo e de seus auxiliares.

Diante do acima citado, pode-se afirmar que o regime de recuperação judicial é voltado a encerrar a crise e preservar a empresa; ou seja, a lei estabelece uma série de efeitos jurídicos voltados a viabilizar no mundo dos fatos o reerguimento da sociedade em crise e, conseqüentemente, o restabelecimento da atividade empresarial (empresa) e benefícios econômicos e sociais daí resultantes. São vários os efeitos traçados pelo referido regime jurídico e, por não ser objeto da presente pesquisa, estes não serão abordados.

De acordo com Batista (2018, p. 22), “a aplicação do regime jurídico de recuperação judicial pressupõe um processo”, ou seja, os efeitos previstos em lei só têm início se o devedor requerer a recuperação judicialmente. Assim, o desenrolar da negociação com os credores e a reestruturação da atividade se desenvolverá processualmente. Logo, esse regime jurídico possui também normas processuais necessárias à sua própria aplicação. Sobre o tema:

A recuperação judicial não é apenas um procedimento especial. É um processo especial (ou diferenciado), moldado à luz das características da relação jurídica de direito material discutida. Mas, antes de tudo, é um processo. Como tal, não pode dispensar a observância de certas figuras jurídicas caríssimas ao direito processual civil, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a tríade de ônus alegar-pedir-provar, os elementos da demanda, as condições da ação, os requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, a análise do mérito, a eficácia processual e a eficácia material das decisões, a imunização dos efeitos das decisões, o litisconsórcio e a participação de terceiros, etc., seja no âmbito de tutela cognitiva, seja no âmbito de tutela de urgência, seja no âmbito de tutela executiva.

Desse modo, abordados os aspectos introdutórios da pesquisa acerca da origem, definição e finalidades da recuperação judicial, o estudo fará, nas próximas linhas, uma análise genérica dos principais pontos processuais da nova Lei de Recuperação Judicial e Falência.

3 RELEVANTES ALTERAÇÕES PROCESSUAIS DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA

A Lei n. 11.101/05 (LRF) proporcionou um enorme avanço na disciplina jurídica de recuperação judicial e falência, estando o Brasil entre os países que possuem legislações mais modernas e que permitem maior participação dos credores, seja na tentativa de recuperar empresas em crise seja no âmbito falimentar (MANGE, 2021).

Após mais de quinze anos de vigência, a LRF começou a dar sinais de que era preciso modernizar o sistema com algumas atualizações.

Ocorre que, do modo como a LRF havia sido concebida, não havia, na prática, muito sucesso no retorno das atividades empresariais que ingressavam com os procedimentos de recuperação nela previstos: “apenas 24% das grandes empresas e somente 9% das médias, micro e pequenas voltam a operar em situação normal após ingressar em recuperação judicial [...]”. As demais seguiam para o caminho da falência” (BRASIL, 2020, p. 2).

A demora na duração dos processos judiciais de recuperação era outro fator negativo que contribuía para o insucesso dos procedimentos. Segundo dados do Ministério da Economia, os processos possuem, em média, quatro anos, enquanto a média nos demais países da América Latina e Caribe é de 2,9 anos. Inevitavelmente, a efetividade da Lei n. 11.101/2005 começou a ser questionada (BRASIL, 2020).

Assim, em 2018 foi proposto o Projeto de Lei n. 10.220 (que foi apensado ao projeto mais antigo 6.229/2005, na Câmara). Depois da interposição do PL n. 10220/18 (que continha diversos problemas) iniciaram-se diversas discussões sobre o tema.

No intuito de contribuir para o aprimoramento da legislação, diversos grupos da sociedade civil se uniram para contribuir e apresentar uma alternativa viável ao referido projeto. Assim, um grupo de estudiosos altamente especializados no assunto foi formado e constantemente se reunia para discutir e enviar suas contribuições ao Congresso Nacional.

O PL foi aprovado na Câmara em 26.06.20 e encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o número de PL n. 4458/20. O grupo continuou enviando suas contribuições e, rapidamente (25.11.20), o Senado o aprovou. Um mês depois, o Presidente da República sancionou, com alguns vetos, a Lei n. 14.112, tendo entrado em vigor no dia 23 de janeiro de 2021³¹³.

Segundo Eduardo Foz Mange (2021), o processo legislativo “foi relativamente rápido, pois as discussões se iniciaram em 2018 e, no final de 2020 foi promulgada a lei 14.112/20”. Foi nessa linha de cooperação

313 Tramita na Câmara dos Deputados o PL n. 1262/21, que amplia as categorias de beneficiários de recuperação judicial, extrajudicial e falência, tornando-as acessíveis a pessoas físicas, sociedades simples, associações e cooperativas.

que o processo legislativo se mostrou profícuo e proveitoso, mostrando o importantíssimo papel da participação da sociedade civil.

Assim, com o advento da Lei n. 14.112/20, a disciplina jurídica das empresas em crise foi reestruturada com mudanças substanciais à Lei n. 11.101/05. Conforme já mencionado, o estudo fará um corte para tecer breves comentários acerca de algumas mudanças processuais que a nova lei trouxe para o sistema.

De início, é importante ressaltar a íntima relação da Lei n. 14.112/2020 com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Nesse íterim, merece destaque referida lei processual, pois, em pouco mais de cinco anos em vigor no Brasil, vem influenciando sobremaneira o sistema jurídico brasileiro, mormente quando se trata de leis futuras. A nova Lei de Falência e Recuperação Judicial, assim como várias outras leis³¹⁴ que entraram em vigor nos últimos anos, faz diversas menções ao CPC/15, em especial às suas novidades.

Os processos de recuperação judicial e de falência possuem peculiaridades próprias, que contemplam não só objetivos e princípios específicos, mas também institutos próprios, cada qual com seus prazos específicos. E, justamente por buscar seguir o princípio da preservação da empresa, os processos recuperacionais e falimentares possuem como norte, também, dois importantes princípios: o da celeridade e o da efetividade.

O objetivo fundamental da nova Lei de Recuperação e Falência foi dar celeridade aos processos e instituir condições mais propícias para o soerguimento de empresas, sobretudo no atual contexto de pandemia. Nas próximas linhas, o estudo fará um compilado de algumas mudanças processuais que a Lei n. 14.112/20 trouxe e que vão de encontro com as disposições trazidas pelo diploma processual civil de 2015.

A redação do artigo 189, *caput* da Lei n. 11.101/05,³¹⁵ traz de forma expressa a previsão de que a norma processual civil (CPC/15) se aplica aos processos de falência e recuperação judicial. Em análise detida sobre o tema, verifica-se que as técnicas processuais diferenciadas (antes previstas apenas para procedimentos especiais), depois da entrada em vigor do diploma processual de 2015, podem transitar entre os procedimentos até achar a técnica mais adequada (ajustes procedimentais). Assim, as técnicas dos

314 Como exemplo, cita-se a parte processual da reforma trabalhista; a Lei de Liberdade Econômica de 2019 – que faz expressa menção ao CPC/2015; o Pacote Anticrime - que mudou a legislação penal e processual penal - também foi claramente influenciado pelo CPC/2015, sobretudo no que diz respeito à colaboração premiada (referindo-se ao negócio processual) e, também, a Lei de Transação Tributária, que prevê um negócio processual em execução fiscal.

315 Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

procedimentos especiais também podem se adequar/ajustar ao procedimento comum, sendo possível, também, o trânsito entre procedimentos especiais.

Sobre o tema, os autores DIDIER Jr, CABRAL e CUNHA (2021), defendem uma nova teoria dos procedimentos especiais, afirmando ser plenamente possível o trânsito das técnicas especiais entre os procedimentos. Para os autores, a possibilidade dessa adaptação no CPC se dá devido à adoção da tônica da flexibilização tanto do procedimento (que, segundo os autores, é a maior característica do diploma – “verdadeiro apanágio”) quanto das formalidades dos atos processuais, seja ela operada pelo juiz seja pelas partes (negócios jurídicos processuais). Afinal, a cláusula geral do art. 190 do CPC permite a criação de *especializações procedimentais negociais*, a partir de negócios jurídicos processuais: “é possível que se criem adaptações ao procedimento comum e, com isso, transformá-lo em um procedimento especial por convenção processual” (p. 90).

Nesse sentido, os autores desenvolvem uma ideia de que os procedimentos concursais devem dialogar em uma espécie de microsistema que envolva falência, recuperação judicial e inventário, já que são procedimentos essencialmente (ou estruturalmente) especiais, razão pela qual a pesquisa concorda com tal premissa. As novas regras e técnicas que a nova Lei de Recuperação Judicial traz podem ser exportadas para outros procedimentos concursais³¹⁶. De fato, conforme afirma os autores acima citados, parece ser mais adequado ao Direito Processual contemporâneo permitir a veiculação de uma pluralidade de técnicas processuais diferenciadas em um mesmo procedimento, seja este comum ou especial.

Ainda dentro do artigo 189, encontram-se mais duas novidades.

A primeira está no §1º do inc. I que afirma que todos os prazos previstos na LRF ou que dela decorram serão contados em *dias corridos*. Certamente, o propósito foi acelerar o processo. O STJ, após muita divergência nas varas de origem e tribunais intermediários, já havia fixado, em 2018, entendimento nesse mesmo sentido.³¹⁷

Porém, tal regra vai na contramão de uma das maiores conquistas da classe, qual seja, a contagem de prazos em dias úteis, positivada em 2015 no Código de Processo Civil. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do professor Fredie Didier Junior (2020), que afirma que se a ideia era prover maior agilidade ao procedimento, melhor seria diminuir os prazos e manter sua contagem em dias úteis. Ao menos assim, o *modus operandi* consagrado pelo CPC/2015 não seria tão afetado.

316 Os artigos 318, p.u. e 15 do CPC/15 reforçam essa ideia.

317 “(...) diante do exame sistemático dos mecanismos engendrados pela Lei de Recuperação e Falência, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (art. 6, § 4º) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (art. 53, caput) deverão ser contados de forma contínua. (STJ, REsp 1699528/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 13/06/2018)”.

Ainda sobre o tema, afirma Diogo Rezende de Almeida (2021):

Apesar de certa ambiguidade na redação do novo dispositivo, parece-nos que a intenção do legislador foi estabelecer a contagem dos prazos previstos na Lei 11.101/05 em dias corridos, desde que próprios do procedimento recuperacional e falimentar, mantendo em dias úteis a contagem dos prazos previstos no Código de Processo Civil, tais como os prazos recursais, na esteira do entendimento que já vinha sendo adotado por parcela da jurisprudência.

A segunda mudança constante do artigo 189 está no §1.º do inc. II, que vem encerrar a discussão sobre a recorribilidade em falência e recuperação. Tal dispositivo diz que as decisões são impugnadas por agravo de instrumento, salvo algumas decisões. Cria-se uma regra, que passa a ser uma nova hipótese de agravo de instrumento. De acordo com Diddier (2020), é como se o legislador tivesse acrescentado ao p.u. do art. 1.015 do CPC mais uma hipótese de cabimento. Tal discussão foi recentemente enfrentada pelo STJ (dias antes da publicação da nova Lei de Recuperação Judicial).³¹⁸

A nova Lei de Recuperação expressamente referencia à cooperação judiciária nacional³¹⁹, para o contexto em que o juízo da recuperação possa dialogar com outros juízos (execução fiscal) e possa verificar a possibilidade de suspender ou substituir atos de constrição sobre bens de raiz (bens imóveis) fundamentais ao exercício da atividade empresarial. Ou seja, um diálogo entre o juízo da recuperação e o juízo das execuções para poder

318 No dia 03.12.2020, por ocasião do julgamento dos recursos especiais números 1.717.214/MT, 1.707.066/MT e 1.712.231/MT, representativos da controvérsia do Tema 1.022. A tese fixada pela 2ª Seção do STJ: “É cabível agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nos processos de recuperação judicial e de falência, por força do disposto no parágrafo único do artigo 1015 do Código de Processo Civil”.

319 § 7º-A. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a **cooperação jurisdicional**, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (Incluído pela Lei nº 14.112/2020). § 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a **cooperação jurisdicional**, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (Incluído pela Lei nº 14.112/2020) (destaque nosso).

gerir os atos de constrição sobre bens indispensáveis a continuação da atividade empresarial. Logo, os dois juízos estarão interligados, zelando, obviamente, pelo princípio maior da preservação da empresa.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade da apresentação do plano de recuperação por credores (art. 56, § 4.º). Historicamente, o plano de recuperação só poderia ser apresentado pelo devedor, e aos credores cabia tão somente o ato de aprovar ou não o plano na forma apresentada. Assim, com a mudança, caso o plano de recuperação do devedor seja rejeitado pela Assembleia Geral de Credores (AGC), havendo mais da metade dos créditos presentes na AGC, passará a existir a possibilidade de apresentação (em trinta dias) de plano de recuperação formulado pelos credores. A proposição dos credores deve observar uma série de requisitos dispostos nos incisos do § 6.º do art. 56 para, então, ser levada à votação (OLIVEIRA, 2021).

A concessão de tutela de urgência também está inserida no rol das novidades dos processos de recuperação. A antiga lei de falência nada tratava sobre o assunto. Com o advento da Lei n. 14.112/2020, por ocasião do art. 6.º, §12, a tutela de urgência passa a ser prevista, expressamente, com a possibilidade de serem antecipados – total ou parcialmente – os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Como diz OLIVEIRA (2021), “passa existir, de forma expressa, a possibilidade de o magistrado antecipar os efeitos, por exemplo, do *stay period* (ou seja, a suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor em recuperação judicial) antes mesmo do deferimento do processamento do pedido”.

O próximo ponto a ser tratado, também incluído pela Lei n. 14.112/20, é relativo aos negócios jurídicos atípicos, insculpido no art. 190 do CPC/15.³²⁰ O dispositivo vem influenciando outras leis, como o pacote anticrime e, agora, na recuperação judicial (§ 2.º do art. 189 da LRF). Assim, os referidos negócios processuais atípicos estão no bojo das falências e das recuperações judiciais. Um ponto merece atenção: tais negócios, quando celebrados pelo devedor na falência e recuperação, devem ser *expressos*,

³²⁰ **Art. 190 do CPC/15.** Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. **Parágrafo único.** De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. **Art. 189 (Lei n.º 14.112/2020).** Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. **2.º** Para os fins do disposto no **art. 190 do CPC/15**, a manifestação de vontade do devedor será **expressa** e a dos credores será obtida **por maioria**, na forma prevista no art. 42 desta Lei. (destaque nosso)

refutando-se negócios processuais tácitos. É que no que diz respeito à manifestação de vontade de credores: o devedor se manifesta expressamente e quando se tratar de credores, a manifestação de vontade tem que se dar pelo voto da maioria (não há necessidade de unanimidade).

Sobre o assunto:

A novidade é relevante, pois permite que credores e devedores entrem em consenso quanto aos procedimentos previstos na Lei n. 11.101/05, podendo, por exemplo, convencionar sobre prazos importantes no âmbito da recuperação judicial e da falência, tais como os prazos para apresentação do plano de recuperação judicial, veiculação de impugnações e habilitações de crédito, dentre tantos outros.

Por fim, como qualquer deliberação aprovada em assembleia geral de credores, caberá ao magistrado exercer o controle de validade dos negócios processuais, conforme determina o artigo 190, parágrafo único, do CPC (ALMEIDA, 2021).

Outra novidade que a Lei de Recuperação Judicial trouxe, foi a possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica no âmbito da falência e da recuperação judicial (art. 82-A).³²¹ O parágrafo único, desse artigo 82-A, se refere ao incidente previsto no CPC/15 (que também, à época, foi uma grande novidade).

Até então, a redação original da Lei n. 11.101/05 era omissa quanto ao tema, o que levava os operadores do direito a utilizarem-se da analogia com o Código Civil/2002. O dispositivo apenas faz uma ressalva: o incidente não pode suspender o processo. Percebe-se, novamente, a valorização da busca pela celeridade processual nos processos de recuperação.

Por fim, e não menos importante (para muitos, uma das mais importantes inovações) a Lei de Recuperação Judicial trouxe a possibilidade da utilização dos meios adequados de solução de conflitos.³²²

³²¹ **Art. 82-A (Lei nº 14.112/2020).** É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, **admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica. Parágrafo único.** A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 do CC/02 e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 do CPC/15, **não aplicada a suspensão** de que trata o § 3º do art. 134 do CPC/15 (destaque nosso).

³²² O **artigo 22**, letra “j” da nova LRF acrescenta o dever do administrador judicial em estimular a mediação e a conciliação em processos de recuperação judicial. Já os artigos da **Seção II - A (artigos 20-A a 20-D)** tratam da utilização da mediação e conciliação, antecedentes ou incidentais, nos processos de recuperação judicial. **Art. 20-A.** A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tri-

Há tempos, o Brasil segue o caminho de diversos países no sentido de estimular a solução autocompositiva dos conflitos (conciliação e mediação), adotando o chamado *sistema multiportas*. Em 2015, o CPC e a Lei de Mediação (13.140) foram publicadas e, em 2016, foi aprovado o Enunciado 45 da 1.^a Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, prevendo que a mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, extrajudicial e a falência, desde que observadas as restrições legais. O CNJ, em 2019, emitiu Recomendação estimulando os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação a promoverem a mediação, sempre que possível (GARCIA, 2021).

No entanto, ainda não havia previsão expressa que tratasse do assunto. Assim, muito embora a Lei n. 14.112/2020 ter positivado a possibilidade dos meios autocompositivos, em verdade, o que fez, foi apenas incorporar entendimentos e práticas que já vinham ocorrendo no âmbito dos processos de recuperação. A composição das partes antes do processo de recuperação judicial traz efetividade ao pagamento dos credores e a possibilidade de a empresa continuar exercendo suas atividades.

Ademais, o administrador tem o dever de promover a tentativa de solução consensual nos conflitos referentes a tais processos (muito importante, inclusive, nas habilitações de créditos). É uma sintonia da lei nova com o tempo onde a justiça multiportas é uma das políticas públicas judiciárias mais relevantes do Brasil consagradas pelo CPC/15.

O acordo entre a empresa e os credores possibilitado pela conciliação ou mediação deve ser homologado perante o Poder Judiciário, pelo juízo competente, qual seja, do principal estabelecimento do devedor, que será acionado de forma antecedente ou, já estará fixado como o juízo da recuperação judicial, caso o pedido seja incidental.

Outro ponto relevante da mediação e conciliação, de acordo com Daniela Martin Lopes Oliveira (2021) é a restauração dos direitos e garantias nas condições originalmente contratadas dos credores, “se for requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual” (nesse caso, serão deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados). “Contudo, há vedação legal para a ocorrência de conciliação ou mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores”, afirma a autora que, ao final, completa:

bunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

A nova lei também possibilitou que as sessões de conciliação e mediação sejam realizadas em meio digital, facilitando a participação mais ampla possível de credores.

Ressalta-se, a fundamental relevância da possibilidade de pedido de conciliação ou mediação antecedente ao processo de recuperação judicial, que além de trazer eficiência ao objetivo de retirar aquela empresa da situação de crise econômico-financeira, ainda, pode permitir que empresas de menor porte também tenham acesso ao instituto, já que é sabido que o processo de recuperação judicial envolve custos altos (2021).

Vê-se que a grande maioria das questões processuais atinentes a essa reforma são frutos de entendimento do STJ. O legislador, compreendendo uma série de decisões proferidas pelos tribunais, especialmente o STJ, aprimorou a lei incluindo tais entendimentos, com o fim de trazer segurança jurídica aos personagens do cenário empresarial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve o intuito de demonstrar as principais modificações – no âmbito processual – que a Lei n. 14.112/20 trouxe ao sistema jurídico de recuperação judicial e, ao final, analisar se tais mudanças contribuíram para o aperfeiçoamento do referido sistema.

Para tanto, abordou, inicialmente, os aspectos introdutórios acerca do sistema jurídico de recuperação judicial e falência, delineando sua evolução legislativa, seus conceitos e suas finalidades.

As normas processuais previstas na Lei n. 11.101/2005 eram claramente insuficientes para regulamentar todo o processo de recuperação judicial. A modernização do sistema de recuperação judicial era medida urgente há tempos esperada, já que a lei não vinha conseguindo exercer seu real papel de auxiliar com presteza a recuperação das empresas, gerando processos complexos e extremamente demorados.

Partindo para o ponto chave da pesquisa, foram pontuadas as principais mudanças legislativas, à luz do Código de Processo Civil de 2015. Muitas foram as mudanças incorporadas pela Lei de Recuperação Judicial, contudo, em face do corte aqui já proposto, a pesquisa se limitou a estudar apenas as alterações no âmbito processual.

Aplicação subsidiária, aplicabilidade dos prazos, cooperação judiciária nacional, tutela provisória de urgência genérica, negócios processuais atípicos, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e justiça multiportas são alguns dos vários institutos novos (ou reconfigurados) do CPC de 2015 que a nova Lei de Recuperação Judicial e Falência, em tão pouco tempo, já cuidou de incluir.

De fato, não é fácil garantir a economia, a eficiente e a celeridade do processo recuperacional quando se imagina tratar-se de um processo que envolve diversos atores além da estrutura do Judiciário, que é burocrática e vive uma crise numérica litigiosa.

O diagnóstico há tempos não muda, a crise da litigiosidade é crônica e, diante desse quadro patológico, antígenos precisam ser inseridos no sistema. Assim, por tudo que foi acima alinhavado, sobretudo quanto à aplicação dos métodos autocompositivos, conclui-se que tais mudanças vieram no sentido de remediar tais diagnósticos com o intuito de se obter um resultado justo, adequado, eficiente e tempestivo, sem, contudo, ferir os princípios constitucionais e, obviamente, empresariais do sistema jurídico de recuperação judicial.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

ALMEIRA, Diogo Resende. **A Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência**. 10 fev 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/02/10/reforma-lei-11101-05-rj-falencia-parte-6/> Acesso: 16 out. 2021.

BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Congresso Nacional, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Nova Lei de Falências vai melhorar os resultados de recuperações judiciais no país**. Brasília: Governo Federal, 28 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/dezembro-1/novalei-de-falencias-vai-melhorar-os-resultados-de-recuperacoes-judiciais-nopais#:~:text=Nova%20Lei%20de%20>

Fal%C3%AAncias%20vai%20melhorar%20os%20resultados%20de%20recupera%C3%A7%C3%B5es%20judiciais%20no%20pa%C3%ADs,-Regras%20atualizadas%20v%C3%A3o&text=A%20nova%20Lei%20de%20Fal%C3%AAncias,Minist%C3%A9rio%20da%20Economia%2C%20Waldery%20Rodrigues. Acesso em: 10 out. 2021.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo. LTr. 2009.

DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. **A armadilha dos prazos processuais na recuperação judicial e falência após a reforma da lei 14.112/20**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/341808/a-armadilha-dos-prazos-processuais-na-recuperacao-judicial-e-falencia> Acesso: 17 out. 2021.

DIDIER Jr., Fredie. BATISTA, Felipe Vieira. BRAGA, Paula Sarno. **A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento**. 2021. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2157471/Fredie%20Didier%20Jr.%20&%20Paula%20Sarno%20Braga%20&%20Felipe%20Vieira%20Batista.pdf/> Acesso: 17 out. 2021.

DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas**. 2. Ed.Salvador: Juspodvm, 2021.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. Ed. Salvador: Jus-podivm, 2020, v.5, p.93-100.

DIDIER Jr., Fredie; **O CPC e a Lei 14.112/2020**. Palestra/ live. 28.12.2020. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=QzbmeLDQ9Lw> Acesso: 17 out. 2021.

GARCIA, Andressa. **A mediação e a conciliação na nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 13 março de 2021. Conjur. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/garcia-mediacao-conciliacao-lei-falencias> Acesso: 17 out. 2021

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da Lei de Recuperação de Empresas em crise: como superá-los? *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 50, p. 347 – 366, jan./jun., 2007.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-

- financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica.
Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Vol. 63., versão eletrônica, São Paulo: RT, jan., 2014.
- NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do controle jurisdicional na recuperação judicial**. Tese de doutorado. Orientador: Professor Titular Dr. José Rogério Cruz e Tucci. USP, 2015.
- OLIVEIRA, Daniela Martin Lopes. **Mediação e conciliação na recuperação judicial**. 20 jun de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/daniela-martin-mediacao-conciliacao-recuperacao-judicial> Acesso: 15 out. 2021
- OLIVEIRA, Raissa di Carlo Carvalho. **A nova Lei de Recuperação Judicial e Falência: principais alterações trazidas pela Lei 14.112/2020**. Fev de 2021. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/1165671941/a-nova-lei-de-recuperacao-judicial-e-falencia-principais-alteracoes-trazidas-pela-lei-14112-2020> Acesso: 17 out. 2021.
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ROLIM, Maria Da Conceição Lima Melo. **Das principais alterações à lei 11.101/2005 (falência e recuperação de empresas) no contexto da pandemia de covid-19**. Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] São Paulo, 2021. Disponível:<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/e712c350/okt79g5m/f4PB76I84tzG4282.pdf> Acesso: 15 out. 2021
- SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições sistematizadas de história do direito**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVEIRA FILHO, Mario Megale. **Visão histórico-evolutiva do direito recuperacional**. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf> Acesso: 14 out. 2021.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- VERTELO, Miriam de Menezes. **A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa**. 2010. 67 fls. Monografia - Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito - Faculdade de Direito, UPIS, Brasília, 2010.

13

BREVES NOTAS POLÍTICO-CRIMINAIS SOBRE EXPANSIONISMO PENAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

*Thiago Allisson Cardoso de Jesus*³²³

*Lucas Rafael Chaves de Souza*³²⁴

*Wesley Aguiar Chaves*³²⁵

RESUMO: Breves notas político-criminais sobre expansionismo penal na recuperação judicial no Brasil contemporâneo. Analisa o expansionismo penal na reconstrução do Estado de Direito brasileiro, cujo elemento fundante é a legalidade penal, princípio limitador da atuação do ente estatal, bem como as inovações trazidas para a seara penal no que toca a recuperação judicial. Para tal, a natureza da pesquisa é exploratória, com abordagem qualitativa e faz uso de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, permitindo um trajeto reflexivo e uma análise pontual das alterações das disposições penais da Nova Lei voltada ao regramento da recuperação judicial e ao estado de falência.

Palavras-chave: criminal; disposições; processamento; alterações; falência.

1 INTRODUÇÃO

O expansionismo penal é manifestação dos movimentos político-criminais contemporâneos que almejam abarcar, através dos incrementos na tutela jurídica penal, as diversas necessidades e emergências de proteção de bens jurídicos diversos.

Nesse sentido, afigura-se o presente texto como um contributo a literatura que reflete sobre a questão criminal no âmbito das relações

³²³ Professor adjunto na Universidade Estadual do Maranhão e na Universidade Ceuma. Professor permanente do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Ceuma. Líder do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade. Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutor e mestre em Políticas Públicas pela UFMA. Advogado.

³²⁴ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPQ.

³²⁵ Mestrando em Direito pela Universidade Ceuma. Advogado.

empresariais, precisamente no que toca aos regramentos aplicáveis às falências e recuperação judicial.

O objetivo é analisar o expansionismo penal na reconstrução do Estado de Direito brasileiro, cujo elemento fundante é a legalidade penal, princípio limitador da atuação do ente estatal.

Para tal, a natureza da pesquisa é exploratória, com abordagem qualitativa e faz uso de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, permitindo um trajeto reflexivo e uma análise pontual das alterações das disposições penais da Nova Lei voltada ao regramento da recuperação judicial e ao estado de falência.

2 EXPANSIONISMO PENAL NA (RE)CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, pautado na Constituição de 1988, é permeado por diversos arranjos democráticos e coalizões que permitem sua legitimação a partir de seus inúmeros paradoxos.

Pressupõe que, tratando-se de uma democracia formalmente estabelecida, a legislação brasileira produzida não deveria compactuar com nenhum movimento que potencializasse a mão forte do Estado, função exercida pelo Direito Penal.

Desse modo, pode-se observar que a promulgação da Lei Maior foi um marco histórico, político e filosófico para a construção de um novo padrão fundacional das demais normas, firmado na concepção constitucionalizada de Estado Democrático de direito e na observância e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, incumbe ao Poder Legislativo a elaboração de normas democráticas para a regência política e social do Estado, prezando pela manutenção dos direitos e garantias, vedada qualquer prática discriminatória, conforme os preceitos expressos na Constituição Federal.

No contexto pós-1988, considerando, pois, que o Estado Democrático de Direito se apresenta a partir de uma diversidade de influências, teorias e filosofias próprias de regimes democráticos; o Congresso Nacional é formado e mantido por diversas frentes representadas por vários partidos que trazem consigo inúmeras bandeiras, também interesses e ideologias.

Nessa toada, passa-se a análise da político-criminal, a partir da atuação do legislativo com base nas sistematizações feitas por diversos historiadores que enfrentam a produção levada à cabo pelos diversos partidos nesse estado democrático.

Em razão de sua estrutura e composição, necessário frisar a natureza do Legislativo como de poder constituído e a sua atuação em um contexto de democracia representativa.

Sobre as disfunções do Poder Legislativo e seu feroz autoritarismo político, Raymundo Faoro em sua obra “Os donos do Poder” (2001),

demonstra que o fenômeno da concentração do poder normativo é enraizado pelos nossos colonizadores na época do mercantilismo empírico português, quando havia nítida restrição em poder dizer o “sim” e o “não” para condutas específicas naquilo que o convém, reconhecendo que “o Estado organizava o comércio, incrementava a indústria, assegurava a apropriação de terra, estabilizava os preços, determinava os salários, tudo para o enriquecimento da nação e o proveito do grupo que a dirige” (FAORO, 2001, p. 80).

Ainda, Faoro elucida que esse fenômeno político traz consigo traços de um pensamento oligárquico, que persiste desde Dom João I. Da mesma maneira, o autor expõe que o pensamento oligárquico se encarna norteando, por seu turno, as diretrizes da sociedade *in verbis*:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi (FAORO, 2001, p. 866).

Nesse diapasão, resta evidente que o poder é historicamente privativo a alguns, sendo estes os responsáveis pela decisão do que é legal ou ilegal, levando em consideração a figura representativa do povo pelos parlamentares. Faoro mostra que o Estado subjuga as liberdades, limitando-as; exercendo contra ela uma espécie de capitalismo político:

Ao capitalismo político sucedeu, em algumas faixas da Terra, o capitalismo dito moderno, racional e industrial. Na transição de uma estrutura a outra, a nota tônica se desviou — o indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a lei, como expressão da vontade geral institucionalizada, limitado o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legitima as relações entre os dois setores, agora rigidamente separados, controláveis pelas leis e pelos juízes. E o que se chamou, em expressão que fez carreira no mundo jurídico e político, de Estado burguês de direito”, que traduz o esquema de legitimidade do liberalismo capitalista. Entre os dois modelos, um seria o obsoleto, o retrógrado, o anacrônico, enquanto o Estado de liberdade consagraria o ideal a atingir, numa utopia construída doutrinariamente. De outro lado, para maior desmoralização da forma antiga, o progresso se combinou com o liberalismo, enquanto as velhas nações, imobilizadas nos

sarcófagos de suas tradições, desacertaram o passo no ritmo ascensional (FAORO, 2001, p. 867).

Por conseguinte, trazendo à tona não somente a discussão analítica a respeito do poder político brasileiro e seu dever normativo, nota-se de forma evidente que o autoritarismo estatal reverbera de diversas lógicas. Partindo do pressuposto da representatividade do povo pelo parlamentar que compõe a casa legislativa e o cumprimento de suas atribuições, a produção das leis pelo Congresso Nacional parte de uma representação social por parte dos diversos partidos políticos; logo, o caminho da elaboração da norma e os momentos que antecedem a sua discussão são marcados por um clamor sociopolítico e midiático voltados a síntese de suas lógicas, racionalidades e problemáticas.

Desse modo, ao eleito democraticamente eleito o dever funcional de ser porta-voz do povo que o representa. Em via de regra, todos os seus atos devem ser considerados como vontade originária do povo. Nesse sentido, as elaborações legislativas, em tese, derivam de uma vontade popular devido as suas necessidades.

Em relação a fundação das normas criminais, nota-se que há um poder-dever-legal do Estado de regerar condutas, criminalizando situações fáticas, considerando politicamente aquilo que deve ou não ser considerado um perigo ou risco para a comunidade política nacional.

Emerge-se, assim, uma política criminal que passa a gerenciar riscos. A teoria justificada por Gunther Jackobs, renomeada como Direito Penal do Inimigo, tem por característica a eliminação do perigo, para, então, garantir ao indivíduo dotado de direitos e garantias, a sua devida segurança e a soberania estatal. Portanto, o Direito Penal desenvolve intensa função de controle, com objetivo de assegurar a efetivação da norma e a proteção dos bens jurídicos tutelados. Por meio dessa característica, nota-se a potencialização do poder de punir pelo Estado, repercutindo na criminalização de condutas, inclusive, de bens que possuam aparência de disponíveis e enquadrar-se-iam, a nosso ver, na esfera civilista de proteção.

Isso posto, resta evidente que a política criminal brasileira se dá em um ambiente de tensão entre o garantismo penal e a eliminação/neutralização/contenção de perigosos a sociedade. Por garantismo penal, na teoria elaborada por Luigi Ferrajoli, entende-se um arcabouço jurídico que ofereça a pessoa de direito as garantias fundamentais face ao poder Estatal. Para Ferrajoli, em “Direito e Razão: teoria do garantismo penal” (2010), traça o paralelo da relação acima mencionada, vejamos:

Dever-se-á, pois, falar, em vez de alternativa entre garantismo e autoritarismo, como por simplicidade se fez até agora, de graus de garantismo dos sistemas penais concretos, segundo o grau de decidibilidade da verdade processual que normativamente permitam

e efetivamente satisfaçam. Na realidade, posto que as condições de decidibilidade, não menos do que os critérios de decisão da verdade processual, são também condições e critérios jurídico-normativos, depende da estrutura legal do ordenamento penal e processual o fato de o Poder Judiciário ser predominantemente poder de cognição ou prevalentemente poder de disposição (FERRAJOLI, 2010, p. 57).

Ferrajoli aduz que as normas dizem respeito a estrutura legal do ordenamento jurídico do Estado e, principalmente, de suas características dominantes que limitam a atuação do Estado. Nessa toada, Ferrajoli (2010) elenca os princípios que constituem o sistema garantista, a saber a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência. É necessário ressaltar que tais pontos se originam dos movimentos iluministas e liberais. Por essa razão, a garantia dessa esfera penal é a limitação do poder punitivo do Estado para com o acusado.

Contudo, em meio a tantas incoerências normativas e incompatibilidades materiais com a Constituição e preceitos convencionais, o direito penal e processual penal brasileiro escancaram traços peculiares do Direito Penal do Inimigo, como seu autoritarismo dotado de vingança e a expansão da criminalização de condutas, vulnerabilizado a *ultima ratio* do Direito Penal.

A morfologia procedimental segue essa lógica também. Atritando-se às peculiaridades das normas penais incriminadoras, os procedimentos são delineados com base nas necessidades político-criminais que surgem. Os procedimentos especiais, estejam eles previstos ou não no Código de Processo Penal, representam a necessária adequação da instrumentalidade processual a questão criminal que volta-se a tratar e enfrentar no âmbito do Judiciário.

As especificidades procedimentais seguem critérios distintos de diferenciação, especificamente a gravidade do crime, a natureza do delito e a qualidade do agente, representando os diversos movimentos que norteiam o Sistema de Justiça Criminal.

Na seara dos crimes falimentares, insta salientar o novo trato político-criminal dado, considerando as peculiaridades procedimentais antes da Lei n. 11.101/2005. Frisa-se, por oportuna memória, que era elaborado um inquérito judicial, o recebimento da inicial acusatória dar-se-ia por meio de decisão fundamentada e no estado de São Paulo o processamento ocorria na esfera cível.

Com o advento da lei 11.101/2005, nos moldes do que preconiza o artigo 185 da referida norma, segue-se o procedimento sumário conforme regrado no Código de Processo Penal.

3 DISPOSIÇÕES PENAIS AO PROCESSO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL/EXTRAJUDICIAL E AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM A NOVA LEI

Antes de aprofundar acerca das disposições contidas nos arts. 168 a 188 da Lei de Falências, importante ponto merece ser destacado e diz respeito à nomenclatura dos crimes falimentares.

Essa terminologia ainda enseja debates e ponderações no meio doutrinário. Ainda que estejam tipificados no bojo da Lei n. 11.101/2005, como assim pontuam autores que defendem a utilização da palavra (COELHO, 2021), existem aqueles que entendem que ela não seria a mais adequada para abarcar o rol disposto na LREF.

Isso porque, como bem pode-se refletir à luz de seu art. 180, a prática da conduta delituosa não mais se limita somente ao momento da sentença declaratória de falência, mas pode ser igualmente vislumbrada durante a recuperação judicial ou extrajudicial.

Tal noção foi reafirmada a partir da vigência da Lei n. 14.112/2020 e indica que a exigência mínima a ser feita diz respeito a premissa de que “as condutas que possam ser penalizadas guardem uma relação com a crise empresarial ocorrida” (SACRAMONE, 2021, p. 655); além de, por óbvio, enquadrarem-se ao tipo penal incriminador e violarem interesses dos credores ou da massa falida.

O termo “crime falimentar” perpetuou-se, na verdade, por conveniência e a partir do pressuposto de que suas disposições estão tuteladas na Lei de Falências.

Nesse sentido, a inferência de Bezerra Filho (2008) se mostra adequada para sintetizar essa provocação inicial aqui levantada, a saber:

[...] esse termo já está consagrado pelo uso, e sua manutenção se justifica não só por delimitar exatamente o tipo de delito sobre o qual se está falando, como também porque a Lei ora sob exame continua a ser a lei das falências, sem embargo de ser também a lei de recuperação judicial e extrajudicial (BEZERRA FILHO, 2008, p. 385).

Em sequência, a explanação do presente tópico, é inegável que a promulgação e entrada em vigor da Nova Lei representou um amadurecimento dos institutos que lhe dão nome, em inúmeros aspectos.

Dentre estes últimos, cabe mencionar principalmente o fortalecimento da ideia de *função social* da empresa e sua estruturação orgânica, que para além do impulsionamento econômico e o giro de capital na sociedade, tem fundamental relevância para o bem viver individual e coletivo. Isso porque, mais que o exercício de atividades que almejem o lucro, ela é diretamente influente na rotina de seus empregados, fornecedores, credores, além de outras pessoas indiretamente envolvidas com o exercício de suas tarefas.

Tendo isso em mente, quando da ocorrência de um cenário de crise, faz-se importante a preservação da empresa por meio da prática de diversos atos que se voltem a manutenção de sua estética organizacional e saúde financeira, sendo isso algo evidenciado pela Lei n. 14.112/2020 no teor de seus dispositivos.

Desde a possibilidade de um plano de recuperação judicial apresentado pelos próprios credores (art. 55, § 4.º) até o afastamento do devedor de suas atribuições (art. 75) como forma de preservar o bens do que compõem o ativo e os recursos produtivos da empresa, além de outras ações e procedimentos descritos na LREF, tudo fora projetado para direcionar o foco, a superação da crise e a continuidade das atividades.

Dessa forma, fica evidente que “várias podem ser as vítimas das consequências que essas crises venham a gerar, principalmente os credores, investidores, fornecedores e até mesmo o Estado” (BATISTA CHAVES, 2021, p. 14), se tal ambiência for pensada a longo prazo e no sentido da arrecadação de tributos e movimentação econômica.

Por isso, qualquer ato que gere algum tipo de desordem ou óbice aos procedimentos de recuperação (judicial ou extrajudicial) e ao processo de falência, por qualquer um dos atores envolvidos, pode ensejar consequências em diversos âmbitos, seja no cível, na seara trabalhista ou na esfera penal.

Tratando especificamente desse último, a Nova Lei trouxe uma alteração importante no que tange ao crime de *fraude a credores* (art. 168, LREF), sobretudo em uma de suas causas de aumento de pena: a contabilidade paralela, presente no parágrafo segundo do referido dispositivo.

Também chamada de “caixa dois”, ocorre quando do “descumprimento da obrigação de escriturar os recursos financeiros” (SACRAMONE, 2021, p. 659) correspondentes aos ativos da empresa, sendo esta uma incumbência do empresário. Para que seja comprovada, faz-se significante tão somente a falta da escrituração, sendo irrelevante a constatação efetiva de um registro secundário, ou melhor dizendo, paralelo.

Tal conduta, quando praticada, além de consistir em ato fraudulento e abarcado pelo caput do art. 168, pode causar prejuízos ao credor (que não precisam ser comprovados, para a caracterização do crime), no sentido da confusão e incerteza deste perante a falta de confiabilidade dos levantamentos contábeis da empresa.

A inovação advinda com o diploma de 2020 está na criminalização da prática da contabilidade paralela mesmo na situação do art. 6.º-A da Lei, qual seja: “É vedado ao devedor, até a aprovação do plano de recuperação judicial, distribuir lucros ou dividendos a sócios acionistas, sujeitando-se o infrator ao disposto no art. 168 desta Lei” (BRASIL, 2020). Ou seja, se for realizada qualquer movimentação que faça referência à repartição de lucros ou dividendos entre os sócios, em um momento anterior a essa aprovação, tal transferência de valores é considerada atividade ilegal e igualmente

fraudulenta, fazendo com que seus autores incorram ao delito disposto no art. 168, com as devidas majorações aplicadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O expansionismo penal é realidade e contemporâneo aos grandes movimentos político-criminais, tensionados pelas influências das teorias garantistas e do Direito Penal do Inimigo.

Coexistindo, essas teorias confluem para o redimensionamento do Estado Democrático Brasileiro e coadunam com o ambiente plural, de inúmeras práticas e emergências de regramentos específicos para o trato da questão criminal, cada vez mais complexa.

Nesse sentido, as disposições penais da novel legislação pertinente à recuperação judicial e às questões falimentares dialogam com o ambiente de ampliação de tipos penais incriminadores, trazendo consigo notas de atualidade pois presentes interlocuções com as práticas de enfrentamento aos atos de corrupção com vistas à saúde da empresa e o bom gozo da livre iniciativa.

A relevância da função social da empresa e o incentivo às práticas de integridade nos enlaces entre credores e devedores potencializam a preocupação do Ordenamento com questões invisibilizadas ou normalizadas, como a configuração da contabilidade paralela, vulgarmente chamada de *Caixa 2*.

Portanto, a nova legislação ratifica a *ratio legis* que norteou o regramento de 2005 e fecunda o ambiente atualizado, atento às novas práticas de violação de direitos e de vulnerabilização de bens jurídicos também penalmente protegidos.

REFERÊNCIAS

- BATISTA CHAVES, Leandro. **Lei de falências e recuperação judicial de empresas e as alterações trazidas pela lei 14.112/20**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2021.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências**: comentada. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3ed. São Paulo: Globo, 2001
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- JACKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SACRAMONE, Marcelo. **Comentários Lei Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

14

OS CRIMES TRIBUTÁRIOS E A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: COMENTÁRIOS SOBRE A APLICAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

*Alison Mendes Nogueira*³²⁶

RESUMO: O presente trabalho busca apresentar alternativas para a aplicação da teoria diferenciadora do estado de necessidade, no âmbito dos crimes tributários, em especial, para tratamento das condutas praticadas na administração de empresas em recuperação judicial. Inicialmente, fez-se necessário uma análise do tratamento dado ao estado de necessidade na legislação nacional vigente, e das consequências derivadas de sua aplicação no âmbito do Direito Penal Tributário, a partir do estudo e análise das jurisprudências consolidadas sobre o tema. Por derradeiro, buscar-se-á traçar um paralelo entre os requisitos e as consequências da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com base na Lei n. 11.105/2005, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, e a possibilidade de aplicação do estado de necessidade exculpante para os injustos relacionados à ordem tributária e econômica, em consonância com o Princípio da Independência das Instâncias.

Palavras-chave: estado de necessidade; crimes tributários; recuperação judicial; excludente de culpabilidade.

1 INTRODUÇÃO

É fato indubitável que o Direito não nasce a partir de previsões abstratas, como dogmas inexoráveis, e estabelece normas imutáveis para regular a existência em sociedade. Dia após dia, novas e imprevisíveis situações expõe a necessidade de um direito dinâmico, que acompanhe as evoluções, os avanços e os desafios da modernidade.

Nesse mesmo sentido, o Direito tem como função principal apresentar de forma imediata as soluções para os problemas que emergem na socieda-

³²⁶ Pós-graduado em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogado no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: alison@machadomendes.com.

de, protegendo em especial o interesse coletivo, garantindo a segurança da organização social, e a função social dos bens e das atividades empresariais.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt, como de costume, bem se manifesta:

A própria natureza dinâmica das relações sociais e a necessidade de contextualização do Direito Positivo, que deve regular a convivência de uma comunidade em determinado momento histórico, exigem o abandono de uma concepção puramente positivista das normas permissivas (BITENCOURT, 2006. p. 380).

Em especial, no que tange ao Direito Penal, a atenção se redobra, considerando sua função ético-social e função preventiva. Conforme sustentava Welzel (WELZEL, 1970, p. 11-12), a função ético-social é exercida por meio da proteção de valores fundamentais da vida social, abrangendo os bens jurídicos mais relevantes. A violação desses limites, atrairia a consequência jurídico-penal da infração (pena), resultando no efeito preventivo do Direito Penal.

Em paralelo, apresenta-se ainda o Princípio da Fragmentariedade do Direito Penal, pelo qual, a norma penal deve se limitar a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, punindo apenas as ações mais graves contra os bens tutelados.

Nesse contexto, a Lei n. 11.101/2005 que regula a recuperação judicial e a falência da sociedade empresária, veio ao seu tempo, introduzir significativas mudanças e inovações relacionadas ao sistema falimentar brasileiro, demonstrando especial atenção a função social das empresas e estabelecendo meios para se permitir a continuidade de uma atividade empresarial em crise, desde que, obedecidas certas condições e demonstrada a viabilidade do negócio.

Recentemente, e justamente com o intuito mencionado alhures, de viabilizar verdadeira adequação e aprimoramento da legislação em consonância com as mudanças da sociedade e com as exigências de enfrentamento que a prática fez exsurgir, a Lei n. 14.112/2020 promoveu alterações significativas na Lei n. 11.101/2005, dando origem a novos mecanismos e institutos, para o regular trâmite do processo de recuperação judicial.

Contudo, perdeu o legislador uma grande oportunidade, de dar tratamento diferenciado e especial a eventuais condutas típicas, que em tese poder-se-iam ser classificadas como crimes tributários, cujas práticas tenham se dado no âmbito de empresas que estejam em processo de recuperação judicial.

O presente artigo, portanto, cinge-se a análise do tratamento a ser dado as condutas que se amoldem a tipos penais tributários e analisar a possibilidade de aplicação do estado de necessidade exculpante, na hipótese

de reconhecimento de injusto, para os quais, a situação do contribuinte torne inexigível comportamento diverso, conforme decisão que já o tenha reconhecido no juízo da recuperação judicial.

Para tanto, cabe inicialmente uma breve digressão acerca do estado de necessidade no âmbito da legislação penal brasileira, bem como, sobre a posição doutrinária e jurisprudencial relacionada ao estado de necessidade exculpante como causa supralegal de exclusão da culpabilidade do agente.

Almeja-se assim, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, apresentar conclusão sobre a compatibilidade da aplicação do estado de necessidade exculpante aos tipos penais tributários, com o atual direito positivado, em seu breve tratamento relacionado a prática de crimes no âmbito de empresas em recuperação judicial.

2 O ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PÁTRIO

O estado de necessidade no Direito Penal Brasileiro, está conceituado, como já é de costume em nossa legislação, na própria lei, mais especificamente, no art. 24 do Código Penal, que preceitua: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Percebe-se que o dispositivo, ao apresentar o conceito, o fez determinando os elementos caracterizadores do estado de necessidade, elencando (i) a existência de um perigo atual, (ii) que não tenha sido provocado pelo próprio agente, (iii) cujo dano seja inevitável por outra forma, (iv) que atinge direito próprio ou alheio, (v) para o qual, não seria razoável exigir o sacrifício.

Os elementos objetivos e subjetivos traçados pelo código penal são, em sua literalidade, auto explicativos, sendo que, uma análise mais pormenorizada se dará adiante, ao se tratar da discussão proposta neste trabalho.

Existem quatro teorias que buscam definir o estado de necessidade. Contudo, em razão da maior importância, serão aqui abordadas apenas as teorias unitária e diferenciadora.

Para a teoria unitária, o estado de necessidade sempre excluirá a ilicitude, sendo, portanto, em todas as hipóteses de sua configuração, justificante. Esta foi a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, o que fica claro, pela simples leitura do art. 23 do Código Penal, que elenca o estado de necessidade com causa de exclusão do crime, ao lado da legítima defesa, do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito.

Embora a teoria diferenciadora não tenha sido a escolha do nosso Código Penal, isso não significa que ela tenha sido totalmente abandonada pelos nossos legisladores. O Código Penal Militar, em seus artigos 39 e 41,

adota claramente a teoria diferenciadora, prevendo o estado de necessidade como excludente de culpabilidade, *in verbis*:

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Art. 41. Nos casos do art. 38, letras a e b, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 39, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.

Em síntese, a teoria diferenciadora, considerando-se os bens em conflito, entende caracterizado o estado de necessidade justificante, apenas quando o bem sacrificado é menos valioso do que o bem salvaguardado. Nas demais hipóteses, ou seja, quando o bem afetado for de valor superior ou igual ao bem preservado, estaria configurado o estado de necessidade exculpante, ou seja, a análise passaria para o campo da culpabilidade do agente.

A respeito da teoria diferenciadora, Rogério Greco explica ainda, existir uma divisão interna a respeito das hipóteses de configuração do estado de necessidade exculpante:

Mesmo para a teoria diferenciadora existe uma divisão interna quanto à ponderação dos bens em conflito. Para uma corrente, haverá estado de necessidade justificante somente nas hipóteses em que o bem afetado for de valor inferior àquele que se defende. Assim, haveria estado de necessidade justificante, por exemplo, no confronto entre a vida e o patrimônio, ou seja, para salvar a própria vida, o agente destrói patrimônio alheio. Nas demais situações, vale dizer, quando o bem salvaguardado fosse de valor igual ou inferior àquele que se agride, o estado de necessidade seria exculpante. [...]

No mesmo sentido são os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, quando afirmam que ‘o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor entidade que a lesão a um bem jurídico que corria perigo de sofrer.’

Em sentido contrário, posiciona-se Assis Toledo, quando afirma que, por causa da redação do art. 24 do código penal, somente poderá se cogitar de aplicação do estado de necessidade exculpante, e mesmo assim de natureza supralegal, quando o bem ofendido for de valor superior ao do agresso. (GRECO, 2017, p. 316)

Dessa forma, embora haja divergência no âmbito da própria teoria diferenciadora quando os bens em confronto possuem igual valor, é incontroversa na doutrina, a admissão do estado de necessidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de comportamento diverso do autor do fato típico.

Definidos os contornos doutrinários e legislativos do estado de necessidade no direito penal brasileiro, passa-se a análise de sua aplicação especificamente no âmbito dos delitos tributários, considerando-se as peculiares que permeiam esse sub-ramo do Direito Penal.

3 O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO E O ESTADO DE NECESSIDADE

Uma problematização constante nas discussões relacionadas aos crimes tributários diz respeito a correta aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*. O que se vê atualmente, é cada vez mais o Estado utilizando-se da criminalização de condutas relacionadas a atividade econômica, como simples ferramenta arrecadatória, coagindo o contribuinte ao recolhimento tempestivo dos tributos, sob a ameaça da restrição à liberdade.

Os Tribunais, imbuídos cada vez mais do sentimento de vingança social, vêm dando azo a esta tendência legislativa, e mesmo na lacuna de norma, têm em reiteradas situações, por meio de estapafúrdias decisões, concebido novos tipos penais, como seu viú, no inovador julgamento do STF, do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 163334, no qual foi decidido que o não recolhimento de ICMS declarado, configuraria o crime do art. 2.º, II da Lei n. 8.137/90.

Deixando de lado, as inúmeras críticas cabíveis a decisão exemplificativa citada no parágrafo anterior, a simples omissão na aplicação de premissas básicas do conceito analítico de crime (repise-se: trata-se da análise de caso de tributo declarado espontaneamente pelo contribuinte), causa extrema preocupação à comunidade jurídica imbuída com o compromisso de prevalência de um Direito Penal garantista e de um real Estado Democrático de Direito.

Afinal, a máxima que inaugura o Código Penal, (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), fica ainda mais subjugada, em casos como o da indigitada decisão, em que, resta evidente a intenção do Poder Público, de, por meio do Direito Penal, dar cabo das ineficiências do próprio Estado em promover a correta fiscalização e cobrança dos tributos devidos pelos Contribuintes.

Ainda mais elementar, e voltando-se ao foco do presente trabalho, é a necessidade de se apontar a incoerência na generalização da omissão de recolhimento de tributos, sem se atentar ao elemento subjetivo da conduta, que é o dolo do agente ao não efetuar o recolhimento de tributos devidos.

A análise do elemento subjetivo é justamente, um dos fundamentos principais para o reconhecimento da possibilidade de configuração do estado de necessidade exculpante em crimes tributários.

Pois bem. Para tanto, a primeira análise que se faz necessária é sobre o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Tributário.

De forma objetiva, e apesar de não se tratar de matéria pacificada na doutrina, entendemos que a corrente que melhor responde a esta questão, é a Eclética ou Pluriofensiva. Para esta corrente, o bem jurídico tutelado nos crimes tributários seria dividido em imediato ou mediato.

O bem juridicamente protegido de forma mediata seria a função social do tributo, ou seja, as funções que a receita tributária cumpre para a sociedade. Já o bem jurídico imediato, seria o próprio patrimônio público, lesado diretamente pelas condutas tipificadas pelo Direito Penal Tributário.

Portanto, encarar uma grave situação financeira que leve ao risco de encerramento das atividades empresariais, como excludente de ilicitude nos crimes tributários, esbarraria no Princípio da Ponderação de Bens e Interesses, haja vista que, tanto o patrimônio público (bem jurídico imediato), como a função social do tributo (bem jurídico mediato), possuiriam maior valor do que o bem particular, mesmo que avaliado também sob o prisma da função social da empresa (geração de empregos e renda, produção de bens, fomento da economia, etc).

Por outro lado, indubitável a incoerência de exigir-se do contribuinte, que recolha em dia os tributos decorrentes de sua atividade, se tal conduta poderia traduzir-se no comprometimento da continuidade de sua atividade empresarial, com a falência de sua fonte produtora (pessoa jurídica), ou mesmo, na falta de recurso para a sua subsistência (pessoa física).

Portanto, analisando-se os elementos objetivos e subjetivos para a configuração do estado de necessidade exculpante, verifica-se inexistir qualquer óbice para o seu reconhecimento, no âmbito dos crimes tributários.

Nesse sentido, o “perigo atual” estaria configurado por eventual crise financeira que atinge o contribuinte, e lhe impede de promover o recolhimento do tributo a tempo e modo determinados pela legislação tributária.

O perigo em questão, da mesma forma, em variadas situações, não se deriva de conduta voluntária do empresário ou do contribuinte pessoa física, na medida em que, diversos fatores podem comprometer a saúde financeira de um negócio ou de um indivíduo (aumento dos custos dos insumos, contingências trabalhistas, baixa demanda, crise em todo o setor, desemprego etc.).

A inevitabilidade do dano, deverá ser verificada, no caso concreto. Ou seja, analisando a situação da empresa, e demonstrando-se que, para a manutenção da atividade produtiva, o contribuinte não tinha alternativa a não ser deixar o recolher os tributos devidos naquele determinado período de crise.

O direito salvaguardado, em determinados casos, é a própria propriedade empresarial, mas, de forma mediata, se estenderia ainda, ao livre exercício da atividade econômica, ao direito a subsistência, ou até mesmo, ao direito de terceiros, como por exemplo, patrimônio dos empregados (pagamento de salários).

Por fim, vale citar o elemento essencial do estado de necessidade exculpante, que seria a inexigibilidade de comportamento diverso do agente. No caso da omissão de recolhimento de tributos, nas hipóteses específicas que ora se analisam, não se mostra plausível a exigência do pagamento do tributo naquele determinado momento, se tal fato, implicaria no descumprimento de outras obrigações correntes, que por sua vez, resultariam no comprometimento da continuidade da atividade empresarial ou da subsistência do contribuinte.

Importante neste ponto, ressaltar que, não necessariamente o sacrifício inexigível seja apenas aquele que implique no fechamento da empresa. Por exemplo, não se mostra razoável a exigência do pagamento de contribuições previdenciárias a tempo e modo previstos na legislação, se para esse pagamento, o empresário necessariamente tivesse que deixar de pagar o salário do funcionário em questão, ou até mesmo demiti-lo. O ponto central desta análise, portanto, deve ser a inevitabilidade do dano e a inexigibilidade de conduta diversa, e não apenas, o valor do bem protegido.

Renovando as esperanças de um judiciário independente e consciente de sua função garantista, sob uma ótica constitucional, verifica-se, em não raras oportunidades, decisões de exemplar acerto técnico, que reconhecem a presença de causa excludente de culpabilidade para absolvição do réu, em casos nos quais, resta inequivocamente demonstrada a inexigibilidade de comportamento diverso por parte do contribuinte.

A este título, vale destacar como exemplo, duas decisões do TRF da 1.^a região (TRF1, ACR 0030741-32.2012.4.01.3300, Terceira Turma, Rel. Des. Ney Bello e TRF1, ACR 0008631-94.2007.4.01.3500, Quarta Turma, Rel. Des. NÉVITON GUEDES), que mantiveram sentenças de absolvição dos acusados, das práticas dos delitos descritos nos arts. 168-A do CP e 1.^o da Lei n. 8.137/90 respectivamente, cumprindo transcrever fragmentos dos julgados:

Dificuldades financeiras supostamente enfrentadas pela pessoa jurídica serão admitidas como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, excepcionalmente, em analogia in bonam partem, quando ficarem cabalmente demonstradas. 2. O réu comprovou as sérias dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, que entrou em inatividade, como obstáculo ao recolhimento das contribuições previdenciárias. Mantida a absolvição pela imputação de prática do delito do art. 168-A do CP. (...) 5. Apelação do Ministério Público Federal não provida. (ACR 0030741-

32.2012.4.01.3300, DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 06/12/2019)” [...]

4. Ficou demonstrado nos autos que os motivos pelo qual se deram as sonegações foi porque a empresa não possuía condições de arcar com todos os encargos tributários, e, por isso, optou por quitar a folha de pagamento, aluguel e fornecedores, em detrimento dos impostos. 5. Nos termos da jurisprudência desta Quarta Turma, com relação à tese da inexigibilidade de conduta diversa, o entendimento é no sentido de que as dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento da causa supra legal de exclusão de culpabilidade são aquelas decorrentes de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis, sendo necessária a produção de provas no sentido da impossibilidade de atuar em conformidade com o que determina a norma penal. 6. No caso, dos autos, as dificuldades financeiras justificam o estado de fato que levou à falta de repasse dos valores devidos - a empresa não possuía condições de arcar com todos os encargos tributários, e, por isso, optou por quitar a folha de pagamento, aluguel e fornecedores, em detrimento dos impostos. 7. Ante as provas documentais e testemunhais colhidas, que demonstram, com razoabilidade, que a empresa enfrentava sérias dificuldades financeiras, razão pela qual foi priorizado o pagamento da folha de salários e de fornecedores em detrimento da quitação de obrigações tributárias, deve ser mantida a sentença. 8. Apelação a que se nega provimento. (ACR 0008631-94.2007.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 20/09/2019)”

Portanto, resta inequívoca a possibilidade de aplicação do estado de necessidade exculpante, como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa do contribuinte, em especial, naquelas hipóteses em que fique demonstrado, de forma inquestionável, a crise financeira que alcançava a empresa ou o contribuinte pessoa física no período, e ainda, a inexistência de fraude na omissão do recolhimento do tributo.

4 A LEI N. 11.101/2005 E OS ASPECTOS RELEVANTES DA DECISÃO QUE DEFERE O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Um dos princípios basilares que norteiam a Recuperação Judicial é o da preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei n. 11.101/2005. A referida norma preceitua que o objetivo da recuperação judicial deve ser viabilizar a superação da situação de crise, mantendo a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores.

Nesse sentido, Luiz Tzirulnik ensina que:

Os princípios fundamentais que nortearam a elaboração da Lei 11.101/2005 incluem a preservação da empresa; a separação dos conceitos de empresários e empresas recuperáveis; a retirada do mercado de

empresas ou empresários não recuperáveis; a proteção aos trabalhadores; a redução do custo do crédito no Brasil; a eficiência dos processos judiciais; a segurança jurídica; a participação ativa dos credores; a maximização do valor dos ativos do falido; a desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas; e o rigor na punição de crimes relacionados à falência e a recuperação judicial” (TZIRULNIK, 2007, p. 31).

Portanto, a recuperação judicial emerge como um instituto que busca compatibilizar, em um momento extraordinário de crise, de um lado a função social da empresa e do outro, o interesse de terceiros que tenham uma relação com a pessoa jurídica, seja ela de emprego ou dependência, seja creditória.

O efetivo início da recuperação judicial se dá com a decisão que defere o seu processamento, entrando em vigor, como consequência imediata, o *stay period*. O art. 52 da Lei n. 11.101/2005, estabelece que, “estando em termos a documentação exigida pelo art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial”.

O art. 51, por sua vez, estabelece o rol de documentos, que obrigatoriamente devem ser apresentados pela Recuperanda junto à inicial, valendo destaque para as demonstrações contábeis dos últimos três exercícios sociais.

Deixando de lado a discussão acerca dos limites legais a que o juiz estaria sujeito nesta primeira análise, valendo destacar o entendimento de que tratar-se-ia de uma conferência apenas formal e objetiva da documentação apresentada, é indubitável que deparando-se com evidentes incongruências, indícios de fraude ou mesmo de inviabilidade da empresa, o Julgador teria o poder-dever de indeferir de plano o pleito recuperacional.

Não por menos, muito embora a Lei n. 11.101/2005 não tenha contemplado em seu texto original uma previsão expressa relacionada a realização de perícia sobre a documentação que instruiu o pedido inicial de recuperação, a 1.^a Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo deu origem e passou a aplicar a denominada “constatação prévia”, posteriormente adotada por vários outros Juízos falimentares em todo o território nacional.

A constatação informal ou perícia prévia, nada mais é do que, a nomeação de um profissional técnico, que ficaria responsável por analisar sob o ponto de vista contábil e financeiro, toda a documentação prevista no art. 51 da Lei n. 11.101/2005, para confirmação do atendimento dos requisitos legais para o deferimento da recuperação judicial. Em determinados casos, contemplou-se ainda, a visita às dependências da empresa, para constatação de suas reais condições de funcionamento.

Apesar das críticas de alguns doutrinadores sobre o instituto da constatação prévia, a Lei n. 14.112/2020 acabou positivando a faculdade de, após a distribuição do pedido de recuperação, o Juiz valer-se da nomeação de um profissional de sua confiança para promover constatações das reais

condições de funcionamento da empresa e da regularidade e completude da documentação apresentada com a petição inicial.

O art. 51-A supriu assim, a lacuna legislativa até então existente, e em compasso com o que já vinha ocorrendo na prática, estabeleceu o rito pelo qual deve se dar a constatação prévia.

Outro elemento essencial, indispensável para o processamento da recuperação judicial, é a constatação de que, a empresa está de fato, atravessando uma crise. Isso porque, logicamente, o processo de recuperação judicial é pensado para a empresa que atravesse uma grave crise econômica e financeira, e, ainda assim, tenha condições de se manter ativa, bastando que condições propícias auxiliem em uma reorganização de seus passivos.

Segundo Ulhoa Coelho:

Quando se diz que uma empresa está em crise, isso pode significar coisas muito diferentes. Para sistematizar o assunto, proponho que se distinga entre crise econômica, financeira e patrimonial. Normalmente, uma desencadeia a outra, mas a complexidade da economia e das relações jurídicas do nosso tempo tem gerado, cada vez mais, situações em que se manifesta uma dessas crises, sem despertar nenhuma preocupação nos agentes econômicos (COELHO, 2021, p. 51).

Por mais que a doutrina não se debruce de forma tão assertiva sobre o elemento crise, posto que, a princípio, não haveria razões para que uma empresa forjasse uma situação de insolvência, o que se vê na prática é justamente o contrário.

Não são raras as situações em que ao longo do processo se constata o mau uso do instituto recuperacional, em que o não cumprimento das obrigações da pessoa jurídica, não decorra de uma crise financeira/econômica/patrimonial, mas sim, de simples tentativa de fraudar os credores, com o desvio de bens e valores para os sócios ou terceiros.

Recentemente, em caso amplamente divulgado na mídia, uma empresa do ramo de transporte rodoviário e aéreo, que atravessa processo de recuperação judicial, enfrentou inúmeros pedidos de afastamento de seus diretores e administradores, em razão de indícios de fraudes e desvios patrimoniais. O Juiz responsável pela recuperação judicial, nomeou um *watchdog*, um auditor ou observador externo, para fiscalizar a partir de então, todos os atos de administração da empresa e direcionamento dos recursos derivados de suas operações.

Na maioria das vezes, a discussão acerca da presença do pressuposto da crise ocorre na fase de deliberações, quando credores questionam a real condição da empresa recuperanda.

Porém, nada impede que o próprio Juiz, a partir da análise dos documentos inicialmente apresentados pela empresa, ou o profissional de sua confiança indicado para a realização da constatação prévia, verifiquem a ocorrência de fraude que impeça o processamento do pedido de recuperação

judicial, em especial, quando não estiver presente o elemento crise, que autorize a concessões dos benefícios inerentes ao trâmite da recuperação.

O melhor entendimento seria inclusive aquele que, diante de uma situação em que sejam verificados indícios de fraude, tenha o Juiz a obrigação de determinar a realização de diligências suplementares, para averiguação da real situação da empresa, evitando assim, o processamento de uma recuperação judicial, que tenha por parte dos requerentes, objetivos escusos.

Posto isso, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, (embora não se confunda com a decisão que concede a recuperação judicial, proferida apenas ao fim da fase deliberativa), já confirma a legitimidade da empresa requerente, que os documentos que instruíram o pedido estão de acordo com o que determina a lei 11.101/2005, e, ainda que em análise perfunctória, que estão presentes os requisitos iniciais para o regular trâmite da recuperação judicial.

Como salientado por Fábio Ulhoa Coelho:

O conteúdo e efeitos do despacho de processamento da recuperação judicial estão previstos em lei. São os seguintes: a) nomeação do administrador judicial; b) dispensa do requerente da exibição de certidões negativas para o exercício de suas atividades econômicas; c) suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor com atenção às exceções da lei; d) determinação à devedora de apresentação de contas demonstrativas mensais; e) intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que a requerente estiver estabelecida (COELHO, 2021, p. 219).

Portanto, embora no despacho inicial não caiba a avaliação conclusiva da viabilidade da recuperação judicial, há, sem nenhuma dúvida, o poder dever de afastamento de plano, das situações de fraude e daqueles casos em que eventualmente, o requerente esteja buscando exclusivamente se furtar do pagamento dos seus débitos e cumprimento de suas obrigações sociais, sem que esteja presente o elemento “crise”.

Nesse contexto, a perícia prévia surge como uma importante ferramenta do Juízo, que contará com a participação de um profissional capacitado para a realização de uma análise criteriosa de toda a documentação contábil da Recuperanda, atestando o preenchimento dos requisitos legais, e evitando o tramite de uma recuperação que seja em seu nascedouro, fadada ao fracasso, em razão de vícios e irregularidades.

5 DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

O princípio da autonomia ou independência entre as Instâncias, estabelece como regra que, não há vinculação entre as decisões proferidas em uma instância com as decisões que serão adotadas em outra, em especial,

nas hipóteses em que uma mesma conduta possa configurar ilícito penal, civil e administrativo. Assim, um determinado agente pode sofrer uma condenação administrativa e civil, e ainda assim, ser absolvido no Juízo Penal.

O Brasil adota o sistema da independência relativa ou mitigada, havendo hipóteses legais, em que, determinadas decisões influenciam no julgamento das outras instâncias.

Como exemplo, se pode citar o art. 935 do Código Civil, que prevê que uma vez comprovada a existência do fato no Juízo Criminal, bem como a sua autoria, tais questões não poderão ser mais discutidas na instância civil.

Outro exemplo importante é do art. 65 do Código de Processo Penal, que estabelece que, faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Portanto, adotando-se o sistema da independência relativa, alguns tipos de decisões, geram consequências legais em outras esferas, impedindo a rediscussão de determinadas matérias e fatos.

Muito embora os casos de repercussão vinculante entre decisões de diferentes esferas estejam previstos em lei e sejam taxativas, nada impede que, determinado Juízo utilize-se de provas emprestadas ou de conclusões obtidas a partir da instrução processual em esferas distintas. Aqui, embora não haja uma repercussão obrigatória, o próprio Juízo, seja ele cível ou criminal, pode utilizar-se de provas colhidas em instância distinta, com o objetivo de otimizar o tramite processual, e dar efetividade a busca da verdade material.

Como exemplo, podemos citar a certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa, após o julgamento definitivo do processo administrativo tributário. Desde já se opondo a corroborar essa prática processual, o que se vê é que a confirmação do crédito tributário no contencioso administrativo tributário é transportada tanto para a esfera civil, quanto para o processo criminal (nas hipóteses em que exista representação para fins penais). Com isso, transfere-se ao contribuinte o ônus probatório de demonstrar, respectivamente, a inexistência do débito e/ou a inexistência de conduta típica, partindo-se aqui, de uma verdadeira presunção de culpabilidade.

Da mesma forma, nada impede que o Juiz criminal, tomando conhecimento de decisão no Juízo cível, que por exemplo, julgou improcedente determinada ação civil pública em face de servidor acusado de dano ao erário, venha a absolvê-lo sumariamente na ação penal, por ausência de justa causa, utilizando o conjunto probatório produzido na outra instância.

Portanto, retomando o tema do presente artigo, não há qualquer impedimento para que eventuais decisões proferidas no Juízo Falimentar, sejam empregadas no Juízo Criminal, em especial, quando forem tomadas após análise técnica e apurada, com base em farto conjunto probatório,

capaz de elucidar as razões e motivos que levaram o diretor de determinada empresa, em um momento de comprovada crise, a deixar de recolher tempestivamente os tributos devidos.

A adoção do sistema mitigado da independência entre instâncias, não só determina a vinculação de decisões em casos específicos previstos em lei, como também, possibilita a discricionariedade do Juiz, de utilizar-se, quando assim entender cabível e recomendável, de conclusões e provas que tenham sido produzidas em instância diversa.

A partir daí, passa-se a análise da aplicação do estado de necessidade exculpante para a hipótese de omissões de recolhimento de tributos em empresas que estejam submetidas a recuperação judicial.

6 A EMPRESA EM CRISE E O NÃO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS

Como já visto nos tópicos anteriores, tem-se por plenamente aplicável o estado de necessidade exculpante em crimes tributários. Para tanto, a análise do caso concreto e da presença de todos os requisitos objetivos e subjetivos do estado de necessidade é primordial para o reconhecimento da causa de exclusão da culpabilidade do agente.

É indiscutível que, em uma situação de grave crise financeira, não seria exigível do contribuinte o recolhimento dos tributos em dia, caso tal conduta implicasse na paralisação total e definitiva de sua atividade empresarial.

Logicamente, que tal análise deve ser feita caso a caso, levando-se principalmente em conta os antecedentes do contribuinte, bem como o valor total do crédito tributário e o período de omissão no recolhimento, de forma a demonstrar que não se trata de uma conduta reiterada e contumaz, mas sim, de uma situação atípica e extraordinária, provocada por uma crise financeira e econômica pela qual a empresa passa.

Neste sentido, vale destacar, excerto de julgado do TRF1, que trata da matéria (TRF1, ACR 0026918-73.2010.4.01.3800, Terceira Turma, Rel. Juiz Federal José Alexandre Franco):

9. A inexigibilidade de conduta diversa, causa geral de exclusão de culpabilidade, pressupõe que em determinada circunstância e com base nos padrões sociais vigentes não se possa exigir do agente outro tipo de ação ou omissão. Não se configura a referida excludente quando inexistem provas nos autos de esforços ou negociações do réu com vistas a cumprir as obrigações tributárias da empresa, tampouco da impossibilidade de fazê-lo pelo estado de necessidade. (...) (ACR 0026918-73.2010.4.01.3800, JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 13/03/2020 PAG.)

Tratando-se de empresa que atravessa processo de recuperação judicial, essa prova, senão já pré-constituída, está bastante avançada. Confor-

me já dito, a própria decisão que defere o processamento da recuperação judicial, toma por base a presença dos elementos essenciais da recuperação, entre os quais, está a crise financeira e econômica.

Parte-se ainda do pressuposto, especialmente nos casos em que foi realizada a perícia prévia, que inexistente qualquer tipo de fraude ou desvio patrimonial por parte dos gestores da empresa, pelo que se denota que o não cumprimento das obrigações sociais derivou-se de fatores externos a vontade do administrador, não havendo, portanto, dolo no que tange ao não recolhimento de tributos.

Antecipando-se a eventuais críticas, não se olvida para o fato de que a decisão que defere o processamento da recuperação judicial tem caráter formal objetivo, mas como já dito, é inegável que, esse primeiro filtro, já constitui evidência, ao menos em tese, de inexistência de vícios e fraudes aparentes na gestão da empresa.

Não se defende aqui, que a decisão que defere o processamento da recuperação judicial seria uma espécie de salvo conduto ao empresário, pelo qual estaria livre de uma eventual persecução penal.

É evidente que, no âmbito de um complexo sistema tributário, a eventual representação para fins penais apontará os elementos que levaram o Fisco a entender pela ocorrência do ilícito também na esfera criminal. Nesse ponto é que, a partir de uma denúncia genérica que narre apenas a omissão de recolhimento de tributos, sem sequer apresentar a individualização da conduta dos administradores, então acusados, caiba ao Julgador, a partir de uma análise baseada no conceito analítico do crime, estabelecer a presença ou não da culpabilidade do agente.

Havendo, portanto, prova suficiente de que, a prática do fato típico deu-se em um cenário de inexistência de fraudes, e em razão de uma situação de extrema crise econômica, na qual, o recolhimento do tributo importaria no sacrifício de empregos ou da própria subsistência do contribuinte, o que pode ser comprovado inclusive pelo próprio deferimento da recuperação judicial, tem-se como acertado o reconhecimento do estado de necessidade exculpante, com o objetivo fim, de fazer valer um direito penal garantista e fundado em um real Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÃO

Uma preocupação constante para todos aqueles que lidam com o Direito Tributário, em especial, para os advogados com a árdua missão de defesa dos direitos e garantias dos contribuintes, é a utilização do Direito Penal como ferramenta arrecadatória.

Neste contexto, é preciso que o Judiciário imponha limites para que a aplicação do Direito Penal Tributário fique restrita as hipóteses de condutas

dolosas, que objetivem fraudar o recolhimento de tributos, afastando assim, a persecução penal nos casos de mero inadimplemento fiscal.

De forma reprovável, o que se tem cada vez mais, são decisões, inclusive das Cortes Superiores, que em confronto com princípios básicos do Direito Penal, vem utilizando a ameaça do cerceamento da liberdade como método de cobrança de tributos.

Contudo, em algumas oportunidades, faz-se surgir esperanças naquelas que defendem um real Estado Democrático de Direito e aplicação de todas as garantias asseguradas constitucionalmente aos cidadãos, a partir de decisões de nossos Tribunais, que promovem a correta distinção entre o crime tributário e o inadimplemento fiscal.

Em consonância com tais entendimentos, há hipóteses, em que no âmbito do processo penal, a absolvição do acusado deverá se dar a partir de causa excludente de sua culpabilidade, na medida em que, o pagamento do tributo lhe exigiria o sacrifício de bens extremamente relevantes, como por exemplo, a própria existência da empresa.

A abordagem realizada no presente artigo, demonstra claramente que inexistente qualquer óbice normativo para o reconhecimento do estado de necessidade exculpante no âmbito dos crimes tributários. Conforme entendimento dos Tribunais, o não pagamento do tributo em decorrência de grave e comprovada crise financeira do contribuinte, somada a inexistência de qualquer fraude ou meio ardid para a prática de sonegação, permitem a aplicação de causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa.

Destarte, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, por comportar pelo menos a tese, o reconhecimento da crise que atinge a empresa, serve como forte indício ou mesmo, como prova suficiente, da inexistência da culpabilidade do empresário, na omissão do recolhimento de tributos. É o típico caso, portanto, em que, faz-se necessário o reconhecimento do estado de necessidade exculpante, isentando a responsabilidade penal do agente que age sob a perspectiva de uma excludente de culpabilidade derivada da inexigibilidade de conduta diversa.

Por fim, imperioso destacar, que o reconhecimento do estado de necessidade exculpante mesmo para empresas em recuperação judicial, não impede a cobrança dos tributos não recolhidos, o que se dará na via adequada da cobrança administrativa, ou, da execução fiscal, conforme o caso. O que se impõe é justamente, impedir a responsabilização penal objetiva, privilegiando assim, uma aplicação sistemática e coerente de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Afinal, o Estado não resolverá o problema da inadimplência tributária, em especial em um cenário de crise econômica global, simplesmente aprisionando o empresário ou o contribuinte pessoa física, mas sim, assu-

mindando uma postura ativa de concessão de incentivos fiscais e econômicos, possibilitando o soerguimento das empresas em crise.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 0030741-32.2012.4.01.3300, Rel. Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, Brasília, e-DJF1, 06 de dezembro de 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 0008631-94.2007.4.01.3500, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Quarta Turma, Brasília, e-DJF1, 20 de setembro de 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 0026918-73.2010.4.01.3800, Rel. Juiz Federal José Alexandre Franco, Terceira Turma, Brasília, e-DJF1, 13 de março de 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume I. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume I. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. v.1. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.
- RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A Legitimidade do Sistema Punitivo em Matéria Fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.
- TZIRULNIK, Luiz. **Recuperação de empresas e falências: perguntas e respostas**. 5. Ed. rev., atual. E ampl. Da obra Falências e concordatas: perguntas e respostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELL, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

15

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A POLÊMICA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 14.112/2020

*Alex Dylan Freitas Silva*³²⁷
*Frederico Santiago de Mendonça*³²⁸

RESUMO: Este artigo teve como objetivo a análise da competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias de empresas em recuperação judicial. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica – com a análise de conteúdo (teórico-dedutiva e dialética), de forma qualitativa e quantitativa. A conclusão foi de que a jurisprudência hodierna é majoritária no sentido de atribuir a competência da Justiça do Trabalho para executar o crédito trabalhista (principal) e previdenciário (acessório), sendo este último de ofício. No entanto, em caso de recuperação judicial da empresa executada na Justiça do Trabalho, fica a dúvida sobre a competência para a execução do crédito previdenciário. Isso porque a Lei n. 14.112/2020 alterou a Lei da Recuperação e Falência, passando a impedir expressamente os juízes trabalhistas de expedirem certidões de crédito previdenciário ao juízo falimentar. Ocorre que alguns juristas passaram a questionar a constitucionalidade dessas disposições, invocando o

327 Doutorando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Previdenciário. Graduado em Direito. Professor de Direito da Nova Faculdade. Ex-professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-professor de Direito da Unifenas. Advogado sócio da Pena, Dylan, Soares & Carsalade Sociedade de Advogados. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq (registro: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). O trabalho foi realizado com o apoio da CAPES – código de financiamento 001. Link do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0935759149881434>.

328 Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Arnaldo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

princípio da isonomia em relação ao tratamento diferenciado entre o crédito trabalhista (principal) e o previdenciário (acessório).

Palavras-chave: execução; competência; Justiça do Trabalho; juízo universal; contribuição previdenciária; recuperação judicial.

1 INTRODUÇÃO

A competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias, cujo fato gerador tenha sido reconhecido em seu âmbito, é matéria que demanda uma análise aprofundada. A evolução legislativa trouxe inúmeras alterações que obrigaram o operador do direito a sempre se manter atualizado.

Inicialmente, como regra geral, após a identificação do fato gerador do tributo devido à Previdência Social, competiria à autarquia credora a inscrição do seu crédito em dívida ativa e o posterior ajuizamento, na Justiça Comum Federal, da execução fiscal.

Posteriormente, principalmente em razão de reformas constitucionais, imprimiu-se maior celeridade e efetividade na execução desses créditos, uma vez que foi instituída a execução de ofício pelo magistrado trabalhista. Com efeito, com a emergência da Reforma Constitucional n. 20 de 1998, introduziu-se o § 3.º no artigo 114 da Constituição, que previu que “compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir” (BRASIL, 1988).

Conquanto novas alterações legislativas e constitucionais tenham emergido, essas não alteraram significativamente esse sistema, de forma que, hoje, a execução dessas contribuições previdenciárias se dá *ex officio* pelo magistrado trabalhista sentenciante.

No entanto, inúmeras outras polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais exigiram do intérprete atenção redobrada. Dentre as mais relevantes, citam-se as controvérsias a respeito (i) das contribuições decorrentes de sentenças de reconhecimento de relação de trabalho; (ii) do termo inicial incidência de juros; (iii) dos prazos decadenciais para a exigência da contribuição previdenciária; (iv) da incompetência para execução das contribuições de terceiros; e (v) da execução das contribuições decorrentes dos acordos homologados na Justiça do Trabalho.

Todas essas, embora tenham provocado discussões aprofundadas, encontram-se pacificadas em razão da atuação dos Tribunais Superiores, em especial do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Uma outra, todavia, encontra-se em ebulição, notadamente após a edição da Lei n. 14.112/2020, que alterou a Lei n. 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência. Isso porque, o caloroso

debate a respeito da competência para executar as contribuições previdenciárias devidas por empresas em recuperação judicial, se do juízo universal da recuperação judicial ou do juízo trabalhista sentenciante, recebeu um novo ingrediente.

Nesse sentido, o art. 7.º-B da Lei n. 11.101/2005 (Lei da Recuperação e Falência), acrescentado pela Lei n. 14.112/2020, passou a vedar a expedição de certidão de crédito, para a habilitação no juízo universal da recuperação judicial, dos créditos oriundos das contribuições previdenciárias. Em outras palavras, em razão da alteração legislativa, a execução dos créditos trabalhistas, parcela principal, deverá se dar no juízo universal da recuperação judicial, ao passo que a execução das contribuições previdenciárias, parcela acessória, seguirá no juízo trabalhista.

A instituição desses dois sistemas executórios causou grande controvérsia, a respeito da qual trataremos adiante, sem, contudo, pretender esgotar o tema, uma vez que ainda será necessário muito debate e estudo por parte de todos os operadores do direito.

2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Com o intuito de melhor entender as normas atuais que regem a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias oriundas de sentenças proferidas em seu âmbito, é necessário tecer breves comentários sobre o histórico legislativo que permeou a matéria.

Inicialmente, a definição da competência para a execução das contribuições previdenciárias ficava a cargo da Lei n. 7.787/1989, a qual estabelecia no seu artigo 12 que:

Art. 12. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado *in continenti*.

Parágrafo único. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto neste artigo (BRASIL, 1989).

De acordo com Sérgio Pinto Martins, a ideia que inspirou o legislador a editar o referido dispositivo era de que houvesse um representante da autarquia previdenciária em cada órgão da Justiça do Trabalho velando pelo adimplemento da contribuição que lhe era devida (MARTINS, 2001, p. 14).

Não havia clareza no dispositivo sobre como deveria ser realizada a execução do crédito, de forma que, na prática, era necessária a sua inscrição em dívida ativa e a posterior deflagração de uma execução fiscal.

Com a instituição do Plano de Custeio da Seguridade Social, a matéria passou a ser tratada pela Lei n. 8.212/91, em especial nos seus artigos 43 e 44.

A referida Lei, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e instituiu o Plano de Custeio, preceituava que competia ao juízo trabalhista apenas determinar a retenção dos valores devidos à Previdência. Os artigos 43 e 44 da Lei n. 8.212/91, em sua redação original, assim dispunham:

Art. 43. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de remuneração ao segurado, o recolhimento das contribuições devidas à Seguridade Social será efetuado incontinenti.

Art. 44. A autoridade judiciária exigirá a comprovação do fiel cumprimento ao disposto no artigo anterior (BRASIL, 1991).

Em seguida, com redação dada pela Medida Provisória n. 258 de 2005, o referido artigo 44 passou a prever que a autoridade judiciária velaria pelo cumprimento da obrigação de recolher as contribuições devidas à Seguridade Social, podendo, para tanto, expedir notificação à Procuradoria da Fazenda Nacional: “A autoridade judiciária velará pelo cumprimento do disposto no art. 43, inclusive fazendo expedir notificação à Procuradoria da Fazenda Nacional, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado” (BRASIL, 1991).

Dessa forma, com a alteração promovida pela Medida Provisória n. 258/2005, a redação do dispositivo se aproximou do previsto na Lei n. 7.787/1989, eis que passou a ter previsão expressa de que a autoridade judiciária velaria pelo adimplemento do crédito previdenciário.

No entanto, o procedimento de execução do referido crédito ainda não estava claro. Conservou-se, contudo, o entendimento dominante que vigia à época da Lei n. 7.787/1989, ou seja, não era competência do juízo do trabalho a execução dos referidos tributos. É o que aponta Maurício Westin Costa:

[...] naquela ocasião, o descumprimento do devedor em pagar essas contribuições não gerava a execução do valor devido à Previdência, nos mesmos autos da ação trabalhista, à míngua de competência material da Justiça do Trabalho (COSTA, 2017, p. 86).

Dessa maneira, não se verificando o pagamento das contribuições previdenciárias devidas ao INSS, competiria à autarquia federal inscrever os seus créditos em dívida ativa, para, por intermédio de uma execução fiscal, exigí-los do devedor.

Fábio Victor da Fonte Monnerat explica com clareza a forma por meio da qual, antigamente, eram executadas as contribuições previdenciárias:

Originariamente, uma vez verificada a ocorrência do fato gerador nascia a obrigação tributária sendo o tributo devido ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pessoa jurídica de direito público federal integrante da administração indireta, que em caso de não cumprimento voluntário da obrigação, deveria inscrever tais créditos em dívida ativa, para uma vez formado o título executivo extrajudicial (a certidão de dívida ativa) fosse dado início perante a Justiça Federal, por força do que determina o art. 109, inc. I da Constituição Federal, o processo de execução fiscal do crédito. [...]

Portanto, a Justiça do Trabalho não era competente para a execução das contribuições sociais, sendo certo que a determinação para o pagamento que o magistrado deveria fazer, não implicava em condenação do contribuinte e a notificação ao INSS não era para intervir no processo trabalhista, mas sim para, uma vez ciente da ocorrência do fato gerador naquele processo formar um título executivo extrajudicial (a certidão de dívida ativa) e executar por processo próprio que corria perante a Justiça Federal comum. Tudo isso assim ocorria na prática mesmo antes do advento da Lei n. 8.520/1991.

Seria correto, destarte, afirmar que a esta época a legislação vigente estabelecia, ou pretendia estabelecer, um dever do magistrado trabalhista em determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias, sem contudo atribuir ao mesmo o poder para fazer cumprir tal determinação (MONNERAT, 2009, p. 138 a 140).

Tal expediente, por certo, atentava contra a eficiência e gerava trabalho e despesas desnecessários para a administração pública. Nesse cenário, tendo o legislador percebido a relação íntima existente entre o fato gerador das contribuições previdenciárias e o desfecho dos processos trabalhistas, atribuiu ao magistrado do trabalho a obrigação de dar início à execução dos créditos previdenciários. Assim, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20 de 1998, que modificou o sistema da Previdência Social, instituiu-se a conhecida execução de ofício.

O cenário que outrora vigia, portanto, foi alterado drasticamente. Isso porque, como explicado, o inadimplemento do contribuinte não gerava a execução do valor devido à Previdência nos próprios autos da ação trabalhista. E, com a alteração do texto da Constituição, o magistrado, alicerçado em norma constitucional, passou a ter o poder-dever de impulsionar o processo executivo com a finalidade de arrecadar as contribuições previdenciárias devidas.

Introduziu-se, assim, o parágrafo terceiro no artigo 114 da Constituição, que previu que “compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, ‘a’, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.” (BRASIL, 1988). As referidas contribuições são aquelas devidas pelo empregador sobre a

folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (art. 195, I, a, CRFB/1988) e pelo trabalhador e demais segurados da Previdência Social (art. 195, II, CRFB/1988).

Consciente da vigorosa alteração constitucional, o legislador ordinário promoveu a publicação da Lei n. 10.035/2000, a qual alterou a CLT, para estabelecer os procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social. Foi acrescentado ao artigo 832 da CLT o § 4.º, por meio do qual passou a determinar a intimação do INSS a respeito das decisões homologatórias de acordos que continham parcela indenizatória, facultando-lhe a interposição de recurso referente às contribuições que lhe eram devidas.

Percebe-se, dessarte, que, por meio dessa alteração legislativa, foi possibilitada a intervenção da autarquia federal nos processos trabalhistas para defender os seus créditos, inclusive por meio da interposição dos recursos cabíveis. De igual maneira, introduziu-se o parágrafo único no artigo 876 da CLT, o qual, adaptando-se à alteração constitucional, passou a dispor que “serão executados *ex officio* os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo” (BRASIL, 2000).

Em seguida, nova alteração constitucional foi promovida. Em 2004, por meio do Poder Constituinte derivado reformador, o legislador publicou a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, intitulada “Reforma do Judiciário”. E, embora a redação do artigo 114, §3.º, da Magna Carta não tenha sido modificada, houve uma alteração topológica da norma. Isso porque ela não mais se encontra no § 3.º do artigo 114, mas sim no inciso VIII do mesmo artigo. Em outras palavras, a Emenda Constitucional n. 45/2002 apenas alterou a localização da norma, não modificando o seu conteúdo.

Assim sendo, a Lei n. 8.212/91, que antes usurpava do juízo sentenciante a competência para executar as contribuições previdenciárias, a fim de se adequar às modificações constitucionais, também sofreu reformas. Nesse sentido foram incluídos parágrafos pelas Medidas Provisórias n.º 258/2005 e 449/2008 e pelas Leis Ordinárias n. 8.620/1993 e n. 11.941/2009. E, de igual maneira, alguns dispositivos foram revogados por leis posteriores e outros, incluídos por medidas provisórias, perderam eficácia pelo transcurso do tempo.

Em razão dessas reformas, hoje, o artigo 44 encontra-se revogado pela Lei n. 11.501/2007 e o artigo 43 possui a seguinte redação:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

§ 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.

§ 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

§ 6º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores devidos ou pagos nas Comissões de Conciliação Prévia de que trata a Lei no 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Ademais, a Consolidação das Leis Trabalhista (CLT), que é o diploma normativo que disciplina tanto o direito material quanto o direito processual do trabalho, também foi adequada para se compatibilizar com as inúmeras alterações legislativas e constitucionais que trataram do tema da execução das contribuições sociais em decorrência de decisão proferida na Justiça do Trabalho.

Assim, com redação dada pela Lei n. 11.457/2007, o parágrafo primeiro do artigo 876 da CLT atualmente dispõe que:

Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executadas pela forma estabelecida neste Capítulo.

Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar (BRASIL, 1943).

Vê-se que a alteração feita pela Lei n. 11.457/2007 promoveu apenas pequenas modificações redacionais, não alterando o espírito da norma. Manteve-se, portanto, a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais e seus acréscimos legais relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar.

Resumidamente, tem-se que, inicialmente, a execução das contribuições previdenciárias, oriundas de condenação trabalhista ou de acordos formalizados na Justiça do Trabalho, competia à própria autarquia previdenciária que, após ser cientificada pelo magistrado trabalhista, deveria inscrever o seu crédito em dívida ativa para, posteriormente, ajuizar a competente execução fiscal. Após as inúmeras modificações legais e constitucionais, a execução destes créditos se dá de ofício pelo próprio magistrado trabalhista, nos exatos termos do artigo 114, VIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

3 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Após esse breve esclarecimento a respeito da evolução legislativa da competência para execução das contribuições previdenciárias, necessário apontar os pontos controvertidos na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema.

Enumerando os mais relevantes, citam-se as polêmicas a respeito (i) das contribuições decorrentes de sentenças de reconhecimento de relação de trabalho; (ii) do termo inicial da incidência de juros; (iii) dos prazos decadenciais para a exigência da contribuição previdenciária; (iv) da incompetência para execução das contribuições de terceiros; e (v) da execução das contribuições decorrentes dos acordos homologados na Justiça do Trabalho.

Feita a enumeração, cumpre tratar de cada uma das polêmicas separadamente.

Inicialmente, o tema “contribuições decorrentes de sentenças de reconhecimento de relação de trabalho” é um dos mais tormentosos na doutrina e na jurisprudência. A fim de melhor entendê-lo, cumpre rememorar o texto expresso do artigo 114, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (BRASIL, 1988).

Não há especificação, como se vê, se competirá à Justiça do Trabalho a execução das contribuições oriundas exclusivamente das sentenças condenatórias ou se também das sentenças declaratórias que apenas reconheçam a existência de relação de emprego.

Assim, para parte da doutrina, a execução das contribuições previdenciárias somente seria possível na hipótese de condenação pecuniária, uma vez que a contribuição previdenciária é uma parcela acessória dos créditos trabalhistas.

A União, em sentido diametralmente oposto, defendia que, como inexistente previsão expressa, não caberia ao intérprete limitar o alcance da norma constitucional. Em outras palavras, o fisco sempre asseverou que também seria possível a execução das parcelas previdenciárias, com base em sentença que apenas declara o vínculo empregatício.

Encampando esta segunda corrente, Ivan Kertzman, Alzemir Santana e Raimundo Dantas explicam que o Direito Previdenciário é autônomo em relação ao Direito do Trabalho, mas que, mesmo assim, se o juiz do trabalho detecta que houve relação de trabalho, também reconhece a ocorrência do fato gerador deste tributo (KERTZMAN; SANTANA; DANTAS, 2020, p. 573).

Chamado a resolver essa controvérsia, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 368, cujo inciso primeiro prevê que a competência da Justiça do Trabalho se restringe à execução das contribuições previdenciárias oriundas de sentenças condenatórias em pecúnia:

Súmula n.º 368 do TST

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. FORMA DE CÁLCULO. FATO GERADOR (aglutinada a parte final da Orientação Jurisprudencial n. 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2017) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição (BRASIL, 2017).

Porém, mesmo após a edição da referida súmula pelo Tribunal Superior do Trabalho, o debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 569056/PA, cuja relatoria coube ao Ministro Menezes Direito. Após o julgamento do referido Recurso Extraordinário, aprovou-se a edição da Súmula Vinculante n.º 53, que, ao menos na prática, sacramentou a controvérsia ao determinar que a competência da Justiça do Trabalho se restringe à execução de ofício das contribuições previdenciárias que tenham se originado em sentença condenatória ou acordo homologado. Veja-se:

Súmula Vinculante 53: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados (BRASIL, 2015).

Contudo, ainda existem vozes na doutrina que se insurgem contra o conteúdo vinculante da Súmula editada pelo STF, como Maurício Westin Costa e Fábio Victor da Fonte Monnerat:

A competência da Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos durante o curso do vínculo empregatício, reconhecidos em sentença transitada em julgado, decorre diretamente do art. 114, VIII, da Constituição, que não faz distinção entre sentenças declaratórias ou condenatórias. [...]

Portanto, o entendimento da Súmula 368, I, do TST e do julgamento proferido no RE 569.056/PA, pelo STF, revela-se equivocado. (COSTA, 2017, p. 95).

O argumento, *data maxima venia*, não merece prosperar haja vista que, nos termos já demonstrados, nada impede que à decisão declaratória que põe fim à lide trabalhista, objeto principal do processo, seja acrescido um capítulo condenatório impondo o dever de pagamento ao sujeito passivo da obrigação tributária, viabilizando assim a execução das contribuições (MONNERAT, 2009, p. 154).

Dessarte, embora existam teses em sentido contrário, a jurisprudência pacificou-se após a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante 53, de forma que a competência da Justiça do Trabalho para execução de ofício das contribuições previdenciárias se restringe àquelas oriundas de sentença condenatória e homologatória de acordo.

Sepultando a controvérsia, Carlos Henrique Bezerra Leite explica que:

É importante ressaltar, desde logo, que somente as contribuições previdenciárias declaradas expressamente nas sentenças trabalhistas são

da competência da Justiça do Trabalho. A *contrario sensu*, isso quer dizer que a execução de débitos previdenciários, que deveriam ter sido recolhidos durante a vigência do contrato de trabalho e que não estão contemplados na sentença trabalhista, continua sob a alçada da Justiça Federal (LEITE, 2017, p. 1519).

Já quanto à cobrança de juros na execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho, a cizânia reside sobre o termo inicial da incidência dos juros SELIC.

Parte da doutrina e da jurisprudência, partindo da premissa de que o fato gerador é o pagamento, acreditam que os juros devem incidir somente a partir desse momento. Já para os defensores da corrente oposta, o fato gerador é o trabalho, logo os juros devem retroagir e serem cobrados a partir da prestação do serviço.

Sustentando a segunda tese, Ivan Kertzman, Alzimir Santana e Raimundo Dantas explicam que, se assim não fosse, o devedor iria se enriquecer indevidamente (KERTZMAN; SANTANA; DANTAS, 2020, p. 576).

A jurisprudência, refletindo a inconstância da doutrina, também foi vacilante. E, ressaltando tal inconstância, a súmula 368 do TST, em seus incisos IV e V, adotou ambas as correntes, pacificando o tema ao estabelecer que se adota o regime de caixa para os fatos geradores ocorridos antes de março de 2009 e o regime e competência para os posteriores:

Súmula n. 368 do TST

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. FORMA DE CÁLCULO. FATO GERADOR (aglutinada a parte final da Orientação Jurisprudencial n. 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2017) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017 [...]

IV - Considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo, para os serviços prestados até 4.3.2009, inclusive, o efetivo pagamento das verbas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação (art. 276, “caput”, do Decreto n. 3.048/1999). Eficácia não retroativa da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n. 449/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.941/2009, que deu nova redação ao art. 43 da Lei n. 8.212/91.

V - Para o labor realizado a partir de 5.3.2009, considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo a data da efetiva prestação dos serviços. Sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas a partir da prestação dos serviços incidem juros de mora e, uma vez apurados

os créditos previdenciários, aplica-se multa a partir do exaurimento do prazo de citação para pagamento, se descumprida a obrigação, observado o limite legal de 20% (art. 61, § 2.º, da Lei n. 9.430/96) (BRASIL, 2017).

Ademais, também é matéria tormentosa aquela que trata do prazo decadencial para a exigência das contribuições previdenciárias. Isso porque a Lei n. 8.212/1991, em seu artigo 45, previa que o direito de o Fisco apurar e constituir seus créditos extinguiu-se após 10 anos, contados (i) do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, ou (ii) da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

A polêmica residia em suposto vício formal da norma, pois a Constituição Federal, em seu artigo 146, III, “b”, dispõe que cabe à Lei Complementar, dentre outras matérias, disciplinar a prescrição e a decadência dos tributos (BRASIL, 1988). Porém, a Lei n. 8.212/1991 é norma ordinária e as contribuições previdenciárias são espécie de tributo.

Assim, três correntes surgiram. A primeira reconhecia a inconstitucionalidade da norma; ao passo que as outras duas defendiam a sua constitucionalidade. Uma dessas sustentava que competiria à Lei Complementar apenas normatizar a forma de contagem de prazo, de sorte que os prazos propriamente ditos poderiam ser estabelecidos por Lei Ordinária. A outra, nas palavras de Ivan Kertzman, Alzemir Santana e Raimundo Dantas, defendia que:

[...] o prazo de cinco anos previsto no CTN deve prevalecer para a decadência, mas este prazo somente começaria a correr após a homologação tácita. Assim, o Fisco teria o prazo de 5 anos depois da ocorrência do fato gerador para lançar o tributo, após o qual se daria a homologação tácita, iniciando-se o prazo de 5 anos para a decadência do direito de exigir o tributo. Na prática, de acordo com este posicionamento, o prazo decadencial seria de 10 anos (5 anos para a homologação tácita + 5 anos para a decadência) (KERTZMAN; SANTANA; DANTAS, 2020, p. 578).

O Superior Tribunal de Justiça, quando provocado, defendia a inconstitucionalidade da norma. No entanto, como sabido, a guarda da Constituição compete ao Supremo Tribunal Federal e a nossa Corte Constitucional ainda não tinha se manifestado sobre o tema.

Nesse cenário, em junho de 2008, o STF editou a Súmula Vinculante n.º 8, a qual prevê que “são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (BRASIL, 2008). Assim, como bem apontam Castro e Lazzari, em que pese os órgãos da arrecadação da Seguridade terem adotado o prazo decenal, a norma que lhe dava suporte é inconstitucional (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 388).

Já quanto à competência da Justiça Federal para execução das contribuições de terceiros, cumpre explicitar, prefacialmente, o que são essas contribuições.

A Constituição Federal, em seu artigo 240, trata das contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical; o artigo 212, § 5.º da Magna Carta menciona que a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei. Essas são as chamadas contribuições para terceiros.

O texto constitucional, por intermédio de uma interpretação literal, é claro ao prever que somente a execução das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, seria de competência da Justiça do Trabalho. Assim, por certo, estariam excluídas as contribuições de terceiros.

No entanto, prestigiando a eficiência e economicidade, alguns juízes passaram a incluir na execução as contribuições destinadas a terceiros (KERTZMAN; SANTANA; DANTAS, 2020, p. 585). Contudo, por violar expressamente a Constituição, esse entendimento não vingou.

A jurisprudência do TST, a propósito, é farta no sentido de que não se inclui na competência da Justiça do Trabalho a execução das contribuições sociais devidas a terceiros. E, sepultando qualquer controvérsia, inclusive no âmbito doutrinário, Carlos Henrique Bezerra Leite relembra o enunciado n.º 74, aprovado na 1.ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que reconhece a incompetência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições devidas a terceiros (LEITE, 2017, p. 1526 e 1527).

Por fim, quanto à execução das contribuições decorrentes dos acordos homologados, não resta dúvida de que compete à Justiça do Trabalho, mas, há polêmica no que concerne à base de cálculo da execução.

A principal controvérsia reside nas situações em que há acordo homologado após a sentença transitada em julgado. De acordo com o antigo art. 832, § 6.º, da CLT “o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União” (BRASIL, 1943). A clara intenção do legislador era de proteger o crédito da União.

Contudo, quando da conversão da Medida Provisória n.º 449/2008 para a Lei 11.941/2009, o artigo 43, § 5.º, da Lei n. 8.212/1991 foi alterado para fazer constar que “na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.” (BRASIL, 1991).

Vê-se evidente antinomia, na medida em que as duas normas disciplinam a mesma matéria, mas de maneiras completamente diversas. Sendo normas de mesma hierarquia, a solução se daria pela aplicação do critério temporal, de forma que se aplicaria o contido no artigo 43, § 5.º, da Lei n. 8.212/1991, privilegiando, portanto, as convenções privadas.

No entanto, como salientam Ivan Kertzman, Alzimir Santana e Raimundo Dantas, a matéria não é pacífica:

Sobre esta matéria, a jurisprudência está longe de ser pacificada. Note-se que, mesmo após a edição da Lei 11.941/2009, o TST continuou apresentando divergentes decisões sobre o tema. Observe-se que o argumento utilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho para considerar o valor das parcelas remuneratórias previstas no acordo como a base de cálculo da execução previdenciária é o de que o processo trabalhista é regido pelo princípio da conciliação. Já os argumentos para se invalidar o acordo para fins de cobrança dos tributos previdenciários são os preceitos imperativos e de ordem pública (KERTZMAN; SANTANA; DANTAS, 2020, p. 595).

Porém, com a edição da Orientação Jurisprudencial n.º 376 da SDI 1 do TST, passou-se a adotar o entendimento de que é devida a contribuição previdenciária sobre o valor do acordo celebrado e homologado após o trânsito em julgado de decisão judicial, respeitada a proporcionalidade de valores entre as parcelas de natureza salarial e indenizatória deferidas na decisão condenatória e as parcelas objeto do acordo (BRASIL, 2010).

Além de todas estas controvérsias, após a edição da Lei n. 14.112/2020, que alterou a Lei da Recuperação e Falência, outra surgiu. Questiona-se, atualmente, a legalidade da execução de ofício das contribuições previdenciárias devidas por empresas em recuperação judicial.

4 EXECUÇÃO TRABALHISTA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE EMPRESAS RECUPERANDAS

Para além das questões específicas relativas à competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições sociais, sempre houve muito debate jurídico a respeito do alcance trabalhista do caráter uno e indivisível do juízo falimentar, previsto no artigo 76 da Lei da Recuperação e Falência n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (LRF). É que o § 2.º do art. 6.º da referida lei prevê que as ações trabalhistas contra empresas em recuperação judicial serão processadas pela justiça especializada até a liquidação de sentença, sendo o processamento da execução de competência do juízo universal, por decorrência lógica da *vis atractiva*. Vejam-se a literalidade dos mencionados dispositivos legais:

Art. 6.º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: [...]

§ 2.º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se

refere o art. 8.º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença. [...]

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo (BRASIL, 2005).

Essas disposições logo suscitaram embates fervorosos entre aqueles que defendiam o caráter superprivilegiado do crédito trabalhista e os que defendiam a unicidade e indivisibilidade do juízo falimentar mesmo para a execução de créditos trabalhistas. Amauri Mascaro Nascimento, por exemplo, explicou que não poderiam ter andamento na Justiça do Trabalho as execuções de créditos trabalhistas contra empresas em recuperação judicial, mas que certamente haveria interpretações em sentido contrário, considerando que o crédito trabalhista tem natureza superprivilegiada (NASCIMENTO, 2009, p. 539).

Outros autores, como Manoel Justino Bezerra Filho, defendem o afastamento da tese de atratividade do juízo responsável pela recuperação judicial. Argumenta que, a despeito de eventual dificuldade relacionada ao controle de bens alienados em circunstância de recuperação judicial, a universalidade vale apenas para os casos de falência, e não de recuperação judicial (BEZERRA FILHO, 2011, p. 65).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 480, dirimindo as dúvidas sobre a questão. Nela deixou claro que o juízo da recuperação judicial é o responsável para decidir sobre a constrição de bens abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Pelo menos esse é o sentido que se pode extrair da súmula, cujos termos literais são os seguintes: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.” (BRASIL, 2012).

Vale ressaltar que o art. 768 da CLT menciona a execução de créditos (que se subentendem trabalhistas) perante o juízo de falência. Veja-se a literalidade do dispositivo legal: “Terá preferência em todas as fases processuais o dissídio cuja decisão tiver de ser executada perante o Juízo da falência.” (BRASIL, 1943). A questão seria saber se isso também valeria para recuperação judicial. E isso parece resolvido pela citada súmula 480 do STJ, como dito acima.

Portanto, atualmente, o entendimento majoritário é no sentido de que o deferimento judicial do pedido de processamento da recuperação judicial de empresa processada na Justiça do Trabalho impõe a suspensão da execução ou cumprimento de sentença trabalhista. Ou seja, o processo trabalhista deverá tramitar apenas até a fase de liquidação de sentença. A

partir daí, deverá ser suspenso o trâmite da ação trabalhista, remetendo-se a informação do crédito trabalhista para o juízo recuperacional.

Amauri Mascaro Nascimento argumenta que a recuperação judicial não serve para a frustração dos créditos trabalhistas. Ao contrário, ela serve para beneficiar os credores da empresa recuperanda, na medida em que a falência representaria o pior cenário para todos, inclusive para a própria sociedade. Isso porque a empresa, com a recuperação judicial, tem a possibilidade de prosseguir com suas atividades e, com isso, arcar com todos os compromissos assumidos (NASCIMENTOS, 2009, p. 716).

Segundo Érika Santiago Silva, os que defendem que a execução de créditos trabalhistas contra empresas recuperandas deve ser processada na Justiça do Trabalho se baseiam no artigo 114 da Constituição Federal. Dizem que a execução não determina a formação de um processo autônomo (tratando-se de uma continuação do processo de conhecimento – sincrétismo) e que, nos termos do mencionado dispositivo constitucional, cabe à Justiça do Trabalho julgar os dissídios oriundos da relação empregatícia e do trabalho (SILVA, 2015, p. 200). Mas, para ela, essa competência “não deve se estender à fase de execução dos créditos trabalhistas, em razão de um princípio maior que é o da *par conditio creditorum*”³²⁹ (SILVA, 2015, p. 201).

Tendo em vista a competência do juízo universal para a execução dos créditos trabalhista de empresas recuperandas, inúmeros juízes trabalhistas passaram a expedir certidões de crédito trabalhista e também previdenciário (principal e acessório). Ocorre que a Lei n. 14.112/2020 alterou o procedimento da recuperação judicial, proibindo a expedição dessas certidões, de modo a obrigar a Justiça do Trabalho a manter a competência para a execução de ofício do crédito previdenciário (mesmo em relação a empresas em recuperação judicial). Isso é o que se extrai do novo artigo 7.º-B e § 11 da Lei n. 11.101/2005 (acrescidos pela mencionada Lei n. 14.112/2020). Veja-se a literalidade dos mencionados dispositivos legais:

Art. 6.º [...]

§ 7.º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. [...]

³²⁹ O princípio da *par conditio creditorum* assegura tratamento paritário a todos os credores de uma mesma categoria na percepção daquilo que lhes é devido (SILVA, 2009, p. 202).

§ 11. O disposto no § 7.º-B deste artigo aplica-se, no que couber, às execuções fiscais e às execuções de ofício que se enquadrem respectivamente nos incisos VII e VIII do caput do art. 114 da Constituição Federal, vedados a expedição de certidão de crédito e o arquivamento das execuções para efeito de habilitação na recuperação judicial ou na falência (BRASIL, 2005).

Note-se que as novas disposições impedem que os juízes trabalhistas expeçam certidão de crédito previdenciário e arquivem a execução para efeito de habilitação na recuperação judicial. Tudo indica que essas modificações foram realizadas para afastar a recorrência de decisões trabalhistas em sentido contrário (ou seja, que impunham a expedição de certidão de crédito previdenciário e habilitação na recuperação judicial). Nesse sentido, pode ser citada a decisão abaixo da 8.ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no processo n. 10386-59.2016.5.15.0140 (Relatora Dora Maria da Costa):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. EXAURIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO JUÍZO FALIMENTAR. Decretada a falência ou deferido o processamento da recuperação judicial, a competência da Justiça do Trabalho para executar créditos contra a massa falida ou empresa em recuperação judicial estende-se até a individualização e a quantificação do crédito, após o que cabe ao credor habilitá-lo no juízo universal da falência. Inteligência do art. 6.º, caput e § 2.º, da Lei n. 11.101/2005. Nesse contexto, escorregita se mostra a decisão recorrida que, diante da falência da empresa executada, decretada em 28/1/2016, com fundamento no art. 6.º da Lei n. 11.101/2005, entendeu que o crédito perseguido na presente execução fiscal baseada em certidão de inscrição do débito em dívida ativa deveria ser habilitado no juízo universal da falência, declarando encerrada a execução nestes autos. Óbice da Súmula n. 333 do TST e do artigo 896, § 7.º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido (BRASIL, 2020).

Segundo Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert, a alteração legislativa visou superar a mencionada jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho apenas em relação ao crédito previdenciário (acessório), e não ao crédito trabalhista (principal). Para ela, essa mudança causa perplexidade “seja em função do princípio da gravitação jurídica, seja porque o crédito que deveria ser privilegiado recebe, da nova lei, um tratamento pior do que créditos que lhe são inferiores” (GUBERT, 2022).

Por essas razões, Felipe Bernardes conclui pela inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos inseridos na Lei da Recuperação e Falência, quanto à atribuição de competência da Justiça do Trabalho para executar crédito previdenciário de empresa recuperanda. Argumenta que as novas disposições afrontam o princípio constitucional da isonomia (art. 5.º con-

jogado com o art. 100 da Constituição Federal de 1988) “já que o legislador não tem ‘discricionariedade’ para dispensar tratamento inferior a uma espécie de crédito que a própria Constituição trata como privilegiado” (BERNARDES, 2021).

Analisando a questão prática dessa celeuma jurídica, Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert argumenta que a Justiça do Trabalho terá dificuldade para executar essas parcelas de natureza previdenciária, já que os bens estarão arrolados na Vara competente para o processamento da recuperação judicial “e é esta que deverá autorizar qual bem de caráter não essencial poderá ser penhorado na esfera trabalhista (artigo 6.º, III, Lei n.º 14112/20), o que leva à conclusão de que a execução quanto àqueles créditos, muito provavelmente, permanecerá suspensa” (GUBERT, 2022).

Enfim, a questão é espinhosa e certamente ainda será objeto de intensa discussão jurídica nos meios acadêmicos e judiciais. Mas uma coisa agora é certa, para que as execuções de créditos previdenciários de empresas recuperandas prossigam na Justiça do Trabalho após a liquidação de sentença será necessária a análise da constitucionalidade ou não das novas disposições da Lei da Recuperação e Falência sobre o assunto.

5 CONCLUSÃO

Sempre houve muita discussão a respeito da competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes de suas sentenças. Vários são os motivos para se questionar tudo aquilo que envolve o assunto. O crédito previdenciário (na forma de contribuição social) tem natureza tributária, o que, por si só, já torna discutível a competência da Justiça do Trabalho para processar a matéria, ainda que em sede de execução. Afinal, a própria execução de crédito fiscal possui procedimento especial no Código de Processo Civil.

A natureza tributária do crédito previdenciário levou muitos doutrinadores a defenderem a necessidade de intimação de um representante da autarquia previdenciária (hoje seria da Receita Federal) para a inscrição em dívida ativa e deflagração da execução fiscal. No entanto, o desejo governamental pela celeridade da execução da verba tributária, baseada na defesa do interesse público, ensejou diversas alterações legislativas que impuseram à Justiça do Trabalho a execução de ofício do crédito previdenciário.

Ocorre que essa execução de ofício, por si só, sempre trouxe enormes dificuldades interpretativas de cunho juslaboral. Afinal, só o fato de o crédito previdenciário poder ser executado de ofício pelo juízo trabalhista, sendo que o crédito principal (trabalhista), em tese, não pode, já traz uma enorme contradição. Isso porque o crédito acessório estaria sendo privilegiado em relação ao crédito principal.

Além disso, a execução do crédito previdenciário pelo juízo trabalhista traz várias outras questões embaraçosas relevantes. Nesse sentido, podem ser citadas as controvérsias a respeito (i) das contribuições decorrentes de sentenças de reconhecimento de relação de trabalho; (ii) do termo inicial da incidência de juros; (iii) dos prazos decadenciais para a exigência da contribuição previdenciária; (iv) da incompetência para execução das contribuições de terceiros; e (v) da execução das contribuições decorrentes dos acordos homologados na Justiça do Trabalho.

A despeito de toda essa celeuma, a doutrina e a jurisprudência parecem ter firmado posição majoritária favorável à execução das contribuições previdenciária de ofício pelo juízo trabalhista. No entanto, uma questão parece ter resistido a essa tendência – aquela referente ao crédito previdenciário (liquidado pela Justiça do Trabalho) devido por empresas em processo de recuperação judicial. Essa dúvida se deve ao fato de a Lei da Recuperação e Falência impor o juízo universal (responsável pela recuperação judicial) para processamento da execução de créditos previdenciários devidos por empresas em recuperação judicial.

É que, embora ainda haja alguma controvérsia, a jurisprudência também é majoritária quanto ao dever do juízo trabalhista de suspender as execuções de créditos trabalhistas em relação a empresas recuperandas. Assentou-se que o caráter uno e indivisível do juízo universal (responsável pela recuperação judicial) determina a atratividade (*vis atractiva*) para a execução desses créditos (no prazo legal). Em razão disso, diversos juízes trabalhistas passaram a expedir certidões de crédito trabalhista e também previdenciário (principal e acessório), para habilitação naquele juízo.

Não satisfeito com essa realidade prática, decidiu o legislador editar a Lei n. 14.112/2020 que, dentre outras disposições que alteraram a Lei da Recuperação e Falência, passou a vedar expressamente essa expedição de certidões de crédito previdenciário (acessório) feitas por juízes trabalhistas, embora nada tenha dito em relação ao crédito trabalhista (principal). E isso fez emergir inúmeros questionamentos a respeito da constitucionalidade ou não dessas novas mudanças legislativas, sobretudo diante do princípio da isonomia (que poderia ou não determinar a aplicação de regras igualitárias quanto à execução do crédito principal e do acessório).

Portanto, essa é uma questão que terá que ser resolvida pela doutrina e pela jurisprudência nacional. Para que as execuções de créditos previdenciários de empresas recuperandas prossigam na Justiça do Trabalho após a liquidação de sentença será necessária a análise da constitucionalidade ou não das novas disposições da Lei da Recuperação e Falência sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

- BERNARDES, Felipe. Aspectos processuais trabalhistas da Lei 14.112/2020: a modificação do regime legal de recuperação judicial e falência. **MSJ da Editora JusPodivm**, [S.l.], 12 de maio 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/05/12/aspectos-processuais-trabalhistas-da-lei-14-1122020-modificacao-regime-legal-de-recuperacao-judicial-e-falencia/>. Acesso em: 13 set. 2022.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 comentada, artigo por artigo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. [CLT (1943)]. **Decreto-lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 10.035, de 25 de outubro de 2000**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para estabelecer os procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10035.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 7.787, de 30 de junho de 1989**. Dispõe sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7787.htm. Acesso em: 08 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 480**. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2012]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>.

Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n.º 53**. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula809/false>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n.º 8**. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1209>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Oitava Turma). **Agravo de instrumento em recurso de revista no processo n. 10386-59.2016.5.15.0140 (AIRR)**, [2020]. Agravo de instrumento em recurso de revista. Execução fiscal. Falência. Exaurimento da competência da Justiça do Trabalho. Habilitação do crédito no juízo falimentar. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, Julgamento em 27 de maio de 2020. Disponibilizado em 29 de maio de 2020, publicado em 01 de junho de 2020 no DEJT. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Oitava Turma). **Agravo de instrumento em recurso de revista no processo n. 10386-59.2016.5.15.0140 (AIRR)**, [2020]. Agravo de instrumento em recurso de revista. Execução fiscal. Falência. Exaurimento da competência da Justiça do Trabalho. Habilitação do crédito no juízo falimentar. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, Julgamento em 27 de maio de 2020. Disponibilizado em 29 de maio de 2020, publicado em 01 de junho de 2020 no DEJT. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10386&digitoTst=59&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0140&submit=Consultar>. Acesso em: 13 set. 2022.

- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientações Jurisprudenciais Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI I. 376.** Contribuição previdenciária. Acordo homologado em juízo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Incidência sobre o valor homologado. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2010]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm#TEMA376. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 368 do TST.** Descontos previdenciários. Imposto de renda. Competência. Responsabilidade pelo recolhimento. Forma de cálculo. Fato gerador. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2017]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-368. Acesso em: 09 set. 2022.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- COSTA, Maurício Westin. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para execução de contribuições previdenciárias devidas no curso da relação empregatícia reconhecida judicialmente. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 21, n. 1, p. 85-98, 2017.
- GUBERT, Maria Beatriz Vieira da Silva. Primeiras impressões sobre os impactos da Lei nº. 14.112/20 (Lei de recuperação judicial e falências) sobre o crédito trabalhista. **Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Santa Catarina, 21 de jul. 2022. Disponível em: <https://iasc.org.br/2022/07/primeiras-impressoes-sobre-os-impactos-da-lei-n-14-112-20-lei-de-recuperacao-judicial-e-falencias-sobre-o-credito-trabalhista>. Acesso em: 13 set. 2022.
- KERTZMAN, Ivan; SANTANA, Alzemir; DANTAS, Raimundo. **Prática Empresarial Previdenciária.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Breves anotações sobre a competência da justiça do trabalho para a execução de contribuições previdenciárias e seus desdobramentos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 35, p. 137-164, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho.** 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, Érika Santiago. Da incompetência da Justiça do Trabalho para prosseguir com as execuções trabalhistas após a decretação da falência

da sociedade empresária. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 1, n. 1, p. 188-210, 2015. [o?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10386&digitoTst=59&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0140&submit=Consultar](#). Acesso em: 13 set. 2022.

16

ENTRE CRISES MICRO E MACROECONÔMICAS: RECUPERAÇÃO JUDICIAL E PRESERVAÇÃO DA CAPACIDADE PRODUTIVA PÓS-PANDEMIA

*Naiara de Moraes e Silva*³³⁰

RESUMO: Buscando viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitir a manutenção da fonte produtora, dos interesses dos credores, promovendo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a recuperação judicial é instituto jurídico capaz de auxiliar na recuperação da capacidade produtiva e de adimplemento de empresas em dificuldade. Buscou-se discutir os elementos dos cenários microeconômico e macroeconômico que interferem na sobrevivência das companhias, visando uma abordagem interdisciplinar da realidade fática, considerando o contexto da pandemia de Covid-19, considerando caminhos propositivos capazes de manter a capacidade produtiva após as satisfações obrigacionais, respeitando-se a função social das empresas.

Palavras-chave: recuperação judicial; recuperação econômica; produtividade; crise econômica; pandemia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De janeiro a dezembro de 2021 os pedidos de recuperação judicial somaram 891 requerimentos, sendo deferidos 723 destes e concedidas 671 (SERASA, 2022). Embora indiretamente relacionada com a saúde financeira empresarial e com as práticas gerenciais, a recuperação judicial mais do que um instituto jurídico configura-se num sintoma do cenário socioeconômico do setor produtivo e da capacidade de geração de riqueza à luz das relações de forças micro e macroeconômicas enfrentados pelos empresários

Os dados mais recentes apontam que menos de 40% das empresas constituídas sobrevivem aos primeiros cinco anos (IBGE, 2021, p.35), considerando dados ainda anteriores à pandemia de 2019. Podem-se citar diversos fatores que influenciam na sobrevivência das empresas,

³³⁰ Advogada, Mestre e Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí, Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca – Espanha.

com destaque para três em especial: práticas gerenciais, relacionadas à utilização de ferramentas no processo de gestão que auxiliam na tomada de decisão; capital humano, considerando a expertise do empreendedor e a formação educacional; e capital social, considerando as relações existentes com familiares e outras organizações (MIZUMOTO et. al., 2010, p.343).

Ora, as restrições propriamente devidas à condição da recuperação judicial impactam diretamente nos fatores gerenciais e sociais, considerando as ressalvas à alienação de bens e os reflexos da situação nas relações e conexões com credores e demais parceiros negociais. A recuperação judicial apresenta-se visando facilitar as negociações dos agentes do mercado, de modo a evitar manipulações de decisões tomadas pelo mesmo mercado, inibir condutas oportunistas e corroborar na redução de assimetrias negociais (SREDOJA, 2020, p. 73).

Não obstante, as influências do cenário externo impactam indubitavelmente o equilíbrio empresarial, com destaque às consequências da pandemia de 2019 decorrentes das medidas tomadas para a prevenção da transmissão da doença, como o distanciamento social, resultando no fechamento do comércio e serviços (lockdown) e conseguinte retração econômica ocasionada pela redução das atividades produtivas e do trânsito de produtos e insumos (CAMPOS, 2021).

Tomando-se como ponto de partida a relevância das situações fáticas para correta apreensão dos institutos jurídicos, o binômio jurídico-gerencial se formula frente aos desafios da recuperação judicial, uma vez que a saída do período de declínio operacional-financeiro passa tanto por uma administração eficaz por parte dos envolvidos no processo de reorganização gerencial quanto por um sistema judicial-financeiro que apresente soluções tempestivas e capazes de garantir respostas seguras no universo obrigacional durante o momento de instabilidade (SALDANHA, 2021, p. 73).

Considerando transcender as acepções comuns da discussão jurídica, buscou-se discutir a recuperação judicial configurada como consequência das repercussões fáticas dos sujeitos empresariais, levando-se em conta a análise holística dos elementos jurídicos e econômicos inerentes à sobrevivência das empresas, no âmbito do contexto hodierno das repercussões de crise, como a gerada pela pandemia de COVID-19. Desenvolvendo a discussão numa proposta de estudo interdisciplinar, partiu-se do arcabouço metodológico da Análise Econômica do Direito e da abordagem dedutiva e de interpretação sistemática, considerando a necessidade de compreensão da transversalidade conceitual derivada das temáticas relacionadas à economia dinâmica das empresas e o instituto jurídico em tela.

2 CAPACIDADE PRODUTIVA E AMPARO JURÍDICO À SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL

A inter-relação entre forças econômicas internas e externas à célula unipessoal produtiva, convencionalmente denominada *empresa*, e sua consequente capacidade de sobrevivência a crises é uma realidade fática histórica, independente do sistema econômico vigente. Eficiência na produção, ou *produtividade*, a expressão quantitativa pela qual os insumos são transformados em produtos e serviços, não se constitui apenas em uma questão técnica que compete aos economistas tratar, mas afeta o padrão de vida da sociedade como um todo e tem impacto direto na subsistência ou sobrevivência das empresas ao longo da história (SOWELL, 2018, p.17)

A literatura gerencial aponta que dentre as principais razões que geram a mortalidade das organizações foram identificados fatores como a falta de experiência dos empresários no ramo de atuação, o pouco tempo dedicado ao estudo de viabilidade do negócio, ausência de planejamento antes da abertura, dedicação parcial ao negócio, falta de apoio externo na concepção e administração do negócio, estrutura disponível inadequada e impostos/ encargos elevados (TEIXEIRA, 2012), com ênfase às questões ligadas à precariedade do planejamento prévio, da gestão empresarial e do empirismo do comportamento do empreendedor (SEBRAE, 2013)

Os percussores do Direito Falimentar e as evoluções acerca de suas concepções sofreram mudanças significativas de paradigmas, a ponto de alterar e adequar à nova realidade fática, econômica, política e social o verdadeiro interesse a ser tutelado por este ramo jurídico. Como se sabe, no direito romano, antes mesmo da ascensão do conhecido Direito Comercial, a temática da insolvência e a resolução dos conflitos de dívidas financeiras era encarada sob a perspectiva da necessidade de punição do devedor. A garantia do credor era, assim, a pessoa do devedor (CRUZ, 2020).

É somente com o surgimento da conhecida *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., que o sistema de execução judicial da época desaponta para a mudança de concepções acerca da matéria, a expressa proibição da morte ou da venda para escravização, em razão de dívidas, alertava que o cerne daquelas discussões, apesar de ainda ser repressivo, não mais estabelecia a vida do endividado como garantia, tão somente assim afetava o seu patrimônio. Os tempos mudaram, e consigo a consolidação do direito comercial que já repensava as perspectivas da falência; a evolução da teoria dos atos de comércio para teoria da empresa também se estabelecera; mas mesmo diante de todas as alterações, mantinha-se uma característica marcante do direito falimentar desde os seus primórdios: o caráter repressivo e punitivo para com o devedor.

Desta forma o endividamento deve ser compreendido como fenômeno intrínseco à própria vivência econômica, cabendo destaque

à sua circunstância histórica, de forma a manter o nível de consumo e impulsionar a economia em período de desaceleração, desde que o devedor possua crédito ou patrimônio para a adimplir as obrigações derivadas de dívidas vencidas. A contaminação das contas internas reflete-se numa incapacidade de adimplência que se prolonga no tempo, ultrapassa a insolvência momentânea, cristalizando situação de incapacidade absoluta de adimplemento, de modo que o estado falimentar usualmente é precedido de considerável grau de endividamento por um período de um a dois anos (LAGES, 2017, p. 19).

Somente no século passado, em meio as grandes guerras e a expansão do movimento da globalização entre as nações, que as mudanças socioeconômicas e políticas permitiram que os estudiosos e entusiastas da temática percebessem a revolução de paradigmas a ser vivenciada; a econômica àquela circunstância estava totalmente sistematizada e interdependente do triângulo indústria, comércio e prestação de serviços, repensar a atividade econômica organizada e seus interesses era pauta urgente e indispensável.

Foi nesse contexto que o desenvolvimento econômico tomou forma e se consolidou com a globalização a ponto de alterar o enfoque do direito falimentar: a prioridade agora era a manutenção do sistema economicamente estável, de um Estado de economia saudável, da função social da empresa e, sobretudo, da preservação da capacidade produtiva de seus operadores.

É em defesa desse ideal maior que a legislação contemporânea, para além de se preocupar com a expulsão do insolvente do mercado, busca fomentar os instrumentos necessários à sua recuperação, reservando a falência apenas para os devedores de fato irrecuperáveis.

No Brasil, a realidade precursora pouco difere da observada a nível mundial, sob severas influências da legislação lusitana até pouco depois da proclamação da independência, é somente com o famigerado Código Comercial brasileiro, de 1850, que o direito falimentar foi regulamentado nacionalmente. Adveio, décadas mais tarde, a legislação que perduraria pelos 60 anos seguintes, o Decreto-lei n. 7.661/45, que antecedeu a atual Lei n. 11.101/2005, batizada de Recuperação de Empresas, em um momento em que já não mais se mostrava compatível ao mercado, a sua moderna compreensão do crédito, à dinâmica entre Estado e economia privada e, para além disso, às multifaces da atividade econômica organizada.

O referido documento além de substituir a superada figura da ‘concordata’, consolidava o instituto da recuperação judicial, influenciada, sobretudo, sob a clara prioridade e abrangência do princípio da preservação da empresa, o qual, segundo alguns autores, tem origem remota na própria Constituição Federal, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa como princípios jurídicos fundamentais.

3 REPERCUSSÕES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA PRODUTIVIDADE DAS EMPRESAS

A Lei 11.101/05 foi alterada recentemente pela Lei n. 14.112/20 que se propôs a “atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária” (BRASIL, 2020), apesar das mudanças, alguns pontos importantes permaneceram intactos. O art. 47 expressa claramente o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, e, com isso, sintetiza em poucas linhas os interesses da linha de frente, isto é, a fonte produtora, a efetiva função social da atividade econômica organizada e a preservação de um sistema econômico saudável.

É importante relembrar quem são os protagonistas desse instituto, os quais, de imediato, beneficiam-se da regulamentação. Pode-se dizer que um dos objetivos específicos da recuperação judicial é a percepção daquelas situações de crise que ainda possuem uma solução factível, isto é, separá-las dos casos de falência inevitável é, se não o primeiro, um dos pontapés iniciais para o processamento do instituto. Portanto, não se vê, como muitos podem pensar, uma tentativa desenfreada de revitalizar empresas arruinadas, como se essa fosse uma garantia alternativa a toda má gestão descuidada com o futuro financeiro de um determinado empreendimento.

Quanto a isso cabe destaque à discussão de uma certa tempestividade no pedido da recuperação judicial que envolve elementos mais fáticos de ordem gerencial e contábil que de natureza jurídica, uma vez residindo o risco de pedidos prematuros, sem real existência de crise do reclamante que almeja apenas um fôlego financeiro temporário; ou de pedidos extemporâneos, quando já instalada situação falimentar não havendo mais possibilidade de soerguimento da recuperanda (SALDANHA, 2021, p. 73).

Destaca-se, ainda, que grande parte dos planos de recuperação judicial são aprovados sem análise crítica por parte dos credores, prejudicando, sobremaneira, o funcionamento monetário para as demais empresas, emergindo a necessidade da criação de metodologias que possam identificar parâmetros da crise interna, a fim de otimizar os recursos alocados na resolução das demandas recuperacionais.

A delimitação dos sujeitos da recuperação judicial é tamanha que o próprio art. 2.º da Lei prevê a exclusão de empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

O art. 48, ao tratar dos requisitos materiais necessários à legitimidade do requerimento, traz um pouco à tona essas exigências, in verbis:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei (BRASIL, 2005)

A partir da letra da lei infere-se, claramente, a importância dada ao registro legal do empresário e da sociedade empresária não apenas por uma questão burocrática, mas também de mercado; fica implícito que as atuações irregulares não têm direito ao instituto. Nesse ponto, vem à tona a condição do empresário rural que, como se sabe, não possui obrigatoriedade de registro na Junta Comercial, isto é, aos produtores rurais o registro legal não é ato constitutivo ou caracterizador do empresário.

A pauta que há tempos vinha sendo discutida pela doutrina e jurisprudência, ainda que discordantes, foi sentenciada pela alteração da nova Lei n. 14.112/20 que, expressamente, estabeleceu os meios de comprovação das exigências necessária ao pedido da pessoa física ou jurídica que seja produtora rural pleiteando sua recuperação:

Art. 48 [...]

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

§ 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física

(DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente (BRASIL, 2020)

Ainda tecendo comentários acerca dos elementos formais do instituto, o art. 51 traz as instruções da exordial com pedido de recuperação e deixa nítido a que o instituto se propõe, especialmente frente as críticas que faz a doutrina sobre a realidade prática da letra do inciso primeiro. Diferente do instituto da concordata, aduzido na Lei n. 7.661/45, que concedia poder ao magistrado de conceder ou não o deferimento do instituto independente da vontade dos credores, a recuperação judicial retirou tal poder do juiz, transferindo-o para os credores, tornando o magistrado um ponto de segurança entre o devedor e os credores, na barganha da aprovação ou não do plano de recuperação judicial, ao passo que fica a cargo do juiz apenas acompanhar a legalidade dos procedimentos (CABRAL, 2021, p. 12)

Apesar das exigências pela descrição detalhada das reais causas da crise que se encontra o requerente –objetivando, por óbvio, a análise da relevância da situação enfrentada– o que se observa com frequência no mundo fático é uma explanação sucinta, beirando à superficialidade de culpar o “alvo mais fácil” pela crise: a dramática situação econômica que atravessa o País. Em vez de demonstrar a verdadeira especificidade de suas causas, de forma a comprovar que a crise é resultado de um processo inesperado, alheio à previsão da gestão e não um fim invencível. Revela-se, outrossim, um primeiro ponto de inflexão da recuperação judicial.

Ao determinar a instrução da petição com a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira o dispositivo, além dos demais requisitos previstos nos incisos seguintes, concentra a demanda necessária de compreensão das forças econômicas internas e externas, micro e macroeconômicas que erodiram a capacidade produtiva e de adimplemento do requerente. Suscita-se, ademais, a capacidade cognoscível do Judiciário, e em principal instância dos credores, de apreender tais realidades, frente às dificuldades estruturais que atravessa.

A apresentação da causa de pedir detalhada e dos documentos corroborativos, tem função dupla na recuperação judicial, primeiramente para preencher os requisitos legais, guiando o magistrado ao deferimento do processo de recuperação, e posteriormente para demonstrar aos credores que por pior que seja o atual estado econômico do devedor, este ainda se encontra viável e com possibilidade de se reerguer, levando em consideração os meios serem utilizados e as documentações apresentadas (CABRAL, 2021, p. 12).

Destarte, é preciso recordar sempre os pilares principiológicos que embasaram a lei em questão; não à toa a sua alteração promovida pela recente Lei n. 14.112/20 retrata sempre que possível a necessidade de

respeitá-los. Como se vê na nova redação dada ao inciso II do art. 52, quanto à dispensa de apresentação de certidões negativas, que não mais prevê uma limitação quando se tratar do Poder Público, deixando claro o objetivo de preservar amplamente a capacidade produtiva da empresa, isso porque nos casos em que o devedor possuía a maior parcela de sua receita decorrente de contratação com a Administração Pública, suas atividades ficariam seriamente prejudicadas.

Outra alteração que se destaca para deixar mais elucidativo e técnico os fundamentos perseguidos é também uma das mais relevantes mudanças da nova lei, isto é, a possibilidade de os credores, notadas as circunstâncias, apresentarem um plano alternativo de recuperação judicial da devedora, fazendo valer seus interesses. Configura-se, então, um segundo ponto de inflexão do instituto jurídico da recuperação judicial.

Inicialmente apresentado pelo devedor, o plano de recuperação judicial pode ser contestado ou mesmo substituído pelo conjunto de credores. Há que se considerar que as condições macroeconômicas atingem todos os indivíduos da sociedade, embora não equitativamente, mas todos estão sujeitos às influências das situações de crise. As dinâmicas microeconômicas não são tão democráticas, quanto mais as debilidades gerenciais internas que em muito contribuem para o desequilíbrio financeiro que acarreta o inadimplemento.

Enquanto que o procedimento falimentar objetiva proteger o crédito e evitar que a crise da empresa em dificuldade atinja seus credores, o procedimento da recuperação judicial visa o soerguimento financeiro a partir da discussão dos compromissos obrigacionais. Há que se considerar, entretanto, que os motivos geradores das dificuldades não são, necessariamente, avençados na recuperação judicial. Esta, reitera-se, trata-se de apenas sintoma, juntamente com a incapacidade de adimplemento, provocados por um rol de dificuldades gerenciais, operacionais e sociais que afetam a sobrevivência das empresas.

A realidade de fato vivenciada por todos os atores do processo de falência e recuperação judicial, sejam eles credores ou devedores, leva ao raciocínio de que é imperioso adotar mecanismos de harmonização dos elementos da empresa em crise, com o fim de otimizar a satisfação dos interesses de todos os envolvidos e servir como um instrumento eficaz de estímulo à atividade econômica (LANA, 2019, p. 206).

O modelo punitivo deu lugar a uma espécie de conciliação judicial, embora o Estado Constitucional de Direito, preconizador da função social da atividade econômica, careça avançar na compreensão legislativa de dispositivos que efetivamente sejam capazes de adimplir os credores sem reduzir a possibilidade de recuperação produtiva do recuperando. Retomando os dados inicialmente apresentados, a ponderação entre quantitativo anual de pedidos de recuperação judicial e a taxa de sobrevivência das empresas

aponta para uma mortalidade silenciosa e não amparada por qualquer instituto jurídico em contato com tal realidade econômica.

Dentre as críticas ao instituto jurídico em análise destaca-se a provável insuficiência da recuperação judicial para atender a um número adequado de empresários, para a manutenção da ordem econômica, haja vista seu deferimento dificultoso e suas diretrizes de pouca liberdade ao empresário para agir em vias de recuperar a empresa. Vale ressaltar que, antes mesmo da pandemia, a recuperação judicial já era amplamente criticada por juristas e empresários, alegando sua baixa eficiência e alertando sobre a necessidade de alterações (CAMPOS 2021, p. 21).

Quando se abordam fenômenos com repercussão econômica as consequências são mais importantes que as intenções, e não apenas consequências imediatas, mas também as repercussões em longo prazo, de modo que boas intenções não bastam, uma vez que, sem a compreensão de como a economia funciona, ser apenas bem-intencionado pode levar a resultados contraproducentes, se não desastrosos (SOWELL, 2018, p. 17).

A considerar a pandemia de 2019, a crise econômica derivada da instabilidade e retração gerou impacto negativo de cinco pontos percentuais no PIB brasileiro no ano de 2020, provocando abalo sistêmico na economia global e, de maneira direta e indireta, promoverá incremento previsto de aproximadamente duas mil e quinhentas novas ações de recuperação judicial (SALDANHA, 2021, p. 76).

4 CAMINHOS POSSÍVEIS À RETOMADA DA PRODUTIVIDADE NAS HIPÓTESES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Poder Judiciário se encontra em uma situação complexa, diante do volume de demandas existentes (e a crescente evolução da quantidade de processos judiciais em decorrência da crise originada pela Covid-19), dos seus baixos índices de produtividade e, ainda, do custo orçamentário de manutenção da estrutura judiciária. O sistema ao redor da recuperação judicial encontra-se pouco eficiente e pouco consegue auxiliar as empresas no processo de soerguimento, ao tempo em que o mercado já procurou realizar a análise de métricas contábil-financeiras para prever a possível derrocada dos negócios, porém, com as limitações existentes no processo manual de análise. Considerando as inovações tecnológicas e o notório aumento da capacidade de processamento de dados, tornou-se possível o emprego do conceito do aprendizado de máquina para atingimento dos resultados preditivos (SALDANHA, 2021, p. 85).

De tal modo, decisões que antes eram tomadas por seres humanos estão cada vez mais sendo executadas automaticamente, os sistemas de tecnologia da informação, podendo ser utilizados para apoiar atividades jurídicas tradicionais e para complementar atividades individuais, bem como para a

substituição parcial ou total de regras legais e para a aplicação e execução de regras, como no caso da contribuição à análise das variáveis relacionadas à recuperação judicial (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 167).

O aperfeiçoamento do procedimento de recuperação judicial considerando as variáveis gerenciais internas, os percalços provocados pelas crises econômicas e a realidade financeiro-contábil das empresas por meio da inteligência artificial e do *Legal Technology* pode simplificar e agilizar o transcurso da recuperação e preservar a capacidade produtiva frente os desafios empresariais.

Ademais, é evidente a adoção de iniciativas ativas por parte do Estado de forma a melhorar a taxa de sobrevivência das empresas por meio de políticas públicas estruturadas e efetivas que atinjam diretamente o âmago das dificuldades empresariais desde a fase do endividamento prévio e a corrosão da capacidade de adimplemento, até as situações factuais que ensejam a recuperação. O instituto jurídico da recuperação judicial pode ser amparado por outras iniciativas suporte visando a adoção de boas práticas gerenciais, no âmbito de estruturas de suporte produtivo, além do Sistema S, respeitando a liberdade empresarial, de mercado e de decisão.

A demanda de conhecimento jurídico-gerencial especializado, apesar de constituir diferencial competitivo, em alguma medida deve compor programas mais amplos e cuja capilaridade seja capaz de reduzir os impactos negativos da postura estatal silente frente as dificuldades enfrentadas pelo empresário. Há que se considerar que a complexidade das obrigações tributárias, principais e acessórias, a burocracia do poder de polícia, a instabilidade político-institucional do Estado brasileiro e as inferências sazonais nas políticas de crédito, de juros e na política monetária criam uma conjuntura desfavorável que deve ser encarada como responsabilidade socioestatal. Políticas de crédito, de compras preferenciais, de instrução e educação empreendedora e gerencial, de educação fiscal e tributária, são todos caminhos possíveis e contributivos capazes de corroborar com a recuperação da capacidade produtiva das companhias em dificuldade de adimplemento que venham, ou possam vir a requerer a recuperação judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retornando à história do direito falimentar e seus anseios por mudanças de paradigmas, perceberemos que a pretensão da época tornou-se concreta, notadamente com a última novidade legislativa. Embora haja muitas discussões no sentido de reduzir em importância o mecanismo jurídico ou ainda para apontá-lo como negativo ao mercado, destaca-se, categoricamente, que a recuperação judicial é uma matéria de imensurável relevância jurídica e econômica, sempre que em cumprimento dos princípios

que a norteia, necessária à efetiva retomada, à colaboração com a sociedade, das empresas as quais fazem jus.

Entretanto, há que se levar em conta que a recuperação judicial, e mesmo todos os dispositivos de resolução falimentar, buscam majoritariamente encontrar soluções efetivas capazes de reduzir o dano econômico, em especial da rede de credores, das companhias em situação financeira sensível. De tal modo que tais demandas se resolvem, em principal instância, no Poder Judiciário que se depara num crise estrutural e de produtividade tal, não apenas por sua própria condição, mas pela imputação de “resolvedor geral” das mazelas da sociedade brasileira.

À luz das complexas interações econômicas dos elementos de sucesso e sobrevivência das empresas, sem que se desmereça o instituto jurídico da recuperação judicial, sobremaneira das inovações recentes, trazer à tona a contextualização dos desafios do cenário macroeconômico e suas implicações e interações com as crises individuais das empresas é mister a se ponderar caminhos realmente eficazes para a discussão de sociedades empresariais mais produtivas, eficientes e amparadas pelo aparato socioestatal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Brasília.
- BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera As Leis N Os 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de Julho de 2002, e 8.929, de 22 de Agosto de 1994, **Para Atualizar A Legislação Referente À Recuperação Judicial, À Recuperação Extrajudicial e À Falência do Empresário e da Sociedade Empresária.** Brasília.
- CABRAL, VICTOR JOAQUIM DA SILVA. **A recuperação judicial como ferramenta de preservação de empresas em crise a importância da análise de viabilidade para aprovação do plano de recuperação 2021.** Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2747/2/Victor%20Joaquim%20Cabral%20-%20Artigo%20Cient%C3%Adfico.pdf>.
- CAMPOS, Lucas Sena De Almeida. **Recuperação judicial em meio a pandemia da COVID-19.** Orientador: Fernando de Magalhães Furlan. 2021. 24f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2021. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/handle/123456789/1080>.

- CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 10. Ed. São Paulo: Forense, 2020.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: desafios para o Direito**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- IBGE, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das Empresas e Estatísticas de Empreendedorismo**: 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.
- LANA, Henrique Avelino. Interação entre direito, economia, recuperação de empresas e falência: análise econômica do direito e a lei 11.101/05. **Revista de Defesa da Concorrência**, CADE. v. 7 n. 1, junho, 2019.
- MIZUMOTO, Fábio Matuoka, et. al. **A sobrevivência de empresas nascentes no estado de São Paulo**: Um estudo sobre capital humano, capital social e práticas gerenciais. *Revista de Administração da USP*, 45(4), 343-355. [http://dx.doi.org/10.1016/S0080-2107\(16\)30466-6](http://dx.doi.org/10.1016/S0080-2107(16)30466-6). São Paulo: USP, 2010.
- SALDANHA, Vitor Maimone. **Por uma (tentativa de) proposta de identificação do momento ideal do pedido de recuperação judicial: como a inteligência artificial pode(rá) maximizar o princípio da preservação da empresa**. In: SACRAMONTE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcel Guedes (coord). *Direito Societário e Recuperação de Empresas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.
- SEBRAE. **Causa Mortis: O sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida**. São Paulo, 2013. Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/A_RQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/333000e30d218194165cd787496e57f9/\\$File/5712.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/A_RQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/333000e30d218194165cd787496e57f9/$File/5712.pdf).
- SERASA, **Indicadores econômicos**. São Paulo: 2022. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>.
- SREDOJA, Patricia. **Análise econômica do direito na recuperação judicial**. 2020. 94 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3383>.
- TEIXEIRA, G. C. **Referenciais de consultoria SEBRAE**. Brasília: SEBRAE, 2012.

Em cada capítulo deste livro, o leitor poderá adensar seus estudos acerca das perspectivas cível, penal, trabalhista, previdenciária e penal que se descortinam a partir das significativas modificações havidas na lei de regência da recuperação judicial, sob os auspícios de uma abordagem crítica que cuida igualmente de questionar a legitimação da nova ordem legal sob a abóbada dos preceitos convencionais e constitucionais que exigem a sintonia de qualquer inovação jurídica com os desígnios da sustentabilidade e do respeito aos direitos humanos e fundamentais.

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

A reunião de autores, de trajetórias profissionais e acadêmicas de elevado destaque e de temas atuais e desafiadores, resultou na elaboração de um trabalho que dignifica a literatura jurídica especializada, ao tempo de propiciar aos seus leitores oportunidade de conhecimento e aprofundamento das questões abordadas com tamanha propriedade.

MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais



ISBN 978-85-66960-67-9



9 788566 960679