NATÁLIA C. CHAVES
MARCELO A. FÉRES
EDUARDO G. PIMENTA
(ORGS)

15 ANOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS

ESTUDOS JURÍDICOS

DE ACORDO COM A LEI N. 14.112/2020

EXPERT
EDITORA DIGITAL

NATÁLIA C. CHAVES
MARCELO A. FÉRES
EDUARDO G. PIMENTA
(ORGS)

Trata-se de coletânea de textos ricos, claros e objetivos sobre temas atuais – para não dizer atualíssimos –, com raízes na Lei n. 11.101/2005 e nas inovações trazidas pela Lei n. 14.112/2020. A sequência deles é inspirada pela distribuição da temática no bojo da legislação.

Entre os autores, alinham-se professores dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; mestres, doutores, mestrandos e doutorandos desses Programas; e profissionais do Direito, todos com amplos e notórios conhecimentos nas respectivas contribuições para este livro.

Quanto ao meio de publicação, optou-se por este livro em formato digital e de acesso aberto (gratuito), com o objetivo de ampla disseminação de informação técnica de qualidade no atual contexto de inacessibilidade dos edifícios de bibliotecas. Aliás, a tendência dessa sorte de livros tornou-se uma verdadeira necessidade nos dias correntes.

O livro, portanto, é endereçado a acadêmicos e profissionais do Direito, sobremodo àqueles que lidam com a crise econômico-financeira dos empresários e das sociedades empresárias nesses tempos tão difíceis e de tantos e variados desafios e novidades.

Por fim, espera-se que as próximas páginas comuniquem seus conteúdos aos leitores e ajudem, de alguma forma, no estudo e na melhor compreensão do direito concursal brasileiro.

Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG.
Procurador Federal.

ISBN 9786599377983

EXPERT
EDITORA DIGITAL

creative commons

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

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 nº 14.112/2020. Belo Horizonte, 2021: Editora Expert.
Organizadores: Natália C. Chaves, Marcelo Andrade Féres, Eduardo Goulart Pimenta.
ISBN: 978-65-993779-8-3
Páginas: 441
1. Direito; 2. Empresas; 3. Economia; 4. Sociedade; 5. Administração; I. Título.
CDD:342.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

15 ANOS

DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS

ESTUDOS JURÍDICOS

DE ACORDO COM A LEI N. 14.112/2020

(Organizadores)
Natália C. Chaves, Marcelo A. Féres e Eduardo G. Pimenta

(Autores)
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Bruno Rodrigues Tavares, Camila Campos Baumgratz Delgado, Daniel Silva Queiroga, Eduardo Goulart Pimenta, Eduardo de Carvalho Lima, Fernanda Bernardes Monteiro de Castro, Guilherme Vinseiro Martins, Henry Colombi, Henrique Avelino Lana, Henrique Cunha Barbosa, José Marcos Rodrigues Vieira, Marcos Luiz dos Mares Guia Neto, Maria Celeste Morais Guimarães, Natália Cristina Chaves, Nilson Reis Júnior, Otávio De Paoli Balbino, Pedro Figueredo de Souza Junior, Rodrigo Almeida Magalhães, Thalita Almeida e Walter Coelho de Morais

Prefácio

No início de 2020, o presente livro foi concebido numa despretensiosa conversa na sala dos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Estávamos os Professores Natália Cristina Chaves, Eduardo Goulart Pimenta e eu conversando sobre os desafios do direito concursal e nos demos conta da então proximidade do aniversário de 15 anos da Lei n. 11.101/2005, o qual merecia uma homenagem, ainda que singela, na forma da publicação de um livro, reunindo autores com domínio sobre temas de vanguarda na matéria.

Àquela ocasião, ninguém imaginava que haveria a triste pandemia da Covid-19 e seus nefastos efeitos sobre as economias do Brasil e do mundo. Sem dúvida, em contexto de crise econômico-financeira do empresariado, o direito concursal ganha contornos de tábua de salvação e, assim, ao longo de 2020, houve o surgimento de diversos projetos de modificação da Lei n. 11.101/2005, bem como, ao lado de outros pré-existentes, tramitaram de forma acelerada, culminando com a publicação da Lei n. 14.112/2020, que *"*[a]*ltera 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."*

Esta obra coletiva, que estava em gestação, demandou prazo algo maior para vir a público, justamente para se adequar aos conteúdos modificados e acrescentados na Lei de Recuperação e Falência de Empresas.

Trata-se de coletânea de textos ricos, claros e objetivos sobre temas atuais – para não dizer atualíssimos –, com raízes na Lei n. 11.101/2005 e nas inovações trazidas pela Lei n. 14.112/2020. A sequência deles é inspirada pela distribuição da temática no bojo da legislação.

Entre os autores, alinham-se professores dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; mestres, doutores, mestrandos e doutorandos desses Programas; e profissionais do Direito, todos com amplos e notórios conhecimentos nas respectivas contribuições para este livro.

A propósito, cabem imensos agradecimentos a todos eles, que, em meio à pandemia e seus consequentes transtornos, esforçaram-se, com disciplina e proficiência, para a concretização deste projeto; ainda, aos Professores

Natália Cristina Chaves e Eduardo Goulart Pimenta, pela parceria de sempre e, em especial, nesta empreitada.

Quanto ao meio de publicação, optou-se por este livro em formato digital e de acesso aberto (gratuito), com o objetivo de ampla disseminação de informação técnica de qualidade no atual contexto de inacessibilidade dos edifícios de bibliotecas. Aliás, a tendência dessa sorte de livros tornou-se uma verdadeira necessidade nos dias correntes.

Registram-se, também, agradecimentos e congratulações à jovem *Expert Editora Digital*, das Minas Gerais, na pessoa da Dra. Luciana de Castro Bastos, que encampou o projeto e lhe deu à luz, com tanto esmero e dedicação.

O livro, portanto, é endereçado a acadêmicos e profissionais do Direito, sobremodo àqueles que lidam com a crise econômico-financeira dos empresários e das sociedades empresárias nesses tempos tão difíceis e de tantos e variados desafios e novidades.

Por fim, espera-se que as próximas páginas comuniquem seus conteúdos aos leitores e ajudem, de alguma forma, no estudo e na melhor compreensão do direito concursal brasileiro.

Belo Horizonte, março de 2020.

Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG.
Procurador Federal.

Sumário

CAPÍTULO 1

Marcos Luiz dos Mares Guia Neto

Capitalismo de *stakeholders:* Novas perspectivas para o direito concursal?

1.Introdução 18
2.Função social e a empresa em crise..... 22
3.A LREF e os interesses de *stakeholders* não credores..... 25
4.Reflexão crítico-estruturalista a partir do capitalismo de *stakeholders* 33
5.Possíveis contribuições das empresas sociais para o direito concursal 38
6.Considerações finais 41
7.Referências 43

CAPÍTULO 2

Camila Campos Baumgratz Delgado

A consolidação do reconhecimento da compatibilidade da mediação e conciliação com o procedimento de recuperação judicial e seus benefícios – contexto refletido na lei 14.112/2020

1.Introdução 46
2.A evolução legislativa e a valorização da mediação e conciliação como meios de solução de conflitos 48
3.Previsões legislativas da Recuperação Judicial, da mediação e conciliação 52
3.1.Características e princípios básicos da mediação e conciliação 54
3.2.Desafios e benefícios da mediação e conciliação aplicadas aos processos de Recuperação Judicial..... 56

4.Análise prática da utilização da mediação e conciliação na Recuperação Judicial - o tratamento da jurisprudência recente sobre o tema 59
5.A evolução normativa e legislativa que culminou na Lei 14.112/2020 com a previsão expressa da mediação e conciliação no contexto da Lei 11.101/2005 67
5.1.As Regulamentações que antecederam a Lei 14.112/2020 e que já reforçavam a possibilidade (e benefícios) da utilização da mediação e conciliação na Recuperação Judicial 67
5.2.Outros normativos editados antes da Lei 14.112/2020 que visaram a oferecer solução de conflitos empresariais agravados com a pandemia do Covid-19..... 71
5.3.As Regulamentações da Lei 14.112/2020 – coroação do contexto evolutivo da análise da aplicabilidade da mediação e conciliação aos processos de recuperação judicial 73
6.Conclusão..... 74
7.Bibliografia..... 75

CAPÍTULO 3

Nilson Reis Júnior

A preciosa contribuição da medição à recuperação judicial

1.Introdução 79
2.A regulamentação da mediação, como paradigma para a mudança de comportamento..... 81
3.A mediação e a sua importância na recuperação judicial .. 86
3.1.A mediação na insolvência empresarial antes da Lei nº 14.112/20. 87
3.2.A sistemática da mediação introduzida pela Lei nº 14.112/20. 89
4.Considerações finais 91
5.Referências 92

CAPÍTULO 4

Henrique Cunha Barbosa

Breves notas sobre recuperação judicial e direito societário: a casuística entre a antinomia e a interseção

1.Introdução 94
2.A arquitetura jurídica da lfr e o direito societário frente ao dogma da preservação da empresa 95
3.As lições e "SOLUÇÕES" casuísticas: as tensões entre a recuperação judicial e o direito societário nos casos "DASLU", "TCI", "RENUKA" e "OI"..... 103
4.Considerações finais 120
5.Referências 122

CAPÍTULO 5

Eduardo Goulart Pimenta
Henrique Avelino Lana

15 anos da lei de recuperação de empresas e falência: análise econômica sobre a necessidade de inclusão dos créditos não concursais, do relatório circunstanciado imparcial e em prol de uma validação econômica do plano

1.Introdução 123
2.Interesses de terceiros que gravitam sobre o exercício da empresa em crise: a função social 124
3.Alguns dados não exitosos: imperiosa reflexão construtiva sobre os objetivos eventualmente alcançados 135
4.Os créditos não concursais, relatório circunstanciado imparcial e a imperiosidade de validação econômica do plano. 144
5.Conclusão..... 161
6.Referências 163

CAPÍTULO 6

Natália Cristina Chaves
Henry Colombi

Reflexões sobre cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial

1.Introdução 175
2.A natureza contratual do plano de recuperação judicial e a possibilidade de ampla pactuação 177
3.Desmistificando os supostos óbices dos arts. 49, §1º e 50, §1º, da Lei n. 11.101/05 184
4.A previsão de supressão de garantias: correta hermenêutica da novação concursal (art. 59 da Lei n. 11.101/05) 189
5.Síntese conclusiva..... 192
6.Referências 192

CAPÍTULO 7

Eduardo de Carvalho Lima
Otávio De Paoli Balbino

O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da suspensão dos protestos do devedor em recuperação judicial: uma proposta de superação (*overruling*) do paradigma a partir da prevalência da manutenção da atividade empresarial

1.Introdução 194
2.O entendimento jurisprudencial do superior tribunal de justiça acerca da suspensão dos protestos do devedor em recuperação judicial e a aparente incoerência entre a jurisprudência e a sistemática da própria corte superior envolvendo a novação recuperacional 196
3.A publicidade do estado de inadimplência como objetivo do protesto e da inscrição do devedor no cadastro de indimplentes 202

4.A ausência de interesse econômico do credor no protesto de título sujeito à recuperação judicial 207
5.Conclusão: a superação (*overruling*) dos precedentes: a possibilidade de suspensão dos protestos e apontamento em face do devedor com o deferimento do processamento da recuperação judicial 209
6.Referências 212

CAPÍTULO 8

Maria Celeste Morais Guimarães
José Marcos Rodrigues Vieira

Honorários advocatícios sucumbenciais: posição na recuperação judicial. Tema nº 1.051, do stj e irdr nº 60, do TJMG

1.Introdução 214
2.Interpretação do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 215
3.Premissas. Técnica de aplicação de precedentes. Tema nº 1.051, do STJ e IRDR nº 60, do TJMG 216
4.Histórico dos honorários sucumbenciais: Lei nº 4.215/63 e Lei nº 8.064/94..... 218
5.Fonte processual e autonomia dos honorários de sucumbência..... 219
6.Fato gerador do crédito e trânsito em julgado da sentença que o reconheça. Caráter extraconcursal dos honorários de sucumbência..... 220
7.Conclusão..... 221
8.Referências 222

CAPÍTULO 9

Rodrigo Almeida Magalhães
Walter Coelho de Morais

Os Problemas Contábeis da Recuperação Judicial nas Microempresas e nas Empresas de Pequeno Porte

1.Introdução 223
2.A Recuperação Judicial para a ME e para a EPP..... 224
3.Índices Contábeis e de Insolvência no Processo da LRF das ME e EPP 228
4.Em prol do aprimoramento do Direito Recuperacional para as ME e EPP 251
5.Conclusão..... 257
6.Referências 257

CAPÍTULO 10

Fernanda Bernardes Monteiro de Castro

A (in)eficiência do procedimento falimentar: Considerações e Evidências acerca de aspectos que podem levar ao elevado custo dos processos de falência

1.Introdução 259
2.Função e finalidade do procedimento falimentar 262
3.Estudos acerca dos custos da falência..... 270
4.Pesquisa de campo, metodologia e resultados..... 291
5.Propostas de minimização de alguns dos fatores de ineficiência procedimental identificados..... 310
6.Considerações finais 315
7.Referências 316

CAPÍTULO 11

Guilherme Vinseiro Martins

Falência de grupos societários

1.Introdução 319
2.Identificando os grupos societários 321
3.Hipóteses de falência grupal..... 325
4.A extensão dos efeitos da falência e sua essencial distinção da desconsideração da personalidade jurídica 329
4.1.Efeitos da falência 329
4.2.Extensão dos efeitos da falência prevista em lei: evolução legislativaa 331
4.3.A solução encontrada pela jurisprudência: "nova roupagem" para a desconsideração da personalidade jurídica 337
4.4.Posição da doutrina 343
5.Conclusões 349
6.Referências 351

CAPÍTULO 12

Bruno Rodrigues Tavares
Pedro Figueredo de Souza Junior

Recuperação extrajudicial: análise do instituto no sistema de insolvência brasileiro

1.Introdução 356
2.A recuperação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro 357
2.1.A Recuperação Extrajudicial e os seus requisitos legais .. 357
2.2.Espécies de Recuperação Extrajudicial 361
2.3.O Plano de Recuperação Extrajudicial e a aferição do quórum para a sua homologação 365
2.4.A sentença homologatória do Plano de Recuperação

Extrajudicial..... 367
3.Considerações sobre a experiência estrangeira 368
4.A aplicação prática do instituto da recuperação extrajudicial no sistema de insolvência brasileiro 372
5.Conclusão..... 374
6.Referências 376

CAPÍTULO 13

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Thalita Almeida

A exclusão do crédito de honorários advocatícios dos efeitos da recuperação extrajudicial: o dilema do seu reconhecimento e exercício do direito pelos advogados

1.Introdução 378
1.1.Por que o crédito por honorários advocatícios não se submete aos efeitos da recuperação extrajudicial? 381
1.2.A evolução do tratamento dos honorários e a equiparação dessa verba ao crédito trabalhista. 383
2.A origem sucumbencial ou contratual dos honorários e sua relação com a classificação do crédito 391
2.1.Por que o legislador proibiu a inclusão dos créditos trabalhistas na recuperação extrajudicial?..... 397
2.2.A possibilidade *de lege ferenda* de submissão dos créditos trabalhistas aos efeitos da recuperação extrajudicial no Projeto de Lei nº 6.229, de 2005, da Câmara dos Deputados 400
3.Efeitos e prejuízos suportados pelos advogados pela inobservância do §1º do art. 161 da lei nº 11.101/2005..... 403
3.1.Reflexão sobre o uso da proteção conferida aos honorários. A proteção legal conferida aos honorários e sua efetiva utilização ocorreria em detrimento do direito de recebimento do crédito do cliente, credor quirografário? 405
4.Conclusão..... 408
5.Referências 409

CAPÍTULO 14

Daniel Silva Queiroga

A insolvência transnacional e o desafio da aplicação da Lei Modelo UNCITRAL no Brasil

1.Introdução 412
2.Breve evolução da insolvência transnacional no Brasil 414
2.1.Primeira fase: do universalismo ao territorialismo 414
2.2.Segunda fase: em busca de um territorialismo cooperativo.. 418
3.A recente reforma da Lei de Recuperação e Falências 423
3.1.A inspiração: a Lei Modelo UNCITRAL 423
3.2.As regras de insolvência transnacional da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020 426
4.Alguns desafios para aplicação da Lei Modelo UNCITRAL no Brasil 430
5.Considerações finais 433
6.Referências 434

CAPÍTULO 1

Capitalismo de *stakeholders*: Novas perspectivas para o direito concursal?

Marcos Luiz dos Mares Guia Neto
Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

1. Introdução

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (LREF), ao dispor sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário, da empresa individual de responsabilidade limitada empresária e da sociedade empresária, revogando o até então vigente Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, incutiu no direito concursal brasileiro um novo eixo principiológico, alinhado à ordem constitucional de 1988 e orientado em grande medida pelo princípio da função social da empresa.

Em que pesem seus indiscutíveis avanços, sobretudo no que tange à modernização trazida pelo procedimento de recuperação judicial, a Lei, já quinzenária, naturalmente não deu resposta a todos os problemas evidenciados ou surgidos durante o seu tempo de vigência. É possível dizer também que mesmo seus objetivos iniciais, de maximização de ativos, preservação de negócios viáveis, pagamento de credores e, ao fim e ao cabo, de ganho de eficiência econômica, não foram satisfatoriamente atingidos.

O tempo de tramitação, a dificuldade de diálogo entre credores e a empresa devedora e a insegurança jurídica quanto à forma de sujeição de determinados créditos ao procedimento podem ser citados como fatores relevantes. Também por isso, permaneceram em curso constantes discussões relacionadas à sua reforma e atualização.

Nesse sentido, a recentíssima Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, promoveu significativas mudanças na LREF, exemplificativamente, no que diz respeito à insolvência transnacional, ao aprimoramento de mecanismos para proteção do patrimônio do devedor, ao incentivo à mediação, à legitimidade

dos credores para a apresentação do plano de recuperação judicial caso rejeitado o plano apresentado pelo devedor, à possibilidade de a empresa em recuperação judicial buscar financiamento em instituições financeiras para o cumprimento de suas obrigações, dentre outros aspectos.

Conquanto o aprimoramento da lei atualmente em vigor possa ser desejável, é imprescindível que esses debates levem em conta, também, e para além da recente reforma da legislação, as profundas transformações sociais e econômicas ocorridas nessa última década e meia desde a promulgação da LREF, em 2005.

Se, de um lado, a crise financeira de 2008 pôs à evidência a grande vulnerabilidade a que está sujeita a economia mundial, com o desenvolvimento dos mercados financeiros, escorregadios ao controle e à regulação estatal, constituindo importante capítulo da história do sistema capitalista, de outro, os ainda imensuráveis efeitos da recente pandemia da COVID-19, inevitavelmente, acentuarão problemas sociais e imporão novos e mais profundos entraves a países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil.

As profundas transformações ocorridas na última década e meia, ainda acentuadas pelo exponencial desenvolvimento tecnológico e pelo agravamento dos problemas ambientais, vêm provocando questionamentos cada vez mais assentes quanto a práticas capitalistas tradicionais, por vezes deletérias, e quanto ao potencial da atividade empresarial para o desenvolvimento socioeconômico mundial.

Essa perspectiva tem aberto caminho para novas formas empresariais, marcadas pela tentativa de conciliação entre lucro e impacto social positivo. Mesmo mercados financeiros e de investimentos, tradicionalmente centrados na maximização do lucro empresarial, têm se curvado a tendências de responsabilidade social corporativa, passando a adotar métricas para orientar investimentos, a exemplo do critério ESG - *Environmental, Social and Governance*[1] (em português, ASG – Ambiental, Social e Governança). O resultado dessas tendências é o fomento de atividades empresariais desassociadas da estrutura capitalista clássica, permitindo a canalização de capital privado em maior volume para o desenvolvimento socioeconômico e socioambiental[2].

1 Disponível em:<https://valor.globo.com/opiniao/coluna/o-investimento-esg.ghtml>. Acesso em 12 out. 2020.

2Disponívelem:<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,o-que--e-esg-e-por-que-esse-conceito-ganhou-importancia-no-mundo-dos-negocios,70003399787>. Acesso em 12 out. 2020.

Em que pesem os temas afetos a essas tendências, como responsabilidade social corporativa e ética empresarial, já estejam há muito debatidos, sobressai a novidade de que grandes volumes de capital investidor têm migrado para negócios de impacto social e ambiental, propiciando que o sistema capitalista sirva mais efetivamente como motor para o desenvolvimento socioeconômico e ambiental.

Essa tendência mercadológica, que tem recebido a alcunha de capitalismo de *stakeholders* tem sido centro de discussões em importantes fóruns políticos e empresariais, a exemplo do Fórum Econômico Mundial[3] e da organização Business Roundtable[4], que reúne os presidentes executivos de 181 das maiores corporações dos Estados Unidos, refletindo nova agenda mundial no sentido da busca de meios para que empresas atendam de forma mais efetiva e concreta aos interesses coletivos e de terceiros afetados por suas atividades, dentre os quais empregados, consumidores, fornecedores, comunidades e o meio-ambiente, referidos por *stakeholders*.

Destacam-se, nesse contexto, dentre outras iniciativas privadas, o "Movimento B Corp"[5], idealizado pela entidade sem fins lucrativos BLab. Desde 2007, a entidade oferece a empresas em todo o mundo, inclusive no Brasil, serviço de certificação de impacto social positivo. Os selos de "Empresas B", emitidos pela entidade BLab, consideram essencialmente como empresas privadas geram valor por meio de suas atividades para stakeholders não acionistas, como empregados, fornecedores, comunidade local e o meio-ambiente, levando em consideração critérios como governança, eficiência e transparência, engajamento de stakeholders, contribuição política e tributária, investimentos em comunida des, impactos em cadeias produtivas, impactos em ciclos de reciclagem, relação com consumidores, dentre outros[6].

Para além de sua atividade de certificação, a entidade BLab se declara responsável também por impulsionar movimento legislativo que resultou,

3 Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/stakeholder-capitalism--principle-practice-better-business/>. Acesso em 12 out. 2020.

4 Disponível em: <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>. Acesso em 12 out. 2020.

5 Sobre o "Movimento B Corp", ver: RODRIGUES, Juliana. O movimento B Corp: significados, potencialidades e desafios. 2016. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.12.2017.tde-19122016-152403. <Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis//12/12139/tde-19122016-152403/pt-br.php>. Acesso 11 nov. 2020.

6 Disponível em: <https://bcorporation.net/news/b-corp-certification-process-requirements-large-multinational-parent-companies>. Acesso 12 out. 2020.

a partir de 2010, na edição de leis em pelo menos 37 (trinta e sete) estados americanos[7], instituindo novo tipo societário, intitulado *Benefit Corporation*, passando a figurar ao lado das tradicionais Limited Liability Company e C-Corporation, com o mesmo propósito de fomentar a opção por novos tipos empresariais que conciliem, no mesmo patamar de seu interesse social, lucro e impacto social positivo mensurável.

No Brasil, conquanto a Constituição Federal reconheça a função social da empresa como importante elemento de sua base principiológica, o que, inclusive, se reflete na própria Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, persiste o desafio de que os princípios da função social e da preservação da empresa se traduzam em mecanismos jurídicos mais práticos e efetivos, inclusive em compasso com essa nova realidade, de ressignificação do papel da empresa.

O instituto da recuperação de empresas, notadamente, não alcança apenas os seus participantes, mas também aqueles que afetam a atividade empresarial e são por ela afetados –– os *stakeholders*, ou *bystanders,* na definição de FABIO ULHOA COELHO (2012) ––, sendo relevante que se leve em conta, ainda, os seus contornos sistêmicos e transindividuais.

As crises não atingem apenas a empresa, mas a sociedade como um todo, razão pela qual novas visões que surjam sobre os negócios e suas consequentes transformações no direito empresarial devem ser pensadas também sob a perspectiva do direito concursal. Essas novas visões sugerem a necessária revisitação crítica das estruturas normativas dominantes existentes no direito empresarial, para que os gargalos do direito concursal sejam solucionados de forma criativa e com menor litigiosidade.

É tendo em vista esse contexto que este breve estudo propõe reflexão sobre os efeitos que esse fenômeno do capitalismo de *stakeholders* e seus desdobramentos jurídicos podem ter no direito de recuperação de empresas.

O artigo divide-se em quatro partes. No tópico seguinte a esta primeira parte, tratar-se-á do princípio constitucional da função social da empresa e a sua relevância para o direito recuperacional (Parte 2). O tópico conseguinte tratará das tensões inerentes à consideração dos interesses de *stakeholders* no processo de recuperação judicial (Parte 3). Em seguida, o artigo buscará caracterizar o que se tem entendido por capitalismo de *stakeholders* bem como sua possível interseção direito de recuperação de empresas (Parte 4). Enfim, buscar-se-á pontuar os possíveis contribuições que o capitalismo de

7 Disponível em: <https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>. Acesso em 12 out. 2020.

stakeholders pode oferecer ao direito de recuperação de empresas, inclusive sob a perspectiva das *Benefit Corporations* (Parte 5).

2. Função social e a empresa em crise

O princípio constitucional da função social da empresa, que constitui elemento fundante do ordenamento constitucional brasileiro, nos termos dos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, III, da Constituição Federal, encontra escassa previsão no âmbito infraconstitucional.

Na LREF, entretanto, por meio de seu art. 47, sua consideração é expressa:

> "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."

Entretanto, antes da entrada em vigor da LREF e mesmo historicamente, a legislação falimentar ostentava clara índole liquidatória, centrando-se nos interesses dos credores, pouco se concernindo à proteção dos interesses de terceiros (SACRAMONE, 2018, p. 189).

A visão até então vigente, refletida no Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, era de que os ativos da empresa em crise deveriam ser realizados para satisfação dos créditos existentes e, não, para garantir o saneamento e manutenção da atividade empresarial e da fonte produtora, tendo em conta a sua função social.

Citando WALDÍRIO BULGARELLI, SHEILA CEREZETTI ilustra a transformação ocorrida entre um diploma e outro, mencionando a substituição de um denominado "direito falimentar" por um "direito das empresas em dificuldade", que estaria "mais interessado em identificar a própria empresa como centro e ente destinatário do novo direito, na medida em que os interesses colocados em risco pela falência estão vinculados à

empresa em sua totalidade" (CEREZETTI, 2012, p. 209).

Do mesmo modo, MARCELO SACRAMONE destaca que a nova lei abandona a ideia de que a empresa se presta apenas a distribuir lucro aos sócios, na medida em que promove a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumenta a concorrência entre agentes econômicos, gera empregos e desenvolvimento econômico nacional (SACRAMONE, 2018, p. 190). A função social não deve significar, contudo, fator limitante dos poderes do empresário, mas sim, concomitantemente a esses poderes, fator promocional de interesses sociais juridicamente relevantes (MENEZES, 2011).

Apesar das importantes bases principiológicas sobre as quais a LREF se assenta, não se quer, com isso, sugerir que o processo de recuperação judicial deve se transmudar, sob apoio do art. 47, em veículo de assistencialismo ou de política distributiva. O princípio da função social na recuperação judicial deve, naturalmente, compatibilizar-se com os interesses dos credores e, sobretudo, com as condições de viabilidade da atividade empresarial.

Nesse sentido, RAQUEL SZTAJN alerta que não se deve admitir uma interpretação indevida do art. 47 da LREF, a ponto de se permitir forças desmedidas para a preservação de empregos, por exemplo (2007, pp. 223/224). O princípio da preservação da empresa deve se calcar sempre na viabilidade da empresa e não pode se dar às custas dela, contrariamente à eficiência econômica inclusive em desserviço à inovação[8]. Isto é, a empresa deve ser um organismo economicamente viável com a real capacidade de atender àqueles que são afetados por suas atividades.

Mas se a atividade não for viável, é igualmente desejável, em prol dos interesses de credores e *stakeholders*, que a recuperação judicial seja convolada em falência. Como pondera FABIO ULHÔA COELHO, "nem toda falência é um mal" e:

> 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 prejudi-

8 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pela-preservacao--da-empresa-eficiente-08082019> . Acesso em 12 out. 2020.

> quem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência da empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores. (COELHO, 2018, p. 161/162)

Esse é também o posicionamento da jurisprudência mais balizada, a exemplo do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> COMERCIAL. AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E DO TRABALHO. LEI 11.101/05. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO. [...] - A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação [...].[9]

Mas, a questão que ora se propõe à reflexão é: embora o art. 47 da LREF anuncie seu objetivo de promoção do princípio da função social da empresa, há, na lei, mecanismos que permitam que a função social se manifeste de forma efetiva em sua dimensão prática? Mais especificamente, de que forma são considerados os interesses de terceiros afetados pela atividade empresarial nos diferentes mecanismos previstos pela lei recuperacional?

9 AgRg no CC 110250/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010)

Embora ressalvando a importância e a essencialidade do princípio da função social da empresa, o qual permite a compreensão da empresa "como instituição cuja importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais dos mais relevantes", bem como destacando o seu papel de cláusula geral orientadora da atividade jurisdicional, ANA FRAZÃO destaca, sob a perspectiva do direito societário, a difícil operacionalização e baixa eficácia das referidas normas na realização direta da justiça social e da distribuição dos resultados da atividade empresarial, persistindo a necessidade de instituição de regras e obrigações mais claras e específicas (FRAZÃO, 2011, pp. 103 e 442).

Considerada essa perspectiva de baixa acepção prática do princípio da função social da empresa no direito brasileiro, propõe-se, no tópico seguinte, a análise de aspectos da LREF que evidenciam a medida da participação dos diferentes stakeholders, ou partes interessadas, no processos de recuperação judicial.

3. A LREF e os interesses de *stakeholders* não credores

Sendo a LREF consubstanciada por regras que estabelecem direitos e deveres dos participantes e afetados pelos processos de recuperação judicial e a forma de exercício desses direitos e deveres, afigura-se relevante que se perquira de que modo e em que medida o processo recuperacional observa os interesses de stakeholders nas suas diferentes fases e procedimentos, para além da cláusula geral do art. 47 da Lei n 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Nesse particular, faz-se pertinente a menção ao estudo da Professora da Universidade de São Paulo, SHEILA CEREZETTI, no qual desenvolveu aprofundada análise acerca do princípio da preservação da empresa e seu desenvolvimento e adequação ao processo de recuperação judicial. No estudo, evidencia-se que as regras materiais e instrumentais do diploma de recuperação e falência devem ser compreendidas em vista da coordenação entre os variados interesses envolvidos pela empresa em crise, permitindo-se, assim, sua preservação, bem como conferindo-se efetividade ao art. 47 da LREF (CEREZETTI, 2012, p. 243).

Embora, de um lado e em tese, esses diferentes interesses possam convergir para o soerguimento e manutenção da atividade da empresa, na medida em que isso signifique a maximização do valor dos créditos a serem

satisfeitos, é também possível, por outro, que os interesses de determinados credores se tornem conflitantes no que tange à preservação da atividade empresarial. Por exemplo, acionistas, determinados trabalhadores e fornecedores podem estar mais dispostos a concordar com plano de recuperação que preveja determinadas condições à vista da preservação de seus contratos e da continuidade da atividade empresarial, em comparação, também exemplificativamente, a credores quirografários que não concordem com essas mesmas condições e que tencionem o recebimento de seus créditos por meio da decretação da falência.

Mais relevantemente, interesses de stakeholders não representados diretamente no processo de recuperação judicial, como é o caso de consumidores não credores, do meio-ambiente e de interesses coletivos mais amplos podem ser, naturalmente, afetados por decisões tomadas no processo recuperacional, pela aprovação ou reprovação do plano de recuperação, sem que necessariamente seus interesses tenham sido considerados nas equações negociais ou mesmo decisórias do procedimento. É o que sublinha CEREZETTI:

> "Ocorre que com o passar do tempo foi possível perceber que esse conceito de interesse público não mais se apresentava adequado e que os efeitos econômicos e sociais causados pela crise da grande empresa demandam uma tutela mínima. Perda de empregos, diminuição de arrecadação tributária e desestruturação de empresas fornecedoras são apenas exemplos das possíveis sequelas causadas pela indevida liquidação de uma empresa.
>
> A situação toma-se ainda mais grave conforme a dimensão da empresa em termos econômicos e sociais. A insolvência da grande empresa abrange os efeitos acima indicados em extensão e profundidade, o que justifica a tutela de um interesse público na matéria, o qual, segundo alguns posicionamentos, seria equivalente ao correto funcionamento do mercado e conservação da empresa, enquanto fonte produtiva de riqueza e fornecedora de postos de trabalho.

> As implicações da quebra empresarial, ademais, muitas vezes nem mesmo ficam adstritas ao âmbito daqueles que são diretamente por ela afetados. Sabe-se que a crise pode ocasionar um efeito sistêmico, alastrando consequências danosas para todo o setor da economia em que atua e, dependendo dos casos, com resultados ainda mais avassaladores. Também por esse motivo é possível encontrar medidas governamentais que, em casos extremos, buscam minimizar os malefícios decorrentes das crises." (CEREZETTI, 2012, pp. 233/234)

Sob essas perspectiva, é possível constatar da Lei de Recuperação de Empresas e Falência diferentes aspectos que evidenciam a coexistência e potenciais conflitos entre interesses de credores, acionistas e outros stakeholders. Cite-se, nesse sentido, normas da LREF que dispõem sobre a legitimidade ativa para a propositura do pedido de recuperação e apresentação do plano (arts. 53 e 161); a análise e votação do plano de recuperação pela assembleia-geral de credores e sua homologação (arts. 35 e ss.); a administração da empresa em recuperação judicial (arts. 64 e 65); seus órgãos de fiscalização, em especial ao Comitê de Credores (art. 26 e ss.) e o administrador judicial (art. 21 e ss.).

Sem que esta análise, meramente, propedêutica pretenda se aprofundar nesses e em outros tópicos que tangenciam o assunto, a sua consideração se faz pertinente para evidenciar que a função social da empresa e o subprincípio da preservação da empresa se apresentam não somente como cláusulas gerais, mas também se manifestam em diferentes fases e mecanismos do processo recuperacional, na medida em que afetam interesses não apenas de credores e da empresa devedora. É nesse sentido que se propõe brevíssimo sobrevoo sobre esses diferentes aspectos.

Em relação à legitimidade ativa para apresentação do pedido de recuperação, parece-nos –– como realça CEREZETTI, ao apontar incoerência na LREF ao permitir que "um agente possa o mais (solicitar a falência) mas não possa o menos (requerer a recuperação judicial de um devedor)" (2012, p. 277) ––, que a legitimidade ativa para propositura do pedido deveria se estender a todos os credores, ainda que, por exemplo, seja condicionada à posterior concordância da empresa recuperanda. A ampliação da legitimação

ativa em processos recuperação de empresas conferiria ao processo maior instrumentalidade –– inclusive por ser bastante possível que, a determinado credor, seja preferível a recuperação judicial da empresa devedora à sua falência (CEREZETTI, 2012, p. 278). Inclusive, a recente Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, evoluiu parcialmente nesse particular, permitindo que credores apresentem plano de recuperação em caso de rejeição do plano apresentado pelo devedor, nos termos da nova redação conferida ao art. 56, §4º, da LREF.

Ainda mais sensível é a previsão na LREF de que o órgão colegiado previsto em lei para deliberar sobre o plano de recuperação seja composto quase que exclusivamente por credores e sendo o direito a voto permitido apenas a estes. A assembleia geral de credores, prevista no art. 35 e seguintes da LREF, tem o importante papel de servir de veículo de deliberações sobre as mais importantes questões da recuperação judicial, incluindo-se a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação.

Não se questiona que deva caber àqueles que sofrem as maiores consequências do processo de recuperação decidir sobre os seus rumos. De fato, como observa SACRAMONE (2019, p. 152), são os credores os principais interessados na superação da crise econômico-financeira do devedor e na otimização da utilidade produtiva dos bens. E tendo o processo de recuperação judicial caráter negocial, de conveniência e oportunidade, no sentido da formação de vontade para aprovação do plano, é natural que assim o seja. Todavia, não nos parece adequada a quase absoluta ausência de participação no órgão deliberativo de *stakeholders* (não credores) que também são afetados substancialmente pelo desfecho do processo.

É nesse sentido que se propõe reflexão sobre possíveis avanços no que tange à participação e à consideração de interesses desses *stakeholders* no processo de recuperação judicial e em seus órgãos deliberativos, como são o caso das propostas de JANIS PEARL SARRA (2003). Embora formuladas no contexto do direito americano e do Chapter 11[10], SARRA aponta as seguintes medidas que poderiam ser incorporadas à legislação recuperacional brasileira, como bem observa CEREZETTI:

> "(i) a notificação dos interessados (stakeholders) acerca do pedido de recuperação e dos demais pas-

10 Chapter 11 é o capítulo da lei de falências americana que prevê a recuperação de empresas, no qual se inspirou o legislador brasileiro ao instituir a LREF.

> sos do processo; (ii) a ampla divulgação das informações relativas à situação econômico-financeira do devedor; (iii) a outorga de direitos de participação, como a composição em um comitê de credores ou de reestruturação, a representação dos trabalhadores pelo sindicato ou por representante eleito e a atribuição de papel de amicus curiae a representantes de grupos de interesse; e (iv) a outorga de direitos de decisão mediante o acesso à negociação, a ser garantido pelo Poder Judiciário, a formação de uma classe apenas de trabalhadores, em vista da natureza peculiar dos seus interesses, a quantificação do peso do voto de credores e demais interessados e a atenção aos casos de desrespeito aos deveres fiduciários." (CEREZETTI, 2012, p. 332)

Não se cuida, portanto de se advogar tão simplesmente que a lei conceda aos demais *stakeholders* direito de voto na assembleia, idealmente concebida para balizar os interesses dos credores. Mesmo mecanismos que confiram a interessados participação e direito a voz e que não importem, necessariamente, a concessão de direito político e influência direta nos processos decisórios, podem significar impacto positivo para o processo recuperacional (CEREZETTI, 2012; MARTIN, 1998; VEACH, 1997).

Por exemplo, a presença de *stakeholders* em procedimentos decisórios pode significar a revelação de aspectos importantes que devam ser considerados pelos credores em seu racional negocial e decisório e pelo próprio juiz, por ocasião da homologação do plano, quando também adstrito à cláusula geral do art. 47 da LREF.

De acordo com o procedimento de formulação e aprovação do plano de recuperação judicial previsto na LREF, é possível, por exemplo, que o plano preveja, em decorrência de motivação unicamente econômica de maximização de créditos, a desativação de determinada unidade produtiva de uma grande empresa que acarrete impactos diretos e indiretos a toda uma cidade, atingindo, assim, interesses de múltiplos outros *stakeholders*, a despeito de outras opções disponíveis que gerem menores externalidades e sem que os interesses envolvidos sejam devidamente considerados.

Sobre a homologação do plano, especificamente, CEREZETTI sublinha

que "a atividade homologatória nos casos de recuperação judicial não se restringe a uma apreciação formal do acordo entre as parte", cabendo o controle de legalidade quanto a seu conteúdo, o que poderia servir de controle para situações extremas como a acima cogitada, embora seja bastante controvertido o entendimento sobre o papel do Juiz nesse momento:

> "Com base nas constatações acima feitas - de que a Lei de Recuperação e Falência (i) não deixou claro qual seria o papel do juiz quando da homologação do plano de recuperação, incluindo-se critérios para avaliação acerca da adequada composição entre os interesses envolvidos, e (ii) não conta nem com uma regra acerca do tratamento igualitário dos credores, nem com uma norma acerca de garantias mínimas de pagamento, o que traz injustiças especialmente a credores minoritários -, cumpre indicar uma via que busque esclarecer quais são as importantes funções do juiz na procura pelo respeito aos diferentes interesses envolvidos pela empresa em crise." (CEREZETTI, 2012, p. 383)

Uma relevante questão que se coloca, especificamente sob a perspectiva do direito ambiental, é se poderia o juiz deixar de homologar o plano de recuperação aprovado pelos credores, em situação, por exemplo, de sistemático desrespeito ao meio ambiente pela empresa recuperanda que não pudesse ser evitado durante o processo recuperacional (REIS NETO, 2017). Neste ponto, caberia, ainda, a seguinte reflexão: se pode o magistrado impor a aceitação do plano por determinados credores que com ele não concordaram –– o cram down[11] brasileiro, previsto no art. 58, §1º, da LREF ––, por que não poderia, em caminho inverso, rejeitá-lo em virtude de grave violação do interesse público ou de interesse de outros stakeholders?

Portanto, é amplo o campo de reflexão no sentido de que a lei recuperacional internalize mecanismos que permitam a maior consideração de interesses de stakeholders no procedimento decisório, a exemplo dos

11 Mecanismo pelo qual o juiz pode impor a credores que não aprovarem o plano de recuperação judicial que com ele se conformem, em que pese manifestação de vontade em sentido contrário.

sugeridos por SARRA (2003).

Outro relevante aspecto que tangencia o tema diz respeito à administração da empresa em recuperação judicial. A regra estabelecida pela LREF, como se lê de seu art. 64, é de que o devedor ou seus administradores permanecerão na condução da atividade empresarial durante o processo. A exceção é a destituição do administrador e a nomeação de um novo pela assembleia-geral de credores (art. 65). Quanto a esse aspecto, destaque-se que eventual administrador provisório eleito o seria por decisão dos próprios credores.

Seja em virtude do modo de sua escolha ou pelas condições pelas quais se pode dar a administração provisória da empresa, é importante que se visualize a potencial inobservância a interesses de stakeholders, dada a posição de proeminência dos credores nessas situações. Por isso, devem ser observados durante a administração provisória os mesmos deveres impostos ao gestor ou ao sócio controlador da empresa em situações de normalidade, enquanto sujeitos à cláusula geral da função social da empresa, tal como dispõem os arts. 116, parágrafo único, e 156 da Lei das Sociedades por Ações.

Menciona-se, ademais, a função do Comitê de Credores no processo de recuperação judicial, considerado avanço positivo da lei de 2005. O referido Comitê é órgão que pode ser constituído pelas diferentes classes de credores, conferido de função fiscalizatória, em contrabalanço ao poder concedido ao devedor para manutenção das atividades da empresa. Naturalmente, a empresa afetada pela crise encontra maiores desafios para que o exercício já comprometido de suas atividades não resvale em interesses de credores e terceiros. E, de outro lado, pode ocorrer que outros agentes, como acionistas controladores, também tencionem a administração da empresa no sentido de seus interesses. Por essas, dentre outras razões, justifica-se a existência do Comitê de Credores na recuperação judicial.

Essa função fiscalizatória do Comitê, prevista no art. 27, incisos I e II, da LREF, alcança também as atividades do administrador judicial, bem como a realização de comunicações ao juiz em casos de violação aos interesses dos credores e, especialmente, a emissão de "parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados", o que revela sua potencial importância para proteção de interesses de stakeholders, sejam eles credores ou não. Todavia, dada a estrutura já institucionalizada para esse tipo de órgão de fiscalização, é salutar indagar se o processo de recuperação judicial não deveria também prever a possibilidade de instituição de órgão fiscalizatório de que pudessem

participar outros stakeholders, para além dos credores.

Ademais, quanto ao administrador judicial, este também tem, dentre suas várias funções, a de supervisão do processo recuperacional. A função fiscalizatória do administrador judicial, igualmente, constitui importante papel para a efetividade da recuperação judicial e observância dos interesses envolvidos no processo. Faz-se relevante, todavia, que a função do administrador judicial não se volte apenas aos interesses dos credores, mas aos interesses de todos participantes, inclusive os demais *stakeholders*, embora a LREF não preveja disposição expressa nesse sentido, cabendo reflexão crítica também neste particular.

Percorridos todos esses aspectos, não pode deixar de ser mencionado o imprescindível papel institucional do Ministério Público de defesa do interesse público. Apesar dele, no entanto, persiste relevância de que sejam feitas reflexões, como a que ora se propõe, no sentido de que a lei preveja mecanismos que permitam a participação mais ativa dos stakeholders no processo de recuperação judicial, dada a sua relevância e impacto nas atividades da empresa.

Por fim, também deve se ter em mente que não são poucas as visões contrárias a essa perspectiva de realce ao princípio da função social da empresa e de consideração dos interesses de terceiros afetados pela atividade empresarial. Autores como THOMAS H. JACKSON (1986) e DOUGLAS BAIRD (1987), por exemplo, advogam a concepção de que a tutela de interesses diversos daqueles detidos pelos credores deve ser afastada do direito concursal (CEREZATTI, 2012, p. 129).

Em todo caso, os aspectos acima destacados parecem revelar que o procedimento de recuperação judicial, embora calcado no princípio da função social da empresa, impõe menor participação dos stakeholder não credores no processo recuperacional, por meio de suas normas procedimentais e materiais.

Conquanto conclusões dessa natureza exijam reflexões e análises mais aprofundadas, permite-se, ainda assim, constatar que a legislação concursal brasileira é passível de aprimoramentos quanto ao princípio da função social, cuja dimensão prática não se encontra plenamente satisfeita por meio da cláusula geral art. 47 da Lei, em que pese sua importância como critério de interpretação judicial e de operação do direito.

O direito concursal deve estar aberto sobretudo para soluções

criativas, inovadoras e marcadas pela diminuição da litigiosidade, como o que, potencialmente, pode contribuir o capitalismo de stakeholders.

4. Reflexão crítico-estruturalista a partir do capitalismo de *stakeholders*

Em sua paradigmática obra, "Strategic Management: a Stakeholder Approach", de 1984, o professor e filósofo R. EDWARD FREEMAN assentou alicerces para o que hoje se entende por *stakeholder theory* (teoria dos stakeholders). Tornou-se, assim, um dos percussores do estudo sobre o tema. FREEMAN define stakeholder como sendo "qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou é afetado pela realização dos objetivos da empresa." (FREEMAN, 1984, p. 46).

A stakeholder theory, de FREEMAN, baseada em estudos de gestão organizacional e ética negocial, identifica grupos e indivíduos que afetam a atividade empresarial e são por ela afetados, dentre os quais, órgãos governamentais, grupos políticos, associações comerciais, sindicatos, comunidades, instituições financeiras, fornecedores, empregados, consumidores, dentre outros. Por meio da teoria, propõe-se métodos pelos quais a empresa pode gerar valor para esses diferentes grupos (FREEMAN, 2010, pos. 317).

Essas ideias se estabeleceram como contraponto a visões liberais mais acentuadas, notadamente, às consubstanciadas pela *shareholders theory,* formulada pelo vencedor do Prêmio Nobel, MILTON FRIEDMAN. Em seu paradigmático artigo "*The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*", de 1970, FRIEDMAN advoga a ideia de não é outra a função da empresa, senão maximizar o retorno financeiro aos seus acionistas, sendo o próprio lucro o meio para atendimento à função social da empresa.

Esse já clássico debate, que se apresenta entre diversas outras áreas e eixos teóricos, tem ganhado renovada importância e vigor, sobretudo na última década. Notoriamente, tornaram-se crescentes tendências de consumo consciente, bem como têm ascendido modelos de negócios que, desassociados da concepção clássica de geração de lucro a qualquer custo, miram também na geração de impacto social e ambiental positivos, no centro de seus interesses.

Estudo de 2020 da consultora independente PricewaterhouseCoopers

indica que, até 2025, 57% dos ativos de fundos mútuos na Europa estarão em fundos que consideram os chamados critérios ESG - Enviromental Social and Governance, o que significa a alocação de US$ 8,9 trilhões em capital para empresas que atendam a esses critérios. No fim de 2019, essa participação correspondia 15,1%, o que revela o acelerado fluxo de capital para esses ativos. O estudo indica, ainda, que 77% dos investidores institucionais pesquisados planejam parar de comprar ativos financeiros "não ESG" nos próximos dois anos[12].

A grande novidade, portanto, no que tange ao tema da ética empresarial, é que grande volume de capital investidor tem migrado para negócios que geram menos externalidades negativas ou, de modo mais relevante, para negócios que geram valor social e ambiental mais substancial. Propaga-se a ideia de que as empresas devem priorizar a geração de valor, não a curto prazo e visando à maximização imediata do valor de suas ações, mas a longo prazo, servindo aos interesses de stakeholders e, com isso, tornando-se mais resilientes, menos suscetíveis a quebras e mais lucrativas com o tempo.

Não sem razão, em janeiro de 2020, pouco antes da eclosão da epidemia do Coronavírus no ocidente, o 50º Fórum Econômico Mundial de Davos trouxe, como tópico central, o tema do *stakeholder capitalism*. Do Fórum Econômico, resultou a elaboração do Manifesto Davos 2020, com o objetivo de traduzir sentido propositivo à noção de *stakeholder capitalism*. Essencialmente, o documento propõe ao setor empresarial diretrizes como a observância de práticas concorrenciais justas; tolerância zero com a corrupção; proteção do meio ambiente para futuras gerações; vigilância dos direitos humanos em toda a cadeia de fornecedores; estímulo à qualificação dos empregados; melhoria de condições de trabalho e do bem estar do trabalhadores; remuneração responsável de executivos; pagamento justo de imposto; suporte às comunidades com as quais interage, dentre outras[13]. Pouco antes, em agosto de 2019, a organização Business Roundtable reuniu líderes do capitalismo americano – participaram líderes de empresas como Apple, Walmart, Exxon Mobil, Ford e JP Morgan Chase – com objetivo semelhante: repensar práticas capitalistas clássicas para que grandes empresas gerem mais valor as partes interessadas, além de seus acionistas.

12 Disponível em: <https://www.pwc.lu/en/sustainable-finance/esg-report-the-growth-opportunity-of-the-century.html> e <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/quase-60-de-ativos-de-fundos-mutuos-serao-esg-ate-2025-diz-pwc/>. Acesso em 12 out. 2020.

13 Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/stakeholder-capitalism-principle-practice-better-business/>. Acesso em 12 out. 2020.

Também à vista dessas tendências, países como Estados Unidos, Reino Unido e Itália[14] vêm aprovando legislações societárias que, sinalizando conformação do direito a essa nova realidade mercadológica, sirvam para fomentar a constituição de figuras empresariais híbridas que permitam a efetiva conciliação de práticas empresariais voltadas ao lucro e a geração de impacto social, ambos no mesmo patamar, de modo que tais objetivos sejam formalmente reconhecidos e institucionalizados e ainda permitam a tomadas de decisões de gestores e controladores sem que se cogite violação de deveres fiduciários aos acionistas.

Citem-se, como exemplo, as leis instituidoras, nos Estados Unidos, das *Benefit Corporations* que, essencialmente, (i) reconhecem compromissos de geração de impacto social positivo no centro do interesse social (objeto social), no mesmo patamar das atividades tipicamente lucrativas; (ii) ampliam o dever fiduciário dos controladores e administradores das empresas para considerar os interesses dos *stakeholders* em todas as ações, processos e decisões da empresa, inclusive em situações de transferência de controle acionário; (iii) preveem mecanismos judiciais de imposição aos controladores e administradores das empresas de observância dos propósitos sociais da empresa, das obrigações e padrões de conduta estabelecidos pela lei e pelo estatuto social; (iv) estabelecem maioria qualificada para alteração do propósito social da empresa ou para realização de operações societárias; (v) instituem mecanismos de controle e transparência mediante o estabelecimento de dever de publicação de relatório anual e (vi) regulamentam a atividade de certificação privada, impulsionando as empresas a se submeterem a processos de qualificação (autorregulação), segundo critérios padronizados[15]. Empresas mundialmente conhecidas, como Patagonia e Ben&Jerry's, já adotaram essa forma corporativa. Empresas como Danone e a brasileira Natura, embora enquadradas no regime legal, submetem-se à autorregulação, com semelhantes critérios[16].

Embora ainda incipiente, trata-se de tendência com potencial de trazer soluções eficazes e efetivas para o problema da difícil operacionalização da função social da empresa, (FRAZÃO, 2011) que, como anotado no tópico anterior, apresenta-se como tema central para o direito empresarial e, notadamente, para o direito concursal.

14 Disponível em: <https://benefitcorp.net/international-legislation https://www.economist.com/business/2012/01/07/firms-with-benefits>. Acesso em 12 ou. 2020.

15Disponível em:<https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>. Acesso em 12 ou. 2020.

16 Disponível em: <https://bcorporation.net/>. Acesso em 12 out. 2020.

E se novos fenômenos, como o capitalismo de *stakeholders*, têm provocado transformações nos mercados de consumo e investimento, consequentemente, o direito, como sistema social, também tende a absorver essas transformações, caso se confirmem e se sustentem. É o que começa a ocorrer no direito societário norte-americano, à evidência da legislação das *Benefit Corporations* promulgada em 37 estados.

Tanto é assim que juristas americanos já fazem reflexões acerca dos efeitos que os "negócios de impacto" podem ter sobre o direito concursal, como se tratará no tópico seguinte.

E o mesmo paralelo que é feito do ponto de vista do direito societário, entre acionistas e *stakeholders,* extraído da referida legislação, deve ser feito entre credores e *stakeholders* no processo de recuperação judicial. CEREZETTI aponta a seguinte correspondência entre os dois campos de estudo:

> "Ora, dito isso, parece estar claro o paralelo que acima se afirmou existir entre as concepções existentes em direito societário e direito concursal. Caso se adote uma teoria minimalista em um dos campos do direito empresarial, a mesma opção se impõe com relação ao outro ramo. [...] Não se pode aceitar, portanto, que em momentos de saúde empresarial os interesses dos acionistas sejam os únicos protegidos e que em casos de crise o mesmo papel seja ocupado pelos credores, pois em ambas as situações isso resulta na ausência da devida tutela aos outros stakeholders. Uma perspectiva minimalista de prioridade a determinados interesses e eventual reconhecimento de outros não satisfaz os propósitos confessados pelo direito empresarial brasileiro. A luta pela coerência, portanto, é impositiva." (CEREZETTI, p. 238)

Portanto, o capitalismo de *stakeholders* abre perspectiva de intensificação da valorização da função social da empresa no direito empresarial, a partir de revisitação crítica das estruturas normativas existentes, tanto no direito societário, como no direito concursal.

CALIXTO SALOMÃO FILHO, em sua Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial (2015), argumenta justamente a necessidade de se evitar que o direito brasileiro, que apresenta viés quase que eminentemente compensatório, sirva de instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes, fechando-se em torno de si.

Merece destaque, nesse particular, a seguinte reflexão de SALOMÃO FILHO:

> "É ao direito que cabe criar os instrumentos para influir em tais estruturas de relação interpessoal e intersocial. Para tanto deve também se liberar dos traços positivistas e se dispor a um enforque estrutural das relações sociais e econômicas.
>
> [...]
>
> Para sair desse ciclo vicioso que só as estruturas de poder beneficia é preciso mudar o método de elaboração e interpretação do direito. É passada a hora de complementar as tradicionais declarações de princípios por uma identificação dos interesses a serem protegidos pelos princípios e normas. Explico-me. Declarações de princípios, indefinidas, prestam-se tanto a sua aplicação quanto ao contrário dela. Imagine-se, por exemplo, o princípio da função social do contrato. Sem uma definição dos interesses envolvidos pelo contrato e que devem ser considerados em sua aplicação, a força desse princípio como guia valorativo para regras torna-se muito diminuta. Princípios são, portanto, guias valorativos fundamentais em qualquer sociedade e sistema jurídico mas devem ser acompanhados de corajosa e clara identificação dos interesses envolvidos em sua aplicação bem como da identificação de instrumentos para a mediação entre esses vários interesses." (SALOMÃO FILHO, 2015, pp. 263/266)

É dizer: declarações abertas de princípios, desacompanhadas de

dispositivos declaratórios[17], impedem o devido sopesamento dos interesses envolvidos na aplicação do direito concursal.

Enquanto o direito recuperacional brasileiro estiver acomodado sobre princípios que não se traduzam de forma real a consideração de determinados interesses, em linha com as ideias de SALOMÃO FILHO, o direito pode não evoluir com a dinâmica necessária para acompanhar as relevantes transformações econômicas e sociais em andamento.

Nesse sentido, experiências decorrentes do capitalismo de *stakeholders*, que se manifesta na evolução dos negócios de impacto e na sua institucionalização, podem justamente servir de fonte de inspiração e perspectiva para revisitação estruturas jurídicas e econômicas vigentes.

5. Possíveis contribuições das empresas sociais para o direito concursal

Ao propor reflexão sobre a intersecção que pode haver entre os negócios sociais –– mais especificamente, entre as *Benefit Corporations*, institucionalizadas nos Estados –– e o direito concursal, JONATHAN BROWN, professor da Pace University, argumenta que a legislação de recuperação judicial e falência deve se afastar do primado de maximização do retorno financeiro aos credores, precisamente por meio de mecanismos que reconheçam os interesses dos múltiplos afetados pelo processo, em conformidade com as inovações da legislação societária (BROWN, 2017, p. 52).

Como explicitado, as referidas leis inovaram ao conferir, aos administradores e controladores, a proteção legal para considerar, em todas as ações, processos e decisões, questões socioambientais no mesmo patamar do lucro, de modo que levem em conta sempre o impacto para os *stakeholders*. A legislação traz, também, a obrigação de que as *Benefit Corporations* tragam,

17 Calixto Salomão Filho define "dispositivos declaratórios" como forma de definição dos interesses envolvidos que devem ser considerados na aplicação do direito: "[...] ao lado dos princípios e regras, e voltado à definição específica dos interesses envolvidos, denominar-se-á, de ora em diante dispositivo declaratório (de interesses). Observa-se que os dispositivos declaratórios não podem ser genéricos e aplicáveis a uma generalidade de áreas. Dispositivos declaratórios (como de resto os princípios) são tão mais úteis quanto mais específicos e menos genéricos. Versam, como visto acima, sobre cada estrutura jurídica ne econômica específica que se deve considerar e transformar. Referidos dispositivos declaratórios tornam-se, na prática, guias de interpretação para o restante da legislação". (2012, p. 263)

de forma clara, em seu estatuto, o propósito de criar benefício público geral e específico e deveres rigorosos de prestação de contas e transparência, mediante a publicação de relatórios sujeitos ao controle de entidades certificadoras independentes.

Aspecto relevante levantado por BROWN (2017, p. 77), ao analisar as possíveis contribuições das *Benefit Corporations* para o direito de recuperação de empresas e falência é a consideração de que esses negócios de impacto social podem ser vistos, em última análise, como um contrato previamente estabelecido entre gestores e acionistas, por meio do qual definem expectativas quanto à sua lucratividade e forma de gestão.

Na medida em que, dentre outros aspectos, (i) acionistas de uma BC precificam desde a sua constituição o potencial menor retorno financeiro decorrente de seus objetivos, não voltados exclusivamente à lucratividade, e (ii) as ações da empresa são direcionadas à consideração dos interesses de *stakeholders,* sendo sujeitas a mecanismos de controle e transparência (*accountability*), inclusive com a imposição de publicação de relatório anual e submissão à certificação privada (autorregulação), é esperado, ao menos em regra, que as empresas constituídas nesse formato produzam menos externalidades.

Notadamente, em cenários de crise, as externalidades que forçaram a empresa de impacto social a formular pedido de recuperação tendem a ser mais conciliáveis, já que as relações entre a empresa e seus credores passarão a estar mais equalizadas. Por outro lado, empresas comuns não tendem necessariamente a considerar os interesses de *stakeholders* em situações de crise e tampouco estão sujeitas aos mecanismos de *accountability*, aos quais estão sujeitas as BC.

Mesmo sob a perspectiva de interpretação e aplicação da lei, BROWN reflete sobre a possibilidade de que a lei concursal obrigue credores de empresas de impacto social a considerarem, durante o procedimento concursal, os interesses de *stakeholders* não credores, seguindo-se a linha mestra das *Benefit Corporations* e, com isso, garantido maior participação desses agentes no plano de recuperação ou, ainda, crivos judiciais mais acentuado quanto ao atendimento desses interesses (BROWN, 2017, p. 71).

Indo mais além, BROWN sugere reflexão no sentido de que seja instituído regime concursal específico para as *Benefit Corporations*, mais compatível com suas características, de modo a que o processo de recuperação judicial se adeque às suas múltiplas especificidades e, assim, produza resultados ainda

mais eficientes. A ideia central é de que os *stakeholders*, potenciais futuros credores da empresa em recuperação judicial, assumam de antemão, por ocasião da celebração do contrato, determinadas condições especiais sob as quais se processaria a recuperação judicial de uma BC.

Essas condições poderiam significar, por exemplo, a priorização de interesses dos *stakeholders* relacionados com o propósito específico eleito pela BC, como registrado no ato constitutivo da empresa, ou, ainda exemplificativamente, a redução de eventuais privilégios de instituições financeiras.

Embora, quanto ao segundo exemplo, esse tipo de condição possa tornar menos atrativa a concessão de crédito para tal modalidade de empresa, tratar-se-ia de circunstância previsível para as partes, sendo essa premissa central do estudo de BROWN. Dessa forma, investidores e parceiros comerciais que decidam por se engajar com empresas sociais já teriam claras as condições pelas quais o negócio se opera e os possíveis ônus de sua relação contratual (BROWN, 2017, p. 42). Segundo aponta o autor, essa seria uma forma para que as características das BC fossem preservadas também em situação de crise.

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, essas previsões encareceriam o crédito e, por esse aspecto, não seriam desejáveis. Por outro, confeririam maior previsibilidade aos contratantes sobre como se daria um cenário de crise ou insolvência da empresa, diminuindo a litigiosidade. Como é notório, a ausência de previsibilidade e segurança jurídica é um dos grandes gargalos dos processos de recuperação judicial, sobretudo no Brasil.

Ademais, antevendo contraponto natural a tipo de reflexão, no sentido de que a legislação concursal já prevê normas e preceitos no sentido de que sejam considerados interesses de *stakeholders* e a própria função social da empresa, como expressamente ocorre na legislação brasileira (LREF, art. 47), BROWN destaca a existência de grande contingência de empreendedores e investidores, como exposto no tópico anterior, que buscam se desvencilhar dos modelos capitalistas tradicionais. Em função disso, as *Benefit Corporations*, assim como outros modelos empresariais dessa natureza, têm se mostrado uma forma de atendimento a essa grande contingência (BROWN, 2017, p. 79), embora ainda sujeitas à aprovação do mercado e do tempo.

Por outro lado, não se pode notar os desafios que trariam consigo esse abordagens no sentido de se conceber regimes concursais específicos para negócios de impacto social, a começar pela sua indesejável complexidade,

para além do já complexo regime concursal vigente.

Embora reflexões dessa natureza exijam estudos mais aprofundados e com depuração científica, é possível visualizar que negócios institucionalizados como *Benefit Corporations* podem ter, potencialmente, resultados mais efetivos em processos de recuperação judicial.

Se o tempo evidenciar a efetividade dessas novas formas empresariais para o fomento e desenvolvimento de negócios de impacto social, tornar-se-á natural que o direito concursal também incorpore essa nova realidade, como incipientemente vem ocorrendo com o direito societário, sob pena de esses tipos de negócio se desenvolverem sob determinados preceitos (proteção aos interesses de *stakeholders*) durante sua fase de normalidade e, em momento de crise, terem esses mesmos preceitos desconsiderados.

Em que pesem as considerações sobre o modelo legislativo estrangeiro das *Benefit Corporations*, a realidade brasileira deve ser entendida sob lentes próprias, de modo que não se cogita, nesta reflexão, ainda que como hipótese, a importação de matrizes legislativas e doutrinárias estrangeiras acabadas[18] como forma de solução para problemas da legislação concursal brasileira ou para seu aprimoramento.

Busca-se, apenas, evidenciar que o fenômeno dos investimentos de impacto tem crescido de forma exponencial e, com ele, já começam a surgir conformações legislativas para absorção dessa nova realidade empresarial nos países mais sensíveis a essas mudanças.

6. Considerações finais

Indiscutivelmente, a LREF representou significativo avanço para o direito concursal, na medida em que propiciou maior senso de colaboração entre os credores e o devedor, em prol da solução da crise. Sob o eixo principiológico da preservação da empresa, viabilizou a modernização da legislação brasileira com a institucionalização do procedimento de recuperação judicial.

Sem se desconsiderar a importância da cláusula geral do art. 47 da

18 Tem-se presente a lição de Calixto Salomão Filho, para quem é "bastante inútil a importação de matrizes legislativas ou doutrinárias estrangeiras [...] que visem a aperfeiçoar instituições ou regras específicas. A solução é errada para o problema errado. As soluções formais brasileiras, para o grave desajuste funcional em que se inserem, demonstram-se bastante eficientes". (2012, p.88)

LREF, como critério de interpretação judicial e de orientação dos operadores do direito, a questão que inicialmente se propôs à reflexão é: até que ponto a estrutura da lei vigente, embora assentada sob os princípios da função social e da preservação da empresa e mesmo após a sua recente reforma, em 2020, comporta, efetivamente, em suas diversas fases e procedimentos os interesses dos *stakeholders*, especialmente os não credores?

Se o objetivo da recuperação judicial é corrigir falhas de mercado e servir de célula para o desenvolvimento social, preservando empregos, contratos, comunidades afetadas, o mercado de consumo, o meio-ambiente e outros interesses sociais, esses interesses, naturalmente, devem ser identificados e considerados.

Longe de que se possa afirmar que haja, na legislação brasileira, um primado do credor, tendo em vista os princípios sobre os quais a LREF se assenta, são sensíveis as evidências, como as pontuadas na Parte 3 acima, de que as fases e os mecanismos decisórios do nosso procedimento de recuperação de empresas podem ser aprimorados, ou mesmo repensados dentro do sistema jurídico já vigente, permitindo-se consideração mais efetiva dos interesses de *stakeholders*.

A Teoria Crítico-Estruturalista de SALOMÃO FILHO (2015) pode ser citada, nesse sentido, como alerta de que declarações abertas de princípios, desacompanhadas de dispositivos declaratórios, impedem o devido sopesamento dos interesses envolvidos. Mais importante, a teoria estruturalista recomenda a revisitação crítica das estruturas normativas dominantes existentes no direito empresarial, de modo que a ciência jurídica não se feche em torno de si mesma.

Estabelecidas essas premissas, a abordagem do tema do capitalismo de stakeholders e, ainda, a análise das possíveis interações e contribuições que os negócios de impacto social podem ter para o direito concursal, visou justamente a confrontar o direito vigente com os significativos avanços prometidos por essa tendência mercadológica, com a possibilidade de canalização de grandes fluxos de capital para atividades empresariais que conciliem lucro e produção de impacto social e ambiental positivo.

Por meio do capitalismo de stakeholders, propaga-se a ideia de que as empresas devem priorizar a geração de valor a longo prazo, servindo aos interesses de stakeholders e, com isso, tornando-se mais resilientes, mais lucrativas e, enfim, menos suscetíveis à quebra.

A conclusão que aqui se sugere, portanto, é de que o direito empresarial brasileiro deve estar aberto não apenas para eventuais futuras conformações legislativas decorrentes das tendências do stakeholder capitalism e dos investimentos de impacto, mas, sobretudo, para reflexões críticas acerca das estruturas atualmente vigentes e do potencial não explorado de resolução de gargalos do direito concursal, de forma criativa e com menor litigiosidade, a exemplo do que se propõe (BROWN, 2017) com as Benefit Corporations e a sua inserção no direito concursal norte-americano.

7. Referências

BAIRD, Douglas G, Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren, University of Chicago Law Review 54 (1987), pp. 815-834, e A world without bankruptcy, SPG Law & Contemporary Problems 50 (1987), pp. 173-193

BROWN, Jonathan Brown, When Social Enterprises Fail, 62 Vill. L. Rev. 27 (2017). Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol62/iss1/2>. Acesso em 10 out. 2020.

BULGARELLI, Waldírio. O Novo Direito Empresarial, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 159.

CEREZETTI, Sheila C. Neder Cerezetti. A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei 11.101, de 9-2-2008. 2. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3: Direito de empresa. Livro eletrônico.

CUMMINGS, Briana. Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest? Columbia Law Review. 112(3), pp. 578-627, 2012.

FILHO, Adalberto Simão. Interesses transindividuais dos credores nas assembleias-gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier

Latin, 2009.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREEMAN, R.E. Strategic management: A stakeholder approach. Boston: Pitman, 1984. FREEMAN, R. E.; EVAN, W. Corporate Governance: A stakeholder interpretation. Journal Behavioral Economics, 19(4), p. 337-359, 1990.

FRIEDMAN, M. 1970. The social responsibility of business is to increase its profits. New York Times Magazine, September 13: 32-33, 122-124.

JACKSON Thomas H., The Logic and Limits of Bankruptcy Law, cit., e "Of liquidation, continuation, and delay: an analysis of bankruptcy policy and nonbankruptcy rules", American Bankruptcy Law Journal 60 (1986), pp. 399-428.

HANSMANN, Henry e KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. Discussion paper n° 280, 2000. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf. Último acesso em 19.08.2016.

MARTIN, Nathalie D. Martin. Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in, cit., Ohio State Law Journa/59 (1998), pp. 429-505.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. Função sócio-econômica da empresa em recuperação judicial. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2007;1000879958>. Acesso em 10 out. 2020.

REIS NETO, Afonso Feitosa. Atividade empresarial, meio ambiente e o plano recuperação judicial. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/atividade-empresarial-meio-ambiente-e-o-plano-de-recuperacao-judicial/>. Acesso em 12 out. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SARRA, Janis Pearl Sarra, Creditar Rights and the Public Interest:

Restructuring Insalvent Carparatians: Toronto, University of Toronto, 2003.

SOUZA, Aline Gonçalves de. Empresas sociais: uma abordagem societária. São Paulo: Almedina, 2015.

SZTAJN, Rachei, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 223-224.

VEACH, Julie A. On considering the public interest in bankruptcy: looking to the railroads for answers. Indiana Law Journa/72 (1997), pp. 1.211-1.230.

YUNUS, Muhammad. Criando um negócio social: como iniciativas economicamente viáveis podem solucionar os grandes problemas da sociedade. São Paulo: Elsevier, 2010

CAPÍTULO 2

A consolidação do reconhecimento da compatibilidade da mediação e conciliação com o procedimento de recuperação judicial e seus benefícios – contexto refletido na lei 14.112/2020

Camila Campos Baumgratz Delgado
Mestranda e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Pós graduada em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos.
Advogada no Humberto Theodoro Júnior Sociedade de Advogados.

1. Introdução

Uma digressão acerca da evolução do cenário jurídico brasileiro nos permite perceber que, durante muito tempo, a cultura jurídica do país se pautava no apego à necessidade de que os conflitos fossem solucionados por decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A justiça seria alcançada mediante a solução judicial do litígio, sendo pouco comum a utilização de métodos alternativos de resolução das demandas. Esse panorama sofreu alterações paulatinas ao longo do tempo, e muitas dessas alterações foram percebidas e vivenciadas na última década.

A concepção inicialmente fechada e arraigada na necessidade de um pronunciamento judicial sobre o litígio, foi, aos poucos, dando espaço para a utilização de medidas alternativas, amparada em atualizações legislativas que começaram a regulamentar as formas de implementação desses procedimentos. As alterações legislativas também foram acompanhadas de um fomento, estudo e disseminação dos meios alternativos de solução de conflitos, nas mais diversas áreas do direito.

No que tange à sua aplicação aos processos de recuperação de empresa, discussões foram travadas em relação à compatibilidade desses métodos com as previsões da Lei 11.101/2005. A despeito de um ceticismo inicial, a questão evoluiu doutrinária, jurisprudencial e normativamente para um panorama de compreensão da compatibilidade desses institutos e dos benefícios que a utilização desses métodos alternativos pode trazer nos processos de

recuperação judicial.

É interessante pontuar no que concerne a essa evolução do reconhecimento legislativo sobre a matéria, que a primeira versão do presente artigo foi redigida em outubro de 2020, quando ainda não sancionada a Lei 14.112/2020, que altera de forma significativa a Lei 11.101/2005. Uma das modificações feitas pela nova legislação foi, justamente, a inclusão, na Lei 11.101/2005, de texto normativo expresso estimulando e regulamentando a utilização da conciliação e mediação nos processos de recuperação judicial. Mais do que permitir essa utilização, a nova lei a fomenta e a incentiva.

O sancionamento da Lei 14.112/2020 implicou não apenas na necessidade de revisão deste artigo, mas também trouxe a comprovação da conclusão originariamente sustentada: a de que o direito caminha para a valorização de métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive em processos de recuperação de empresas.

Assim, o panorama jurídico deixou o estágio de dúvida inicial acerca da conformidade ou não da mediação e conciliação para os processos de recuperação, passou pelo período de manifestações acadêmicas e normativas que caminharam para o reconhecimento da compatibilidade e se encontra, atualmente, em pleno reconhecimento legislativo dessa conformidade (e dos benefícios dela).

E quando o mundo evidenciou o momento de maior crise dos últimos tempos (com a pandemia do Coronavírus), que, como não poderia deixar de ser, também assolou o Brasil e suas empresas, os Tribunais e órgãos da justiça se socorreram dessas medidas para garantir um acesso mais célere à justiça aos jurisdicionados.

Feito esse introito, no presente artigo, pretende-se, objetivamente, resgatar as bases gerais da conciliação e da mediação, para confirmar o posicionamento da compatibilidade dessas medidas alternativas de solução de conflitos especificamente para o processo recuperacional da empresa.

Para tanto, retomaremos o contexto jurídico-legislativo que trouxe a regulamentação mais ampla desses métodos na legislação brasileira (tópico 2). Após, demonstraremos a razão do questionamento quanto à compatibilidade desses métodos com o processo de recuperação judicial da Lei 11.101/2005, antes da Lei 14.112/2020 (tópico 3), abordando os princípios básicos da mediação e da conciliação (tópico 3.1) e pincelando os benefícios e desafios que esses métodos podem trazer para o processo de recuperação

judicial (tópico 3.2).

Na segunda metade do artigo serão analisados os atos normativos recentes que passaram a privilegiar a utilização desses mecanismos para os procedimentos tratados na Lei 11.101/2005 e, inclusive, os Projetos de Lei que antecederam a Lei 14.112/2020; as decisões judiciais que também se avolumam em relação ao assunto e demonstrar que esse foi o caminho pensado para tentativa de solução dos novos e numerosos conflitos empresariais que sugiram em razão da crise ocasionada pela disseminação do Covid-19.

2. A evolução legislativa e a valorização da mediação e conciliação como meios de solução de conflitos

O texto constitucional preleciona que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CR/1988). A mesma Carta Magna também prevê que a República Federativa do Brasil deve se reger, dentre outros, pelo princípio da solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII, CR/1988).

A ideia de acesso à justiça aposta em nossa Constituição não se limita, portanto, à mera disponibilização de um método judicial para superação de dissensos jurídicos. Muito mais, a entrega da justiça ao cidadão perpassa pela necessidade de solução do conflito em um prazo razoável, com garantia de sua participação efetiva (e não apenas formal), de forma satisfativa, concreta e justa. Por isso, não apenas a sentença exarada pelo magistrado é capaz de trazer a satisfação do conflito, mas também a solução consensual é apta a alcançar a mesma pacificação.

O reforço legislativo e acadêmico para utilização de métodos de solução de conflitos que não estivessem necessariamente atrelados à uma sentença judicial, era tímido no Brasil. Como explana Kazuo Watanabe (WATANABE, 2007):

> O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses.[19]

19 WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA

Na última década, porém, o Brasil vem evoluindo paulatinamente na valorização de métodos alternativos de solução de conflitos, sendo que as maiores e mais significativas alterações legislativas vêm sendo observadas nos últimos anos.

Analisando com mais detalhe as previsões legais e normativas sobre as soluções de conflitos por métodos alternativos, podemos mencionar a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), recentemente alterada pela Lei 13.129/2015 – no impulso mais novel de valorização dos meios alternativos de solução de conflitos, como comentado linhas acima.

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem de 1996 chegou até mesmo a ser questionada judicialmente em um processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206). O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, consignando pela desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Em notícia lançada no sítio eletrônico do STF à época, restou resumidamente apontado que houve discordância entre os Ministros acerca do incidente de inconstitucionalidade:

> Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.
>
> A corrente vencedora, por outro lado, considera um grande avanço a lei e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. "O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever."
>
> O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu

NETO, Caetano. VIGORITI, Vincenzo (coord.). Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo – Atlas. 2007. p. 6.

> em outros países, que essa prática "pegue no Brasil também." Segundo ele, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto.[20]

A análise das discussões que envolveram a constitucionalidade da Lei 9.307/1996 serve para ilustrar como, inicialmente, havia uma cultura de supervalorização do Poder Judiciário, como se fosse o único meio legítimo de solução de conflitos. Essa compreensão foi, aos poucos, sendo desmistificada e, no que tange ao objeto deste artigo – a conciliação e a mediação – outros normativos também foram, gradativamente, ampliando a sua aplicação e o seu reconhecimento como método de solução de conflitos no meio jurídico.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125/2010 (recentemente alterada pela Resolução Nº 326 de 26/06/2020) que "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário".[21] Dentre as justificativas da previsão normativa, nota-se que a mediação e a conciliação foram nela abordadas como "instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios", de modo a ser relevante o seu tratamento uniforme e sistematizado como forma de "aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais."

O ano de 2015 foi marcado pela edição de diversas leis que disciplinaram os meios alternativos de solução de conflitos. A começar pelo Código de Processo Civil (CPC/2015), que inseriu, expressamente em seu texto legal, a concepção de acesso à justiça, que deve conter a solução dos conflitos também por meio da garantia do acesso célere e eficiente a outros mecanismos que não apenas a sentença judicial (artigos 1º, 3º, 4º e 6º).

Mais especificamente, o §3º do artigo 3º do CPC/2015 prevê que "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". Ainda, o CPC/2015 abre Seção específica para tratamento dos "Conciliadores

20 SUPREMO Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação). STF Website, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198&caixaBusca=N >. Acesso em: 15 out. 2020.

21 BRASIL. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em 01/10/2020.

e Mediadores Judiciais" (artigos 165 a 175).

Meses após a publicação do CPC/2015, foi também publicada a Lei 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem de 1996 e, ainda, a Lei 13.140/2015, que previu sobre a utilização da mediação e conciliação nos meios judicial ou extrajudicial.

O amparo legislativo para avanço e valorização de mecanismos alternativos de solução de conflitos colabora para a utilização cada vez mais alargada desses institutos e para impulsionar toda a comunidade jurídica no estudo e aprimoramento das medidas necessárias para a efetiva implementação e utilização dessas técnicas. Com a compreensão de que esses métodos alternativos são efetivos, possibilitam e podem propiciar a entrega da justiça de forma célere e eficiente, vai se alargando a compreensão de que tais mecanismos possibilitam o acesso integral à justiça.

Não apenas no âmbito legislativo avanços estão sendo observados. Também o Conselho Nacional de Justiça e o Poder Judiciário vêm aprimorando as ferramentas para cumprimento destas legislações, mediante a criação de centros de conciliação e mediação, bem como investindo na capacitação de profissionais para atuação na área. Novas e mais capacitadas empresas privadas igualmente estão cada vez mais presentes e mais preparadas para oferecer serviços especializados de soluções alternativas de conflitos.

Trata-se de processo evolutivo e paulatino de compreensão de que a garantia da justiça vai muito além do acesso e decisão do Poder Judiciário. Como explica Juliana Raquel Nunes[22], Mauro Cappelletti e Bryant Garth explicitaram a existência das denominadas "ondas renovatórias de acesso à justiça". A primeira delas tem como foco o amparo econômico ao acesso à justiça, garantindo àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de um processo, meios para que possam ter a garantia constitucional do acesso à justiça sem o prejuízo de seu sustento. A segunda onda seria a garantia à tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Por fim, a terceira onda é justamente a que possui conexão com o tema trabalhado no presente artigo: "trata-se de uma nova estimativa do que se entende por Justiça, a qual deverá ser voltada ao social e composta por remédios acessíveis e efetivos"[23] (NUNES, 2017).

22 NUNES, Juliana Raquel. A importância da Mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 23, 31.

23 NUNES, Juliana Raquel. A importância da Mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 31.

Compreendida, portanto, a evolução legislativa acerca dos temas que envolvem medidas alternativas de solução de conflitos, passar-se-á a focar, de forma mais efetiva, na análise da mediação e conciliação, avaliando-se a sua compatibilidade com o sistema da Lei 11.101/2005, que trata da Recuperação de Empresas e da falência.

3. Previsões legislativas da Recuperação Judicial, da mediação e conciliação

A Lei 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário, da empresa individual de responsabilidade limitada empresária e da sociedade empresária no território brasileiro, não contava com previsão específica quanto à possibilidade de meios alternativos de solução de conflitos nas recuperações judiciais. A recente Lei que trata especificamente sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias igualmente não trouxe dispositivo específico sobre a questão.

Justamente por isso, houve um tempo em que se questionou se seria possível compatibilizar a mediação e a conciliação no bojo dos processos de recuperação judicial de empresas. Ocorre que, apesar da inexistência de uma autorização expressa pelos mencionados diplomas legais, certeza também se dava no sentido de que, igualmente, não havia nenhuma vedação legal para a compatibilização da mediação e conciliação com a técnica processual prevista para a recuperação judicial.

O artigo 189 da Lei 11.101/2005[24], cuja redação foi mantida pela Lei 14.112/2020, prevê que o Código de Processo Civil[25] é aplicável, no que couber, aos procedimentos previstos na Lei de Recuperação e Falência. A norma processual, por sua vez, principalmente após sua reforma em 2015, prevê o estímulo à utilização da conciliação e da mediação, bem como de outros métodos de solução de conflitos (art. 3º, §3º, do CPC/2015) e trouxe amplo regramento sobre o tema, como visto no tópico anterior.

24 Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

25 O texto legal menciona o Código de Processo Civil de 1973, pois era o vigente à época da publicação da Lei 11.101/2005. Como houve a edição de um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) entende-se que a nova norma processual é a que deve, a partir de sua vigência, ser compreendida como aplicável, no que couber, aos procedimentos da Lei de Recuperação e Falência, como preceituado no art. 189, da Lei 11.101/2005.

Analisada a questão, na "I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios", organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada em Brasília, em agosto de 2016, restou aprovado o Enunciado 45, que afirma que "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"[26].

Nestes termos, no que tange à análise normativa da questão, já nos parecia, mesmo antes do sancionamento da Lei 14.112/2020, haver amparo legal para sustentar a possibilidade de utilização da mediação e conciliação aos procedimentos previstos na Lei 11.101/2005, como foi assentado no enunciado 45 da "I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios".

A confirmação dessa compatibilização veio no apagar das luzes de 2020. No dia 24 de dezembro de 2020, o Presidente da República sancionou a Lei 14.112/2020, que reforma a Lei 11.101/2005. A nova lei entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2021[27] e, dentre as modificações que implementou na legislação de recuperação judicial e falência, está, justamente, a previsão de estímulo à "conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência" (inclusão da alínea "j", no art. 22, da Lei 11.101/2005) e a criação de uma seção na Lei dedicada a disciplinar as "Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial" (inclusão dos artigos 20-A a 20-D, na Lei 11.101/2005).

Com relação aos efeitos práticos da utilização destes mecanismos nas recuperações judiciais, necessário fazer breve análise das características intrínsecas aos procedimentos de mediação e conciliação e das regras da recuperação judicial, para averiguação da efetiva possibilidade de compatibilização entre os institutos.

26 FERNANDES, Og. SALOMÃO, Luis Felipe. FERREIRA, Antônio Carlos. WATANABE, Kazuo. FALCÃO, Joaquim. (coord.). Enunciados Aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília. Agosto 2016.

27 Lei 14.112/2020: "Art. 7º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial."

3.1. Características e princípios básicos da mediação e conciliação

O Código de Processo Civil de 2015 enunciou os princípios básicos e informadores da mediação e da conciliação, prevendo que devem sempre ser "informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada" (artigo 166, *caput*). O §4º do mesmo artigo ainda previu que devem ser regidas pela livre autonomia dos interessados.

A lei processual distinguiu a atividade do conciliador e a do mediador: (i) o conciliador "atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem" (artigo 165, §2º, CPC/2015); (ii) o mediador "atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos" (artigo 165, §3º, CPC/2015).

Como definição para a mediação, a Lei 13.140/2015 também previu, em seu artigo 1º, parágrafo único que "considera-se mediação *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".

Mediação e conciliação são "métodos autocompositivos de resolução de disputas"[28]. Portanto, as partes, por meio da participação de um terceiro devidamente capacitado, serão auxiliadas e orientadas na busca de formas alternativas para solução do conflito entre elas havido.

A análise do histórico de utilização destes métodos nos permite verificar que seu emprego foi incialmente mais difundido para tentativa de solução de conflitos ligados ao direito de família, conflitos cíveis e até agrários. Não há, contudo, uma limitação da utilização desses métodos para determinados conflitos, de modo que estão excluídos "do espectro de abrangência da mediação, os conflitos relativos a direitos absolutamente indisponíveis em

28 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição. Brasília/DF, CNJ, 2016. p. 139.

relação aos quais nem mesmo a lei permite transação"[29] (TARTUCE, 2015).

Não sendo o caso de direitos indisponíveis, é possível a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos. Citando Juan Carlos Vezulla, Fernanda Rocha Lourenço Levy (LEVY, 2013) aponta que

> a mediação enquanto gênero é uma só, e a depender do âmbito em que é utilizada é adjetivada em familiar, empresarial, comunitária, escolar, ambiental, nas relações internacionais entre países e assim por diante. A par disso, para cada contexto e conflito, uma mediação ímpar, singular[30].

Assim, cabe a ponderação e avaliação caso a caso, da viabilidade da utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos e dos benefícios que pode vir a trazer para solução da questão controvertida.

> Havendo a possibilidade de as partes atuarem em conjunto na busca para a solução do problema existente de modo a que o resultado seja satisfatório para todos os envolvidos, prevalece a cooperação sobre a competição, configurando-se os métodos não adversariais de solução de conflitos, que possibilitam a análise de toda a gama de questões envolvidas no conflito e sua resolução através do diálogo.[31] (DEMARCHI, 2007).

29 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos Civis. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: METODO. 2015. p. 310.

30 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

31 DEMARCHI, Juliana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano. VIGORITI, Vincenzo (coord.). Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo – Atlas. 2007. p. 49.

3.2. Desafios e benefícios da mediação e conciliação aplicadas aos processos de Recuperação Judicial

A Lei 11.101/2005, promulgada em 09 de fevereiro de 2005, regula a recuperação de empresas e a falência e configurou uma mudança substancial em relação ao que previa a legislação anteriormente vigente (Decreto-Lei 7.661/1945), que regulava a falência e a concordata.

A nova legislação, como pontua Sérgio Mourão Corrêa Lima, possui "discurso fortemente calcado no princípio da preservação da empresa (objeto de Direito)"[32] (LIMA, 2009) e apresenta os procedimentos que devem ser observados para cada uma das situações (recuperação da empresa ou decretação de sua falência). São, portanto, processos concursais que "envolvem: (a) sob o prisma subjetivo: a coletividade de credores; e (b) sob o enfoque objetivo: o conjunto de bens do devedor"[33] (LIMA & NORONHA, 2009).

Neste contexto, pode ser compreendido como desafio na implementação da mediação e conciliação nas recuperações judiciais de empresas justamente a existência de diversos sujeitos envolvidos e na gama de interesses diversos de cada um deles. A realização da mediação e da conciliação nesse cenário, portanto, envolve a necessidade de ampliação da noção mais comum do gerenciamento de conflitos que normalmente se dá em ambientes meramente bilaterais, com apenas um litígio em análise.

Inserir esses métodos de solução de conflitos no âmbito dos procedimentos previstos na Lei 11.101/2005 implica na necessidade de compreensão de seu caráter multifacetário e na percepção de que, além dos sujeitos envolvidos na mediação e conciliação, existe uma outra gama de envolvidos no processo recuperacional e que compartilham direitos e responsabilidades para além daqueles que estão sendo analisados na conciliação e mediação.

Não é em razão do envolvimento de diversos sujeitos e da existência de diversos direitos e deveres, contudo, que a mediação e a conciliação são

32 LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. (coord.) Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro. Forense, 2009. p. 4.

33 DE NORONHA, João Otávio. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. (coord.) Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro. Forense, 2009. p. 83.

incompatíveis com os procedimentos de recuperação judicial.

> A existência dessa diversidade de interesses leva à conclusão de que os objetivos da recuperação judicial devem visar à comunhão de interesses de todos os credores, bem como a manutenção das unidades produtivas – que não deixa de ser interesse da coletividade presente na recuperação judicial. Para lograr a comunhão de interesses é que o processo concursal conta com uma fase de negociação, cujo resultado esperado é o plano de recuperação.[34]

Assim, existe, ao final, objetivos comuns perseguidos por todos os agentes envolvidos no processo, por mais numerosos que sejam eles.

Outro ponto que pode ser ponderado como desafio para a utilização destes mecanismos de solução de conflitos na mediação é a necessidade de serem capacitados profissionais para condução específica das sessões de conciliação e mediação relacionados à recuperação judicial. Por mais que sejam mecanismos já utilizados há algum tempo no cenário jurídico brasileiro, a conjuntura da sua realização em um ambiente de recuperação judicial implicará na necessidade de treinamento dos conciliadores e mediadores para os desafios que podem aparecer especificamente ligados a esse contexto e para compreender as necessidades de cada uma das partes envolvidas em uma mesa de negociação nesse contexto.

Ademais, devem também os mediadores e conciliadores estarem cientes das especificidades e limitações da Lei 11.101/2005, para que não permitam que haja tentativa de transacionar acerca de questões que não podem ser objeto de negociação entre as partes (como é o caso da natureza jurídica e a classificação de créditos, por exemplo). Ainda, independentemente do momento e da fase em que proposta e realizada a conciliação ou mediação no processo recuperacional, deve sempre se ter em mente que o que restar transacionado precisa observar e respeitar "o princípio do *par conditio creditorum,* segundo o qual nenhum credor pode ser beneficiado em

34 VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. Mediação na Recuperação Judicial: paralelos com a evolução estrangeira. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 62/2019 | p. 45 - 81 | Jul - Set / 2019. DTR\2019\40054.

detrimento de outro”[35] (RITT, 2018).

A despeito dos desafios que podem ser enfrentados, que consideramos serem contornáveis, os benefícios da utilização desses mecanismos de solução de conflitos em ambientes de recuperação judicial e até antecedentes à sua instauração, nos parecem bastante consideráveis.

A mediação e a conciliação podem ser benéficas, por exemplo, na fase de elaboração do plano de recuperação judicial:

> Considerando a sistemática do processo de recuperação judicial, percebe-se que a fase deliberativa é de fundamental importância, visto que é o momento em que será discutido o plano de recuperação. Nos termos do art. 56 da Lei nº 11.101/05 “havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.
>
> Caso venha a ocorrer, esta é uma etapa de intensos diálogos e negociações entre os credores e a empresa recuperanda, de modo que a mediação pode contribuir para melhorar a comunicação entre as partes e conferir maior celeridade ao processo. Assim, como todos os envolvidos terão a oportunidade de conversar e esclarecer seus interesses e necessidades, o plano fruto da mediação certamente será mais realístico, pois atenderá os credores de forma mais satisfatória, ao mesmo tempo em que atenderá melhor às reais possibilidades da empresa[36]. (RITT, 2018)

A experiência nacional[37] também mostra, na prática, a possibilidade

35 RITT, Amanda Caroline. A utilização da mediação no processo de recuperação judicial. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

36 RITT, Amanda Caroline. A utilização da mediação no processo de recuperação judicial. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

37 Recuperação Judicial do “Grupo Oi” - Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001 cujo

da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos na recuperação judicial para solução de conflitos que envolvem o valor do crédito nos incidentes de impugnação e habilitação de crédito.

Em suma, a tentativa de solução dos diversos feixes de conflitos que circundam um processo de recuperação judicial por meio de alternativas como a mediação e conciliação pode (i) possibilitar a entrega de uma solução mais benéfica a todos os envolvidos nas tratativas; (ii) evitar a instauração de processos de recuperação judicial (para os casos de sua realização de forma prévia à instauração da recuperação judicial); (iii) abreviar os conflitos, solucionando-os de forma mais célere do que a que seria dada pelo Poder Judiciário; (iv) reduzir o número de conflitos que devem ser solucionados pelo Magistrado no bojo de um processo de recuperação judicial e, por fim, (v) pode cooperar para o fim último do processo de recuperação judicial: a recuperação da empresa, a manutenção de sua saúde financeira, da sua atuação no mercado e dos empregos que gera.

4. Análise prática da utilização da mediação e conciliação na Recuperação Judicial - o tratamento da jurisprudência recente sobre o tema

O Poder Judiciário já teve a oportunidade de analisar o tema ora em debate: a aplicação da mediação e conciliação no bojo de processos de recuperação judicial. Mais do que analisar, existem experiências efetivas de utilização da mediação em processos de recuperação e a análise dessas situações ajuda a ilustrar e concretizar o assunto e todo o desenvolvido até o momento no presente artigo.

O primeiro registro de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos em processo de recuperação judicial se deu no bojo da recuperação judicial do "Grupo Oi" (Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001). A decisão foi proferida pelo magistrado da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana que deferiu o pedido da recuperanda para realização de mediações tendo, assim, autorizado a realização de conciliação e mediação nos casos que envolviam pequenos credores, assim entendidos aqueles cujos créditos não superassem o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

processamento foi deferido em 29 de junho de 2016, pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro – informação disponível em: < http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/ >. Acesso em: 14/10/2020.

O Banco do Brasil, credor na recuperação judicial do "Grupo Oi", apresentou recurso em face da decisão (Agravo de instrumento nº 0018325-28.2017.8.19.0000). Em breve resumo do que constou do relatório do acórdão proferido no recurso[38], o Banco recorrente insurgia-se contra a "manutenção de direito de voto ao credor que já recebeu seus créditos de forma antecipada"; alegava que "se a eficácia do acordo está condicionada à aprovação do Plano de Recuperação não pode existir "adiantamento", verdadeiro prévio pagamento, ainda que pagamento parcial" e, ainda, que "a adoção da mediação não importe em injusta discriminação (*unfair discrimination*) entre os credores efetivamente atingidos pelo Plano, sob pena de se encarar a medida como uma tentativa de angariar os votos da maioria, considerado o quórum por cabeça em detrimento dos demais credores".

Em análise ao recurso interposto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a decisão proferida pelo Juiz de primeira instância, mantendo a possibilidade de utilização da mediação na recuperação judicial. Fundamentou o decidido ponderando que "A valorização do mecanismo da autocomposição vem sendo comumente reiterada pelo Poder Legislativo por intermédio da edição de várias leis com escopo de estimular a solução consensual dos litígios, envolvendo os interessados na busca de um resultado que alcance um benefício mútuo". Especificamente quanto à utilização destes mecanismos na recuperação judicial e analisando o caso concreto, a decisão confirma a compatibilidade da lei de mediação (Lei nº 13.140/2015) com a Lei 11.101/2005 e quanto ao caso concreto e alegações recursais do Banco, ponderou que "Diante da índole negocial que o plano de recuperação judicial apresenta, constituindo-se negócio jurídico de caráter contratual, com determinações específicas, a atuação do Estado-Juiz se restringirá à verificação se os interesses das partes para alcançar a finalidade recuperatória estão desrespeitando ou extrapolando os limites da lei."

O Banco recorrente também levou a questão à análise do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ. A despeito das alegações, foi igualmente mantida a decisão do Juízo de primeiro grau, tendo ainda sido mencionado na decisão que desproveu o Pedido de Tutela Provisória o Enunciado 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, já analisado

38 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 0018325-28.2017.8.19.0000. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: OI S.A. e outros. Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa. Disponível em: < OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (tjrj.jus.br) >. Acesso em: 09/10/2020.

neste artigo. Na decisão monocrática relatada pelo Ministro Marco Buzzi, foi exaltada a busca pela solução consensual de conflitos e mencionada a novel legislação sobre a mediação:

> Na mesma linha de entendimento, o escólio doutrinário acerca da matéria sustenta a aplicabilidade dos institutos da mediação e conciliação no bojo da recuperação judicial, *verbis*: "(...) A Lei n.º 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade - não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação - e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação - Lei n.º 13.140/2015 - e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105), que a integra o procedimento comum." (ut. Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. SALOMÃO, Luís Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Rio de Janeiro. Forense: 3ª ed. 2017, pag. 111)[39]

A mediação, nos moldes como deferida, foi então realizada de forma extrajudicial por meio de plataforma criada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Posteriormente, no bojo do mesmo processo de recuperação, o Juiz proferiu outra decisão deferindo a realização de novo procedimento de mediação:

> Essa nova mediação terá por objetivo estimular uma composição entre credores e devedoras para a

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: OI S.A. e outros. Relator: Min. Marco Buzzi. 13 de novembro de 2017. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78301834&tipo_documento=documento&num_registro=201702849596&data=20171113&formato=PDF >. Acesso em: 10/10/2020.

> definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com impugnações e habilitações de crédito e pelos credores que ainda vão ingressar com habilitações retardatárias de créditos. Como se vê em inúmeros incidentes em curso, tem sido muito comum as Recuperandas concordarem em parte com o valor pleiteado pelo credor e, na sequência, o credor concordar com o valor reconhecido pelas Recuperandas.[40]

Como fundamento do deferimento de novas mediações, o Juiz elencou:

A) O fato de tanto a empresa recuperanda quanto os credores, acionistas, Administrador Judicial e Ministério Público se mostrarem abertos à utilização de meios alternativos de solução dos conflitos havidos no bojo da recuperação judicial em questão;

B) A possibilidade de que o magistrado convoque as partes para tentativa de composição em qualquer momento e estágio do processo judicial, quando entender que o conflito pode ser adequadamente solucionado para alcance da ordem jurídica justa";

C) A valorização da mediação pelo sistema processual "sendo fortemente recomendável que o método seja aplicado em um processo de grande impacto social";

D) Menciona a legislação processual (Código de Processo Civil de 2015) e os artigos que preveem o estímulo à utilização da mediação, conciliação e outros métodos de solução de conflitos (artigos, 3º, §3º e 165, do CPC/2015);

40 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ. Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001. Autora: OI S.A. e outros. Juiz: Fernando Cesar Ferreira Viana. 20 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2018/10/fls.-341970-341973-Decis%C3%A3o.pdf >. Acesso em: 10/10/2020.

E) Também aponta o enunciado da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios que disciplinou que "a conciliação e a mediação são compatíveis com a recuperação judicial";

F) Expôs a complexidade da Recuperação Judicial do "Grupo Oi", devido ao enorme número de credores envolvidos e aos incontáveis incidentes de habilitação de créditos retardatários;

G) Ressaltou o sucesso obtido com o primeiro deferimento de mediações nesta mesma recuperação judicial, pontuando que "36 mil acordos foram feitos pelas Recuperandas e credores na mediação instaurada pelo Juízo".

Ainda envolvendo a recuperação judicial do "Grupo Oi", em decisão proferida no bojo de incidente de habilitação de crédito nº 0040651-08.2019.8.19.0001, foi determinada, pelo Juízo da Sétima Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, a suspensão do incidente e determinada a intimação do credor para acessar a plataforma online disponibilizada pelas Recuperandas para fins de realização do procedimento de mediação. O credor apresentou agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) alegando que não poderia ser compelido a "efetuar um acordo, o que lhe retira a opção de receber os valores que lhe pertencem de forma integral"[41].

Ao julgar o recurso apresentado, o TJRJ decidiu pela manutenção da decisão agravada, fundamentando que:

> Com efeito, a decisão agravada, ao suspender todos os incidentes em curso, em virtude da instauração do procedimento de mediação, teve por escopo assegurar a igualdade de tratamento entre todos os credores, norteado pelo princípio da *par conditio creditorum*, um dos pilares de aplicação e orientação da lei recuperacional. De fato, o expressivo número de incidentes de habilitação/impugnação

41 Trecho extraído do acórdão do agravo de instrumento nº 0035914-62.2019.8.19.0000.

> de crédito impede que se diferencie um ou outro incidente processual, bem como vai de encontro à celeridade e efetividade que o procedimento visa imprimir. Ademais, nenhum credor está obrigado a participar do procedimento de mediação, bastando apresentar petição nos autos informando eventual ausência de interesse e requerendo o prosseguimento do feito. Não se vislumbra qualquer prejuízo aos credores em razão da suspensão dos incidentes processuais em curso, uma vez que a mediação apenas alcançará a composição entre as partes quanto ao valor do crédito e não acerca da sua forma de pagamento, o qual observará os prazos e disposições do Plano de Recuperação Judicial. Registra-se, ainda, conforme esclarece o Administrador Judicial a fls. 90, "o crédito reclamado pelo Agravante, que tem natureza quirografária e está sendo habilitação de forma retardatária, será pago nos termos da cláusula 4.3.6 do PRJ tanto na hipótese de ser reconhecido por sentença quanto na hipótese do valor ser acordado entre as partes no procedimento de mediação, sob pena de violação ao princípio do *par conditio creditorum*".[42]

Os fundamentos do acórdão se basearam, portanto, na necessidade de garantia da igualdade de tratamento entre os credores; na complexidade da recuperação judicial em análise e os inúmeros incidentes de habilitação e impugnação de crédito; na busca da celeridade e efetividade do processo; na inexistência de obrigatoriedade de participação no procedimento de mediação; na ausência de prejuízo ao recorrente/credor; na observância do Plano de Recuperação Judicial, que não diferenciou o pagamento dos créditos quirografários retardatários (caso do crédito do credor/agravante) na hipótese de ser reconhecido por sentença ou de ser fruto de acordo.

42 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (OITAVA CAMARA CIVEL). Agravo de Instrumento nº 0035914-62.2019.8.19.0000. Recorrente: EGILIO VIEIRA DA SILVA Recorrido: OI TELEMAR NORTE LESTE S A. Relator: DES. MONICA MARIA COSTA DI PIERO. 30/10/2019. Disponível em: < http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E2C11053BB368C4451DDC12A78E3DC8DC50B31483D57 >. Acesso em: 10/10/2020.

Após a primeira experiência de mediação em sede de uma recuperação judicial, outros casos também seguiram o mesmo caminho.

Em recente decisão proferida no bojo da recuperação judicial nº 1050778-50.2020.8.26.0100, o Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP deferiu a utilização da mediação no bojo do processo de recuperação. Na ocasião, também ressaltou a relevância dos métodos alternativos de solução de conflitos e a importância da sua introdução desde o início do procedimento, para fins de alcance da celeridade e da economia processuais:

> A releitura do princípio do acesso à Justiça pelos Tribunais Superiores foi acompanhada de modificações legislativas recentes (CPC e Lei 13.140/2015) que enfatizaram a necessidade de solução adequada aos conflitos, não só pelo Poder Judiciário, mas também com o apoio da mediação e da conciliação.
>
> (...)
>
> Havendo interesses múltiplos em um processo de recuperação judicial, como o dos empregados, dos fornecedores, dos bancos, do Fisco, do Poder Público, é importante introduzir a mediação desde logo no processo, a fim de seja capaz de oferecer soluções adequadas a todos os interessados, com rapidez e economia de custos.[43]

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no bojo do Agravo de Instrumento n. 4034568-67.2019.8.24.0000, reformou decisão da 2ª Vara Cível

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP. Recuperação Judicial nº 1050778-50.2020.8.26.0100. Autora: Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda. Juiz: PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO. 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1050778-50.2020.8.26.0100&cdProcesso=2S0019N3N0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIlYCUzco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvk3GMA6XLd1ea%2FVsnYK3kiX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoTW9PMg5iSh%2BY1%2BjqoT4miQfseIYgWPQyvHk35j%2BjDKZZcwQ4dm2vVohCAGRbNQ14Wdzl7p5lGm1s3xPWlRfd04%3D>. Acesso em: 16/07/2020.

da Comarca de Timbó que havia indeferido o pedido de homologação de um acordo firmado entre a Oi S/A (agravante) e uma credora, acordo este firmado nos autos da execução de sentença n. 0004910-27.2008.8.24.0073/03.

Os fundamentos da decisão recorrida foram no sentido de que o crédito seria concursal, não podendo haver pagamento de valores fora do processo de Recuperação Judicial. O recorrente requereu a reforma da decisão, sob o fundamento de que o Plano de Recuperação Judicial previa a possibilidade de realização de procedimento de mediação com titulares de créditos ilíquidos. Analisando a questão, o Tribunal decidiu que "diante da permissiva do Juízo da Recuperação Judicial para a realização de mediação e inexistindo qualquer aparente ilegalidade no acordo extrajudicial firmado entre as partes, por seus procuradores devidamente habilitados e com poderes especiais para transigir, imperativa sua homologação".

Portanto, após fazer o controle de legalidade de acordo firmado entre as partes, averiguando a compatibilidade do avençado com as disposições e garantias mínimas da Lei 11.101/2005, igualmente privilegiou o Tribunal a vontade dos envolvidos, alcançada em procedimento extrajudicial de mediação, tendo homologado o acordo firmado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. SUSCITADA NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. VIABILIDADE. MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL AUTORIZADA PELO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ACORDO FIRMADO POR PROCURADORES COM PODERES ESPECÍFICOS PARA O ATO. HOMOLOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.[44]

44 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. Quarta Câmara de Direito Comercial. Agravo de Instrumento n. 4034568-67.2019.8.24.0000, Agravante: Oi S.A. Agravada: Inez Gumz Korz. Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil. j. 18-08-2020. Disponível em: < Evento 36 - ACOR27 (tjsc.jus.br) > Acesso em: 10/10/2020.

Nota-se, pois que o amparo legislativo mais notório nos últimos anos e a valorização da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos estão causando um efeito de valorização dessas medidas, fazendo com que todos os operadores do direito se vejam estimulados ao estudo e conhecimento da questão. O Poder Judiciário está cada vez mais preparado para amparar os jurisdicionados com meios especializados e efetivos de acesso a esses mecanismos, os magistrados cada vez mais conhecedores e aplicadores dessas medidas, a academia mais atuante no estudo da questão e os advogados cada vez mais habituados na condução de seus clientes nesse ambiente.

5. A evolução normativa e legislativa que culminou na Lei 14.112/2020 com a previsão expressa da mediação e conciliação no contexto da Lei 11.101/2005

5.1. As Regulamentações que antecederam a Lei 14.112/2020 e que já reforçavam a possibilidade (e benefícios) da utilização da mediação e conciliação na Recuperação Judicial

Com a valorização cada vez mais acentuada dos métodos alternativos de solução de conflitos e estando cada vez mais comprovada a sua eficiência e os benefícios que trazem para a solução de determinados casos – benefícios esses que alcançam tanto as partes quanto o Poder Judiciário – novos regramentos começaram a surgir regulamentando a utilização destes mecanismos nos processos de recuperação judicial.

Como se viu nos tópicos anteriores do presente trabalho, nem a Lei 11.101/2005, nem o Código de Processo Civil de 2015 ou a Lei de Mediação nº 13.140/2015 previram expressamente a possibilidade de utilização da mediação ou conciliação nos processos de recuperação judicial. Para findar a discussão do cabimento ou não desses métodos nos processos de recuperação judicial e até mesmo para fomentar a sua utilização, Projetos de Lei que propunham a alteração da Lei 11.101/2005 passaram a prever a possibilidade de utilização da mediação e conciliação no bojo das recuperações judiciais.

O Projeto de Lei nº 10.220/2018 previu sugestão de inclusão de uma alínea "j" no artigo 22, da Lei 11.101/2005 que passaria a conter a seguinte redação:

> Art. 22: Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:
>
> (...) j) "promover, sempre que possível, a mediação de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros.[45]

O mencionado Projeto de Lei foi inicialmente apensado ao Projeto de Lei 6229/2005, porém, foi posteriormente dele desapensado e "declarado prejudicado em face da aprovação da Subemenda Substitutiva Global Reformulada de Plenário ao Projeto de Lei nº 6.229, de 2005, adotada pelo Relator da Comissão Especial (Sessão Deliberativa Extraordinária Virtual de 26/08/2020 – 13h55 – 106ª Sessão)."[46]

O Projeto de Lei 6229/2005, por sua vez, teve sua redação final apresentada na Câmara dos Deputados em 26/08/2020 e, na sequência, foi remetido ao Senado Federal em 02/09/2020 (Projeto de Lei n° 4458, de 2020)[47].

O Projeto de Lei 6229/2005, que foi o Projeto convertido na Lei 14.112/2020, também se tratava de sugestão de alteração da Lei 11.101/2005 com o intuito de "atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária"[48]. A redação final, que seguiu para tramitação no Senado Federal, também contou com previsões sobre a mediação e conciliação no processo de recuperação judicial e falência. Foi mantida a sugestão de inclusão de uma alínea no artigo 22, da Lei 11.101/2005, porém com uma redação diversa:

45 BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei nº 10.220/20. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=20BF32902B374A94CE35AFBD3B92DF11.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018.Apresentação: 10/05/2018. Acesso em: 12/10/2020.

46 Andamento da tramitação do Projeto de Lei. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>.Acesso em: 12/10/2020.

47 Tramitação pode ser acompanhada pelo sítio eletrônico do Senado Federal por meio do link:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144510.

48 BRASIL. Projeto de Lei nº 6229/2005. 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. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1934966&filename=Tramitacao-PL+6229/2005. Apresentação: 23/11/2005. Acesso em: 12/10/2020.

> Art. 22.
>
> (...)
>
> j) estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

Ainda, o Projeto de Lei 6229/2005 sugeriu a criação de nova Seção na Lei 11.101/2005 intitulada "Seção II–A Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial".

O Projeto de Lei 6229/2005 que, na época da redação da primeira versão do presente artigo ainda não havia sido convertido em Lei, foi, então, aprovado com alguns vetos Presidenciais, mas mantidas as sugestões relativas à mediação e conciliação, sanando a ausência de previsão legal da compatibilidade e possibilidade de utilização desses métodos nas recuperações judiciais e falência.

Em paralelo às sugestões de alteração da própria Lei 11.101/2005, outras regulamentações também estavam sendo criadas, valorizando, incentivando e ampliando a utilização e o acesso a essas soluções alternativas de conflitos no bojo das recuperações judiciais e falência.

Em outubro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 58 por meio da qual "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."[49]

Na justificativa introdutória para as recomendações propostas, a instituição pública pontuou que o fomento da utilização dessas medidas promove a "efetividade e unidade do Poder Judiciário". Também se calca nas previsões legais do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e menciona o fim último da recuperação judicial, que é a superação da crise da empresa e da falência, que "visa a preservar e otimizar

49 BRASIL. Recomendação Nº 58 de 22/10/2019. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070#:~:text=Recomenda%20aos%20magistrados%20respons%C3%A1veis%20pelo,poss%C3%ADvel%2C%20o%20uso%20da%20media%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 01/10/2020.

a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa" (nos termos do artigo 75, da Lei 11.101/2005).

Com base nestas explanações iniciais, que delineiam as razões pelas quais a recomendação está sendo editada, passa o CNJ a dispor com mais detalhes o modo como a mediação e conciliação podem ser utilizadas no âmbito da recuperação e da falência, traçando diretrizes e limites de seu emprego.

Seguindo a concepção atual de acesso à justiça, que vai muito além do provimento judicial exarado por um magistrado, concepção esta advinda de um amadurecimento paulatino e gradual da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça recomenda aos magistrados a promoção, sempre que possível do uso da mediação como meio para auxílio da solução das questões e conflitos surgidos nas recuperações de empresa e na falência (art. 1º da Recomendação nº 58/CNJ).

O artigo 2º da Recomendação aponta algumas hipóteses em que a mediação pode ser implementada, deixando clara a redação, contudo, que as previsões elencadas nas alíneas do mencionado artigo não são exaustivas, mas exemplificativas. Dentre as hipóteses apresentadas, algumas merecem ser pontuadas de forma mais destacada.

O inciso II, do artigo 2º, por exemplo, recomenda a utilização da mediação na negociação do plano de recuperação judicial. Como visto anteriormente neste trabalho, as discussões acerca do plano de recuperação judicial são, efetivamente, um campo fértil para a mediação e os resultados que essa mediação pode alcançar nesse campo são igualmente interessantes. Afinal, garantir um maior alinhamento entre os agentes envolvidos na recuperação judicial significa uma maior probabilidade de aprovação do plano sem muitas objeções. O próprio inciso II não se limita a recomendar a utilização da mediação na negociação do plano de recuperação, mas vai além, afirmando que a sua aplicação nesse momento aumenta as chances de aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores, "sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia".

A Recomendação ainda destaca a utilização da mediação para resolução das disputas entre "sócios/acionistas do devedor" (art. 2º, inciso IV). A sugestão igualmente não é sem razão, pois esse perfil de conflito envolve, muitas das vezes, questões que ultrapassam controvérsias jurídicas. Assim sendo, a literalidade do direito e das leis pode não entregar a justiça completa e efetiva nestas situações, que poderá ser melhor alcançada por

meio da mediação, que permite o debate mais aprofundado entre as partes que podem, com o auxílio do mediador, alcançar um resultado às vezes mais satisfatório para solução do conflito.

A Recomendação do CNJ não traz apenas as situações em que a mediação é recomendada. Impõe, também, os limites de sua utilização. O §1º do mesmo artigo 2º veda, de forma expressa, a realização de mediação em relação à classificação dos créditos. Ressalta, ainda, a necessidade de que o acordo alcançado com a mediação seja deliberado pela Assembleia Geral de Credores nas hipóteses exigidas legalmente e a imprescindibilidade do controle de legalidade do acordo avençado, que deve ser realizado pelo magistrado e posteriormente homologado, em caso de inexistência de qualquer irregularidade na avença.

Como é de se ver, a existência da previsão da possibilidade de utilização da mediação e da conciliação, além de outros métodos de solução de conflitos, na nova Lei 14.112/2020, que modificou a Lei 11.101/2020, vem de um contexto anterior, em que previsões normativas nesse sentido já estavam vigentes, reconhecendo os benefícios dessa utilização.

5.2. Outros normativos editados antes da Lei 14.112/2020 que visaram a oferecer solução de conflitos empresariais agravados com a pandemia do Covid-19

Merecem ser pontuados os recentes normativos editados após a crise instalada com a Pandemia do Covid-19 e que previram a criação e implementação de centros especializados de mediação para tratamento de questões atinentes a recuperações e falência de empresas, no período de crise vivenciado com a disseminação do Covid-19.

Não passa desapercebido o impacto causado pelo Coronavírus nos mais diversos setores da economia, desde o início de seu alastramento. As empresas foram inegavelmente afetadas em suas atividades e em sua saúde financeira, causando um aumento notório no número de pedidos de recuperação judicial e de falência perante o poder Judiciário.

Para tentar estancar o abarrotamento do Poder Judiciário com a análise dessas questões e com o intuito de buscar uma solução mais célere e mais efetiva para muitos dos conflitos advindos desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 07 de agosto de 2020, a Recomendação nº 71

que disciplina a criação de "Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial"[50].

Reconhecendo a necessidade de capacitação e especialização dos mediadores que irão tratar das questões atinentes a conflitos empresariais, o agravamento desses conflitos em razão da pandemia do Covid-19 e a valorização cada vez mais intensa e informada dos métodos alternativos de solução de conflitos, - o que nomeou como "microssistema normativo de métodos adequados de tratamento de conflitos empresariais –, o CNJ recomendou a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresarias pelos Tribunais brasileiros.

Como mencionado na própria Recomendação, alguns Tribunais foram pioneiros na implementação destes centros e capacitação de seu pessoal para suportar essa elevação de demanda e para conduzir da melhor maneira possível esses conflitos. Foram eles: Tribunal de Justiça de São Paulo – Provimento CGJ nº 11/2020; Tribunal do Paraná – Cejusc de Recuperação de Empresas da Comarca de Francisco Beltrão; Tribunal do Rio de Janeiro – Ato nº 17/2020; Tribunal do Espírito Santo – Ato Normativo Conjunto 22/2020; Tribunal do Rio Grande do Sul – Ato 25/2020.

As medidas seguem a linha do tratamento dos conflitos de forma ampla e adequada, fugindo da concepção de que apenas uma decisão judicial pode dar solução definitiva para os conflitos. Via de consequência, se permite a ampliação da utilização de métodos alternativos, criando um ciclo virtuoso que inclui: a elevação do número de profissionais capacitados; a conscientização da população que aciona o Poder Judiciário; o incentivo da academia e dos profissionais do direito para igualmente se capacitarem e estarem preparados para orientar seus clientes na correta e efetiva utilização dessas medidas.

Em última análise, se utilizadas de maneira correta, com a observância das regras garantidoras mínimas e básicas referentes à Lei 11.101/2005, a mediação e conciliação podem vir a ganhar cada vez mais espaço na solução de conflitos empresariais, incluindo os conflitos da empresa em crise (recuperação e falência). Quem sairá ganhando? O Poder Judiciário, as partes, a empresa, a economia a justiça!

50 BRASIL. Recomendação Nº 71 de 05/08/2020. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434. Acesso em: 01/10/2020.

5.3. As Regulamentações da Lei 14.112/2020 – coroação do contexto evolutivo da análise da aplicabilidade da mediação e conciliação aos processos de recuperação judicial

Nem toda previsão legislativa advém de um longo processo de amadurecimento dos benefícios e efetividade de sua aplicação concreta no mundo jurídico. Em alguns casos, devido a urgências para disciplina de um determinado assunto, ou por inúmeros outros motivos, novas previsões legais são criadas e entram em vigor sem esse arcabouço anterior de debates prévios, seja na esfera acadêmica, jurisprudencial ou política.

Pelo contexto narrado no presente artigo, podemos dizer que não foi essa ausência de discussão prévia que permeou a questão da análise da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos nos processos de recuperação judicial. Ao contrário, o que restou hoje disciplinado pela Lei 14.112/2020 foi fruto de uma conjuntura de fatores verificados ao longo de muitos anos. O mais curioso na questão é verificar que essa construção foi paulatina e perpassou por várias esferas: primeiro a valorização doutrinária dos meios alternativos de solução de conflitos; depois as modificações legislativas genéricas; então, o questionamento doutrinário e acadêmico sobre a compatibilização desse métodos com a Lei 11.101/2005; seguiram-se, após, sugestões normativas; até culminarem nos Projetos de Lei e, por fim, nas previsões da Lei 14.112/2020 sobre o assunto.

Com a entrada em vigor da Lei sancionada em 24/12/2020, a Lei 11.101/2005 passará a contar com o art. 22, alínea "j", que fomenta e incentiva, sempre que possível, a adoção da mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos na recuperação judicial e na falência. A Lei 11.101/2005 também passa a ter os artigos 20-A a 20-D, que trazem um detalhamento maior sobre a aplicação desses métodos aos processos de recuperação judicial.

O artigo 20-B pontua que a mediação e conciliação poderão ser realizadas inclusive de forma antecedente ao processo de recuperação judicial. Se a pertinência da adoção desses métodos for identificada no curso da recuperação judicial, a conciliação e a mediação poderão ocorrer em qualquer grau de jurisdição, até mesmo em fase recursal nos Tribunais Superiores (artigo 20-A).

Sobre os limites das matérias que podem ser objeto das transações feitas, o §2º do artigo 20-B deixa clara a impossibilidade de haver conciliação

ou mediação "sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores".

Não destoando do que restou consolidado no cenário anterior à aprovação legislativa, o artigo 20-C prevê a necessidade de que o acordo alcançado por meio de mediação ou conciliação seja homologado pelo juiz competente, nos termos do artigo 3º, da Lei 11.101/2005.

Como o panorama jurídico anterior à Lei 14.112/2020 já se mostrava bastante consolidado em muitos aspectos concernentes à utilização da mediação e conciliação nos processos de recuperação judicial, nos parece que as previsões da nova legislação confirmaram o que já estava sendo verificado na jurisprudência, em atos normativos e confirmado pela comunidade acadêmica.

O trabalho de efetivação da nova letra da lei, contudo, certamente ainda demandará muitos ajustes práticos, muita conscientização e muito treinamento, para serem evitadas distorções na utilização desses institutos que tanto podem contribuir para a efetividade dos processos de recuperação judicial.

6. Conclusão

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, apesar de o texto original da Lei 11.101/2005 não contar com previsão expressa acerca da possibilidade de utilização da mediação, conciliação e outros métodos de resolução de conflitos na recuperação das empresas, e apesar das leis mais noveis sobre o assunto também terem se silenciado a respeito (Código de Processo Civil de 2015 e Lei de Mediação nº 13.140/2015), mesmo antes de sancionada a Lei 14.112/2020 a comunidade jurídica não mais negava a possibilidade dessa utilização e compatibilização. Ao contrário, passou a reconhecê-la, compreender seus benefícios e fomentá-la, mesmo antes da recente alteração do texto da Lei 11.101/2020.

Compreendeu-se ao longo do analisado que não apenas são compatíveis com a Lei 11.101/2005 como devem ser fomentados esses mecanismos como maneira de entrega da justiça às empresas e credores de forma mais célere, efetiva e justa. A sua disseminação não afasta, contudo, a necessidade de manutenção das regras e deveres mínimos previstos na legislação falimentar e recuperacional. Ao contrário, o controle da legalidade e observância

desses institutos para garantia de que foram preservados princípios caros do processo de recuperação judicial e falência, é imprescindível.

Essa cautela não impede – e a vivência prática tem demonstrado isso –, que essas medidas sejam utilizadas justamente para possibilitar o fim máximo previsto na Lei 11.101/2005 para a recuperação judicial (manutenção das atividades produtivas, dos empregos e satisfação dos créditos) e para a falência ("preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa" – art. 75, da Lei 11.101/2005).

As recentes atividades legislativas, normativas e judiciais sobre o tema ressaltam essa importância e a necessidade de que os estudos e regulamentações sobre a matéria sejam mantidos sempre ativos e vivos. A Lei 14.112/2020 foi a conclusão de todo esse processo evolutivo sobre o assunto, tendo, agora, expressamente incluído na Lei 11.101/2005 a previsão da utilização da mediação e conciliação nos processos de recuperação judicial, consolidando o reconhecimento de seus benefícios. Afinal, se o fim último almejado por todos é a realização da justiça, não há razão para diferenciar a forma como ela alcançada: seja por meio de decisão judicial ou por métodos a ela alternativos e não menos eficazes, desde que mantida a observância dos regramentos que disciplinam o processo de recuperação judicial e que garantem a lisura de todo o procedimento e igualdade de todos os envolvidos.

7. Bibliografia

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial,* 6ª Edição. Brasília/DF, CNJ, 2016.

BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei nº 10.220/20. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.Disponívelem:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=20BF32902B374A94CE35AFBD3B92DF11.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018. Apresentação: 10/05/2018. Acesso em: 12/10/2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6229/2005. 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. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1934966&filename=Tramitacao-PL+6229/2005. Apresentação: 23/11/2005. Acesso em: 12/10/2020.

BRASIL. Recomendação Nº 58 de 22/10/2019. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070#:~:text=Recomenda%20aos%20magistrados%20respons%3%A1veis%20pelo,poss%C3%ADvel%2C%20o%20uso%20da%20media%3%A7%C3%A3o. Acesso em: 01/10/2020.

BRASIL. Recomendação Nº 71 de 05/08/2020. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434. Acesso em: 01/10/2020.

BRASIL. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em 01/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido:OI S.A. e outros. Relator: Min. Marco Buzzi. 13 de novembro de 2017. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?omponente=MON&sequencial=78301834&tipo_documento=documento&num_registro=201702849596&data=20171113&formato=PDF >. Acesso em: 10/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ. Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001. Autora: OI S.A. e outros. Juiz: Fernando Cesar FerreiraViana. 20 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2018/10/fls.-341970-341973-Decis%C3%A3o.pdf >. Acesso em: 10/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 0018325-28.2017.8.19.0000. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: OI S.A. e outros. Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa. Disponível em: < OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (tjrj.jus.br) >. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (OITAVA CAMARA CIVEL). Agravo de Instrumento nº 0035914-62.2019.8.19.0000. Recorrente: EGILIO VIEIRA DA SILVA Recorrido: OI TELEMAR NORTE LESTE

S A. Relator: DES. MONICA MARIA COSTA DI PIERO. 30/10/2019. Disponível em:<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E2C11053BB368C4451DDC12A78E3DC8DC50B31483D57 >. Acesso em: 10/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP. Recuperação Judicial nº 1050778-50.2020.8.26.0100. Autora: Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda. Juiz: PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO. 24 de junho de 2020. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1050778-50.2020.8.26.0100&cdProcesso=2S0019N3N0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIlYCUzco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvk3GMA6XLd1ea%2FVsnYK3kiX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoTW9PMg5iSh%2BY1%2BjqoT4miQfseIYgWPQyvHk35j%2BjDKZZcwQ4dm2vVohCAGRbNQ14Wdzl7p5lGm1s3xPWlRfd04%3D >. Acesso em: 16/07/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. Quarta Câmara de Direito Comercial. Agravo de Instrumento n. 4034568-67.2019.8.24.0000, Agravante: Oi S.A. Agravada: Inez Gumz Korz. Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil. j. 18-08-2020. Disponível em: < Evento 36 - ACOR27 (tjsc.jus.br) > Acesso em: 10/10/2020. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. (coord.) *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

FERNANDES, Og. SALOMÃO, Luis Felipe. FERREIRA, Antônio Carlos. WATANABE, Kazuo. FALCÃO, Joaquim. (coord.). Enunciados Aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília. Agosto 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano. VIGORITI, Vincenzo (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo – Atlas. 2007.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.* São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Juliana Raquel. *A importância da Mediação e da conciliação para*

o acesso à justiça: uma análise à luz do Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

RITT, Amanda Caroline. *A utilização da mediação no processo de recuperação judicial*. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

SUPREMO Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação). STF Website, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: < ttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198&caixaBusca=N >. Acesso em: 15 out. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos Civis*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: METODO. 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. *Mediação na Recuperação Judicial: paralelos com a evolução estrangeira.* Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 62/2019 | p. 45 - 81 | Jul - Set / 2019. DTR\2019\40054.

WATANABE, Kazuo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano. VIGORITI, Vincenzo (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo – Atlas. 2007. p. 6.

CAPÍTULO 3

A preciosa contribuição da medição à recuperação judicial

Nilson Reis Júnior
Doutorando e mestre em Direito de Empresa pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mediador certificado pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos - ICFML. Advogado.

1. Introdução

O Brasil vive importante momento de alteração legislativa na área da insolvência empresarial, mediante as recentes mudanças promovidas pela Lei nº 14.112/2020, que entrou em vigor em 23/1/2021, na Lei nº 11.101/05.

Embora se reconheça que boa parte das diversas modificações e inclusões na Lei de Recuperação e Falências represente a consolidação de entendimentos arraigados na jurisprudência dos tribunais pátrios, tem-se, por outro lado, que o legislador busca tornar os procedimentos recuperacional e falimentar mais dinâmicos e eficientes, com especial destaque para o incentivo à mediação e à conciliação.

Para além disso, outros textos processuais têm produzido, nos últimos anos, relevantes inovações e a provocação a uma mudança cultural de comportamento, especificamente no que concerne à oferta de meios alternativos para a solução dos conflitos de interesses.

Nesse particular, dedica-se atenção ao Código de Processo Civil de 2015, à Lei nº 13.140/2015 e à Resolução nº 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio dos quais se criou arcabouço legal e regulatório para disciplinar e estimular maior difusão dos mecanismos não contenciosos de solução de litígios, dentre eles, a mediação.[51]

A esse respeito, a mediação, em que o mediador escuta as partes e as auxilia a encontrar um caminho para a solução da controvérsia, implica, de forma célere e com significativa redução de custo, na possibilidade de

51 CEREZETTI Sheila C. Neder. Gustavo Lacerda Franco. A recuperação extrajudicial e a mediação em tempos pós-Covid-19. Revista dos Advogados. 2020. Pg. 02.

ressignificar o conflito, sendo a oralidade, neste contexto, uma ferramenta valiosa.

Ivo Waisberg[52] enfatiza que, na busca por soluções, deve-se privilegiar o aspecto negocial, devendo devedor e credores serem instados a negociar uma saída tecnicamente viável.

Por certo, o citado avanço legislativo se justifica pelo impacto que a crise empresarial produz ao redor de um leque de interesses de uma coletividade (empregados, fornecedores, fisco, agentes financeiros, dentre outros)[53], que passa a ser afetado pelos sucessos ou insucessos que marcam o trajeto das empresas, com inevitável repercussão na esfera individual e coletiva, constituindo-se, pois, um problema social.[54]

---

52 WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org.). Aspectos Polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, p. 431.

53 "(...) a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas" (...). "É útil a imagem dos três círculos em torno da empresa - a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas em redor do Sol. No círculo mais próximo ao centro, estarão representados os interesses dos empresários; mas não somente os deles, como também os dos sócios da sociedade empresária, dos investidores estratégicos, acionistas do bloco de controle e, nas companhias com elevado nível de dispersão acionária, os dos administradores graduados. No segundo círculo, o mediano, representam-se os interesses dos bystanders: os dos trabalhadores (voltados à preservação de seus empregos e melhoria no salário e nas condições de trabalho), dos consumidores (que precisam ou querem os produtos ou serviços fornecidos pela empresa), o Fisco (cuja arrecadação aumenta em relação direta com o desenvolvimento da atividade econômica), dos fornecedores de insumo (empresa-satélite, muitas delas exploradas por micro empresas e médios empresários), dos investidores não sofisticados do mercado de capital (se a empresa é explorada por companhia aberta) e dos vizinhos dos estabelecimentos empresariais (normalmente beneficiados com a valorização do entorno). No terceiro círculo, o mais extenso, são representados os interesses metaindividuais coletivos ou difusos da coletividade, ou seja, o de todos os brasileiros (favorecidos, em caso de plena eficácia dos princípios de direito comercial, pelo decorrente barateamento geral dos preços), a economia local, regional, nacional e global (com o desenvolvimento, que, afinal, é a soma dos desenvolvimentos das respectivas empresas". (COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58).

54 "A empresa é uma célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo - o lucro - promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do país, não porque esse seja o seu objetivo final - de fato, não o é -, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de "externalidade positiva") do exercício da sua atividade". SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/05. São Paulo: Almedina, 2016, p.73.

E não obstante os 15 anos de vigência da Lei nº 11.101/05, o procedimento de recuperação judicial tem enfrentado desafios na gestão processual entre as figuras nele envolvidas - devedor, credores e administrador judicial, especialmente - a incapacidade de operacionalidade do Poder Judiciário, a demora na tomada de decisões, o custo envolvido em todo o processo, além da não especialização dos magistrados para julgar a matéria de recuperação judicial. Ademais, a pluralidade de sujeitos participantes, com interesses diversificados, dificulta o consenso e a adoção de medidas satisfatórias.[55]

Assim, para garantir melhores resultados no contexto de uma reestruturação e preservação da empresa, em prazo razoável, preservando-se o interesse da coletividade e oxigenando a economia, faz-se necessário um sistema rápido e eficiente, o que demanda uma mudança de paradigma e de estímulo e uso das fontes alternativas de soluções de conflitos, destacando-se a mediação.

2. A regulamentação da mediação, como paradigma para a mudança de comportamento

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos que foi regulamentada no Brasil, pela primeira vez, em 2010, por meio da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo ainda definida como política judiciária a ser desenvolvida e oferecida por intermédio de Centros Judiciários de Solução de Conflitos.

É verdade que ela é discutida no âmbito do Direito desde a década de 1990[56], e que está ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado na década de 1970[57], mas somente em 2010 foi feita a primeira norma dedicada a ela, à

55 CHAVES, Natália Cristina. Processo Civil Contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior. Organizado por Santos Lucon, Paulo Henrique dos; De Faria, Juliana Cordeiro; Marx Neto, Edgard Audomar; e Norato Rezende, Ester Camila Gomes. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2018, p. 457-460.

56 Em 1995 o Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família instituiu uma comissão para o estudo da Mediação Familiar. Dois anos depois, em 1997, o instituto promoveu diversos eventos e lançou em fevereiro a obra "Direito de Família e Ciências Humanas – Cadernos de Estudos n.º 1.

57 Na década de 1970 já se demandava uma alteração do sistema que o tornasse melhor do ponto de vista da própria sociedade. Nesse contexto, outros meios de solução de controvérsias que já existiam à época, como a mediação comunitária, influenciaram a busca por outros meios que contribuíssem para a melhoria das relações envolvidas nas disputas, como métodos efetivamente capazes de comporem as diferenças das partes (CNJ, 2016, p.27).

qual seguiram o Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o Código de Processo Civil de 2015, que abordam a mediação ao longo de seu conteúdo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução nº 125/2010, estabeleceu que é a mediação uma negociação facilitada por um terceiro. Trata-se, em outras palavras, de um processo auto compositivo em que as partes são auxiliadas por pessoa neutra para chegarem a um acordo.

Adolfo Braga Neto[58] afirma que:

> A mediação, portanto, lida com as pessoas envolvidas no conflito, e não com o caso propriamente dito. Isso quer dizer que a atividade do mediador é construída em torno das partes para gerar um aprendizado de como lidar com conflitos, e não apenas em torno do objeto da disputa. Assim, para que a mediação tenha ao menos uma chance de ter sucesso, é necessário cooperação e boa-fé de ambas as partes, além de ser fundamental que mantenha seu caráter voluntário.

Já a Lei nº 13.140/15 apresentou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares a respeito de direitos disponíveis e indisponíveis, que admitam transação, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ainda, estabeleceu a mediação como 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.

Outrossim, definiu os princípios da mediação, a saber: imparcialidade do mediador, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 valoriza o diálogo, a participação real das partes no processo e a autocomposição, de modo que prevê o sistema multiportas de solução de conflitos, e coloca como dever de

58 In Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. In: Revista da Faculdade de Direito UniRitter • 11 • 2010. Disponivel em: https://seer.uniritter.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=view&path%5B%5D=459&path%5B%5D=283 Acesso em: 05 abr. 2019.

todos o estímulo aos métodos alternativos de solução de controvérsias em nome da celeridade processual, do melhor entendimento entre as partes por meio de diálogo mais profundo, e para o alcance de uma maior satisfação para ambas as partes.

E, ainda, disciplina que os atos processuais podem ser objeto de negócio jurídico processual:

> Art. 190. 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.

Sobre o modo em que a mediação é apresentada no Código de Processo Civil, Fernanda Tartuce[59] explica que:

> A localização dos dispositivos é bem variada, a revelar a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento. Com efeito, desde que haja disposição dos envolvidos o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas.

Conquanto uma mudança de paradigma não ocorra instantaneamente, a referência de ser o Poder Judiciário o principal meio para a resolução de conflitos começou a ser questionada. A sua estrutura sobrecarregada, embora com alta produtividade, burocrática e pouco efetiva foi a mola propulsora para que a mudança de padrão acontecesse.

59 In O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf Acesso em: 05 jan. 2018, p.2.

Daniel Carnio alerta sobre a necessidade de uma mudança cultural no gerenciamento dos processos judiciais:

> O tempo necessário para que venham os sonhados e necessários investimentos no Poder Judiciário pode ser muito longo, em prejuízo da eficiência da Justiça. Diga-se o mesmo em relação às reformas legislativas, sempre bem intencionadas, mas dilaceradas pela tramitação nas Casas do Congresso Nacional, à mercê do jogo político. [...] o fato é que a mudança de cultura de gerenciamento de processos também é importante para a solução desse problema e, por outro lado, apresenta efeitos imediatos no que concerne à viabilização de respostas rápidas aos problemas que já se apresentam ao julgador.[60]

A propósito, em pesquisa realizada por pesquisadores da Universidade de São Paulo (USP), e que venceu o edital da série "Justiça Pesquisa", do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concluiu-se, após o exame de banco de dados com 160 milhões de documentos, que nos casos de mediação ou conciliação, o tempo de tramitação do processo cai pela metade[61].

Carlos Araújo[62] assim diz:

> A nenhum operador de direito é dado desconhecer que nosso Judiciário, em todas as instâncias sem exceção, ao tempo em que se vê confrontado com questões de alta complexidade, também se encon-

60 COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (COORD). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas. D' Plácido, Belo Horizonte, 2016, p.93.

61 Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes. Migalhas, 19 de julho de 2019. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/quentes/306719/pesquisadores-da-usp-analisam-a-mediacao-e-a-conciliacao-no-pais--e-apontam-acoes. Acesso em 21 jan. 2021.

62 In Marco Legal para a mediação pretende combater a morosidade na Justiça. 2014. In: Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI206265,-71043-Marco+Legal+para+a+mediacao+pretende+combater+a+morosidade+na+Justica Acesso em: 05 abr. 2019.

> tra hoje em dia, rotineiramente assoberbado de volumosas demandas que abarrotam os tribunais, decorrentes de um número insano de ações ajuizadas pelas mais diversas causas de pedir. Os dados são contundentes e escancaram nossa realidade. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem hoje computados no Brasil mais de noventa milhões de processos judiciais, ou a média desconcertante de quase um processo para cada dois brasileiros e que via de regra, costuma demorar, em média, dez anos para serem concluídos!

Diante deste cenário, e sendo admissível a realização de negócio jurídico processual entre devedor e seus credores na recuperação judicial, a respeito de determinadas questões, já que a Lei nº 11.101/05 assim não veda, bem como o Código de Processo Civil vigente positivou tal permissão, a mediação passou a fazer parte do procedimento recuperacional por oportuna determinação de magistrados.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019, buscou promover a aplicação da mediação nos processos de recuperação judicial e falências em tramitação em todo o país, sejam de varas especializadas ou não.

Imagina-se, ainda, que a adoção da mediação em processos de recuperação judicial possa também ser fruto do que há muito se pratica no direito estrangeiro, exponencialmente nos Estados Unidos da América, França, Espanha, Portugal, Argentina, dentre outros.

E recentemente, em virtude da pandemia da COVID19, houve a tomada de medidas emergenciais, de origem difusa, para adaptar o sistema de insolvência frente a alta expectativa de pedidos de recuperação judicial, em que se previu a realização de sessões de mediação nos procedimentos de recuperação e mesmo em fase precedente.

Entre elas, a Recomendação nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), elencando uma série de orientações aos Juízes com competência para processar e julgar processos de recuperação judicial e de falência, e os projetos-piloto de mediação pré-processual.

Ato contínuo, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) fez publicar

o Provimento nº 19/2020, que dispôs sobre a criação de projeto-piloto de mediação pré-processual para apoio à renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedades empresárias, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio portes, decorrentes da pandemia da COVID19. Estabeleceu-se que a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, e que serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

E por fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Resolução nº 697, de 6 de agosto de 2020, estabeleceu a criação do Centro de Mediação e Conciliação - CMC, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais naquele Sodalício, competindo a este buscar, mediante mediação ou conciliação, a solução de questões jurídicas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Destarte, a disseminação da mediação, como método de resolução de conflitos, apresenta-se como uma mudança definitiva e saudável de paradigma para a maior eficiência nos processos de insolvência empresarial.

3. A mediação e a sua importância na recuperação judicial

No decorrer da vigência da Lei nº 11.101/05, já se verificava a necessidade de aprimoramento das ferramentas da recuperação judicial e da falência de empresas, especialmente com a adoção de procedimentos mais simplificados e céleres de soluções negociadas, a fim de que o país pudesse enfrentar com mais sucesso as crises econômicas agudas, preservando a atividade empresarial e a geração de benefícios econômicos e sociais dela decorrentes.

Então, o Poder Judiciário saiu na frente e adotou a mediação como método alternativo à solução de conflitos em processos de recuperação judicial, gerando flexibilidade e eficiência a esse procedimento.

E no apagar das luzes de um ano sofrido em decorrência dos efeitos da pandemia da COVID19, foi sancionada a Lei nº 14.112/20, que representa uma nova perspectiva para a recuperação judicial, notadamente por conta do estímulo à mediação e da sistemática positivada de sua aplicação nas fases pré-processual e processual.

3.1. A mediação na insolvência empresarial antes da Lei nº 14.112/20

O ato precursor na insolvência empresarial se deu na recuperação judicial da Oi, concessionária de telefonia no país, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caráter liminar, mantido decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), a favor da aplicação da mediação no citado processo para a composição de litígio de credores, com limite de recebimento de crédito de até R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator, Ministro Marco Buzzi, destacou o Enunciado nº 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, que afirma serem a mediação e a conciliação compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em caso de superendividamento, observadas as restrições legais[63].

Esse posicionamento contribuiu imensamente para que outros tribunais, encorajados, passassem a adotar a medição, como método alternativo de resolução de litígio, na recuperação judicial, guardadas as particularidades de cada caso.

Um dos expoentes incentivadores da mediação na recuperação judicial é o magistrado Paulo Furtado de Oliveira Filho, que bem conduz a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, SP, tendo ele adotado, de modo permanente, o uso da mediação nos processos de insolvência sob a sua condução. E colheu valiosos êxitos com os resultados obtidos na aplicação deste método alternativo de solução de conflito, o que é digno de aplausos.

Como exemplo, tem-se a recuperação judicial da rede de livrarias Saraiva[64], em que o eminente Juiz acima indicado determinou a realização de sessões de mediação com a participação do devedor e de credores, cujo objetivo era proporcionar ambiente adequado para o compartilhamento de seus interesses e insatisfações e promover atuação coordenada no processo de recuperação.

Segundo Paulo Furtado de Oliveira Filho, fazer com que o credor e

63 Mesmo em recuperação, Oi pode realizar mediação, diz STJ. Disponível em: https://www.jota.info/justica/mesmo-em-recuperacao-oi-pode-realizar-mediacao-diz-stj-16112017. Acesso em 10/09/2020).

64 Processo nº 1119642-14.2018.8.26.0100.

o devedor consigam conversar e chegar a uma solução consensual é muito melhor do que o juiz ter que decidir de forma impositiva.[65]

Por certo, a mediação deverá obedecer aos preceitos contidos na legislação que a rege, Lei nº 13.140/15, bem como estar alinhada com a Lei de Recuperação e Falências.

Nesse particular, o mediador deve ser pessoa física com conhecimento e experiência em técnica de mediação e em recuperação judicial e falência.[66] A expertise poderá ser dispensada, caso haja consenso quanto ao mediador ou poderá ser realizada comediação, nomeando-se profissional especializado na matéria para atuar em conjunto com o mediador.

Nas palavras do mediador Diego Faleck, especialista em design de sistemas de disputa, o mediador atuante nessa área deve se modelar ao processo, visto não se tratar de uma mediação clássica bilateral, sendo necessário desenhar qual seria caminho mais adequado a ser traçado para atingir resultados frutíferos tanto à empresa em dificuldades quanto aos credores em negociações coletivas.[67]

E a função de mediador não se confunde com a do administrador judicial, cujas atuações distintas e não podem ser unificadas num único profissional, como aliás bem definiu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[68]. Nas palavras dos juristas Antônio Evangelista Netto e Samantha Longo, "sem dúvida que incentivar as partes a auto comporem é função de todos, mas cumular as funções poderia comprometer o princípio da confidencialidade".[69]

E por dizer em princípio, a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - CAMARB definiu quais os princípios devem reger a mediação na recuperação judicial, a saber: autonomia da vontade, imparcialidade, independência, transparência, confidencialidade, decisão informada,

65https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/667092212/tjsp-na-midia-valor-economico-publica-materia-sobre-uso-da-mediacao-em-recuperacoes-judiciais. Acesso em 20/11/2020.

66 Câmara de mediação e arbitragem empresarial - CAMARB. Guia de boas práticas para mediação em recuperação judicial. 2020, p. 04.

67 As inconfundíveis funções do mediador e do administrador judicial narecuperação de empresas. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/epeso/334566/as-inconfundiveis-funcoes-do-mediador-e-do-administrador-judicial-na-recuperacao-de-empresas. Acesso em 10/09/2020.

68 Art. 6º, da Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019.

69 NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos. 1. ed. Porto Alegre: Paixão, 2020. p. 178.

isonomia entre as partes e busca do consenso.[70]

A experiência colhida nos processos de recuperação judicial demonstra que a mediação tem sido estimulada para a solução de diversas questões, dentre elas (i) conflitos contratuais que envolvam manutenção ou rescisão dos contratos e a definição da essencialidade ou não dos bens à recuperanda; (ii) valor do crédito; (iii) elaboração e negociação do plano de recuperação; (iv) solução de objeções ao plano de recuperação; e (v) definição de cronograma de atos e prazos da recuperação judicial.

Pode-se afirmar, assim, que a mediação vem sendo utilizada no âmbito da recuperação judicial, gerando redução de tempo ao procedimento e de custo, hoje muito elevado sobretudo para as pequenas e médias empresas, além de induvidosa efetividade às negociações e ao deslinde do processo de uma forma geral.

3.2. A sistemática da mediação introduzida pela Lei nº 14.112/20

Em virtude do notório reconhecimento dos benefícios da mediação nos processos de recuperação judicial e na esteira do que se pratica no estrangeiro, era de se aguardar que o legislador brasileiro viesse a propor a implantação e o aperfeiçoamento de sistemática pré-insolvência e de negociação ao procedimento de insolvência empresarial.

Com efeito, a Lei nº 14.112.20, vigente desde 23/1/2021 e que modificou a Lei nº 11.101/05, apresenta, em sua Seção II - A, destacado estímulo para que as empresas devedoras busquem a renegociação coletiva de suas dívidas de forma predominantemente extrajudicial, com mínima intervenção judicial, valendo-se, para tanto, da mediação e da conciliação. E cria expresso incentivo à adoção da mediação na recuperação judicial, com o acréscimo da alínea j, ao art. 22, da Lei de Recuperação e Falências.

O disposto no art. 20-A estabelece que a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, e que isso não implicará na suspensão de prazos previstos na Lei de Recuperação Judicial, salvo se houver consenso em sentido contrário pelas partes ou determinação judicial.

70 Câmara de mediação e arbitragem empresarial - CAMARB. Guia de boas práticas para mediação em recuperação judicial. 2020, p. 04.

Adiante, trata o art. 20-B de disciplinar que serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente nas seguintes hipóteses:

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 de 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.

Para a hipótese IV, há a previsão no parágrafo 1º, do art. 20-B, que permite às empresas em dificuldade e que preencham os requisitos legais para se requerer a recuperação judicial, a possibilidade de postular, em juízo, a suspensão das ações contra elas propostas, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, a fim de que alcancem composição com os seus credores, em procedimentos de mediação, perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

E para se evitar o abuso desta medida de pré-insolvência, disciplina o parágrafo 3º, do mesmo art. 20-B, que se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, o período de suspensão previsto no citado parágrafo 1º será deduzido do período de suspensão (stay period) de que trata o art. 6º, da Lei nº 11.101/05.

Por sua vez, o art. 20-C, impõe que o acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação, com fundamento na Seção II-A, deverá ser homologado pelo juiz competente.

E, ainda, prevê que, requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado na fase pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos

previstos na Seção II-A.

Por derradeiro, o art. 20-D regula que as sessões de conciliação e de mediação de que tratam a Seção II-A poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) disponha de meios para a sua realização.

O uso das plataformas virtuais já vinha sendo recomendado para rodadas de mediação, desde o início da pandemia da COVID19, pelo juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho:

> Considerando que as medidas sanitárias de distanciamento social ainda são necessárias, e que as ferramentas tecnológicas de comunicação foram disseminadas com sucesso, deve ser estimulado o uso de plataformas virtuais para a realização da mediação, permitindo aos mais diversos interessados (como fornecedores, credores trabalhistas, empregados e até mesmo o Fisco) o acesso a este método de solução de conflitos. [71]

A mediação caminha no mesmo sentido da gestão democrática do processo, e certamente será aprimorada no seu dia a dia, pois é recente essa mudança de paradigma em que as partes assumem o protagonismo e passam, com isso, a ter menores incentivos para condutas oportunistas.

De todo modo, é inquestionável que a solução negociada para a crise da empresa é preferível, que ainda possibilita a redução dos custos diretos e indiretos envolvidos no processo de insolvência, a celeridade na solução dos conflitos e a melhor eficiência na busca da preservação da empresa em dificuldade, além de proteger a funcionalidade do Poder Judiciário.

4. Considerações finais

Diante das recentes inovações sofridas pela Lei nº 11.101/05, constata-se que a legislação brasileira se alinha à tendência mundial de

71 OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Insolvência em foco - Releitura do acesso à Justiça: a mediação como meio adequado e prévio à recuperação judicial. 2020.

implementação de procedimentos que conferem às empresas em crise a proteção da suspensão das execuções individuais e a criação de um ambiente de negociação, notadamente via mediação, com seus credores, mas sem a necessidade de utilização da ação própria de recuperação judicial.

Com efeito, o procedimento de insolvência deve ser essencialmente um meio para articular, de modo simplificado, a negociação entre as partes com interesse em conflito, levando em conta a racionalidade dos atores envolvidos, o refreio dos custos envolvidos de transação e o aumento da eficiência para que haja o soerguimento do devedor insolvente.

Enaltece-se, por fim, o importante, e agora perene, reconhecimento legal à utilização do instituto da mediação aos processos de insolvência empresarial, pois seja no Brasil, seja no exterior, ele tem gerado enorme e inquestionável valia para a consecução dos objetivos deste procedimento destinado ao soerguimento do devedor em crise.

5. Referências

ARAÚJO, Carlos. In Marco Legal para a mediação pretende combater a morosidade na Justiça. 2014. In: Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16MI206265,71043-Marco+Legal+para+a+mediacao+pretende+combater+a+morosidade+na+Justica Acesso em: 05 abr. 2019.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL. Guia de boas práticas para mediação em recuperação judicial. 2020, p. 04.

CEREZETTI Sheila C. Neder. Gustavo Lacerda Franco. A recuperação extrajudicial e a mediação em tempos pós-Covid-19. Revista dos Advogados. 2020. Pg. 02.

CHAVES, Natália Cristina. Processo Civil Contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior. Organizado por Santos Lucon, Paulo Henrique dos; De Faria, Juliana Cordeiro; Marx Neto, Edgard Audomar; e Norato Rezende, Ester Camila Gomes. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2018, p. 457-460.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão demo-

crática de processos. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (COORD). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas. D' Plácido, Belo Horizonte, 2016, p.93.

FALECK, Diego. As inconfundíveis funções do mediador e do administrador judicial na recuperação de empresas. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/334566/as-inconfundiveis-funcoes-do-mediador-e-do-administrador-judicial-na-recuperacao-de-empresas. Acesso em 10/09/2020.

Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes. Migalhas, 19 de julho de 2019. Disponível emhttps://migalhas.uol.com.br/quentes/306719/pesquisadores-da-usp-analisam-a--mediacao-e-a-conciliacao-no-pais-e-apontam-acoes. Acesso em 21 jan. 2021.

NETO, Adolpo Braga. In Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. In: Revista da Faculdade de Direito UniRitter • 11 • 2010.Disponivel em: https://seer.uniritter.edu.br/index.hp?journal=direito&page=article&op=view&path%5B%5D=459&path%5B%5D=283 Acesso em: 05 abr. 2019.

NETTO José Laurindo de Souza, Horácio Monteschio, Adriane Garcel. A mediação judicial como instrumento efetivo no processamento e julgamento dos processos de recuperação e insolvência empresarial. Pg. 15.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/667092212/tjsp-na-midia-valor-economico-publica-materia-sobre-uso-da-mediacao-em-recuperacoes-judiciais. Acesso em 20/11/2020.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Insolvência em foco - Releitura do acesso à Justiça: a mediação como meio adequado e prévio à recuperação judicial. 2020.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/05. São Paulo: Almedina, 2016, p.73.

TARTUCE, Fernanda. In O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf Acesso em: 05 jan. 2018, p.2.

WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org.). Aspectos Polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, p. 431.

CAPÍTULO 4

Breves notas sobre recuperação judicial e direito societário: a casuística entre a antinomia e a interseção

Henrique Cunha Barbosa
Doutor em Direito Comercial pela USP
Coordenador e Professor do Pós-graduação do IBMEC/MG
Professor Convidado da Extensão e Pós-graduação da FGV/RJ
Diretor do IBRADEMP
Sócio do Barbosa & Barbosa Advogados

1. Introdução

Tema ainda mal resolvido na prática jurídica empresarial envolve a convivência harmônica entre os sistemas de direito recuperacional e societário. Embora costumeiramente conexos – eis que a par do próprio pedido de recuperação demandar autorização deliberativa dos sócios, boa parte das medidas constantes dos planos de soerguimento envolvem atos ou eventos de natureza societária -, o fato é que são constantes as fricções operacionais entre esses regimes no âmbito dos procedimentos de recuperação.

O presente texto não tem a ousadia de tentar solucionar esse dilema, mas tão somente de apontar de modo objetivo e minimamente crítico as raízes e principais entreveros detectados em alguns casos emblemáticos que endereçaram o tema, nos quais a necessária complementariedade e interseção entre os modelos societário e recuperacional não raro deu lugar a uma sobreposição principiológico-normativa, suscitando quiçá uma indesejável – e provavelmente inexistente - antinomia jurídica entre os mesmos.

Nesse sentido, após algumas considerações acerca do sistema adotado pela LFR e dos perigos do que se costuma designar por "farra principiológica" em face da ideia de preservação da empresa, analisar-se-á brevemente as decisões proferidas nas diversas instâncias no âmbito dos casos "DASLU", "TCI", "RENUKA" e "OI", as quais apontam em sentido não necessariamente homogêneo, ora incidindo na mencionada priorização extremada da

preservação da empresa via recuperação, ora dando respostas aparentemente incompletas à compatibilização dos regimes, ora enfim equacionando aqueles microssistemas - como felizmente parece decorrer da decisão do STJ no Conflito de Competência n° 157.099/RJ (caso "OI").

2. A arquitetura jurídica da lfr e o direito societário frente ao dogma da preservação da empresa

Na tentativa de superar o histórico dualismo pendular do regramento falimentar brasileiro - e inspirado em grande parte no modelo norte americano -, a Lei n° 11.101/05 buscou na preservação da empresa o norte referencial do regime, o qual fora positivado no art. 47[72] em reconhecimento não apenas da inequívoca função sócio-econômica da atividade empresarial, mas também do risco e dificuldades transitórias como atributos inatos ao empreendimento e externalidades sazonais da economia e/ou dos mercados.

Com isso, mira-se não mais no interesse exclusivo - ou, não raro, egoístico - de credores ou devedores, na tentativa equacionar a todos com foco na mantença do núcleo empresarial frutífero que, por circunstâncias não decorrentes de fraude ou má-gestão, atravesse período de crise econômico-financeira, mas cujo encerramento seria mais danoso aos *stakeholders* do que seu saneamento e continuidade, mesmo que mediante o sacrifício parcial e contingente daqueles atores, que embora abdicando de créditos ou posições jurídicas e comerciais pré-avençadas, ao fim e ao cabo serão recompensados com a retomada futura da devedora e, via de consequência, dos negócios e contratos com ela entabulados - bem como, por via indireta, pelos efeitos macro de fomento à economia ante a manutenção da fonte produtora e respectivos empregos, tributos e distribuição de bens e serviços.

Essa ideia, contudo, não vem posta como uma carta de alforria à irresponsabilidade empresarial, tampouco indica uma via de recuperação a qualquer custo de devedores cujos empreendimentos não demonstrem chances concretas de êxito mercadológico ou vivenciem crises permanentes. Ao contrário, é balizada justamente pela segregação conceitual entre empresas efetivamente viáveis e aquelas não-sanáveis, as quais devem ser o

72 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.

quanto antes extirpadas do mercado, estancando-se com a maior brevidade possível a perenização da sangria e mitigando assim os danos às contrapartes envolvidas, com a consequente realocação dos ativos em mãos mais produtivas e rentáveis. No modelo brasileiro, esse equilíbrio valorativo deriva da leitura conjugada da regra do art. 47, com a previsão expressa do art. 75[73] da LFR.

Nesse sentido, o STJ já asseverou que a recuperação judicial tem por sujeitos de proteção aquelas "*sociedades cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível",* e que, *"caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria lei de falências e recuperação de empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação – sem que isso implique violação ao princípio da preservação empresa, inserto em seu art. 47"*[74]

73 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.

74 "Direito falimentar. Recurso especial. Recuperação Judicial. Convolação em Falência. Arts. 61, § 1º, 73 e 94, III, "g", da Lei nº 11.101/2005. Descumprimento do plano apresentado pelo devedor. Existência de circunstâncias fáticas, reconhecidas pelo tribunal de origem, que autorizam a decretação da quebra. Reexame do substrato fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Incidência do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ. 1. A recuperação judicial – instituto que concretiza os fins almejados pelo princípio da preservação da empresa – constitui processo ao qual podem se submeter empresários e sociedades empresárias que atravessam situação de crise econômico-financeira, mas cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível. 2. Depois de concedida a recuperação, cabe ao juízo competente verificar se os objetivos traçados no plano apresentado foram levados a efeito pelo devedor, a fim de constatar a eventual ocorrência de circunstâncias fáticas que autorizam, nos termos dos arts. 61, § 1º, 73 e 94, III, "g", da Lei nº 11.101/2005, sua convolação em falência. 3. Caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria lei de falências e recuperação de empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação – sem que isso implique violação ao princípio da preservação empresa, inserto em seu art. 47 – mediante um procedimento que se propõe célere e eficiente, no intuito de se evitar o agravamento da situação, sobretudo, dos já lesados direitos de credores e empregados. 4. O Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório que integra o processo, reconheceu, no particular, que: (i) o princípio da preservação da empresa foi respeitado; (ii) a recorrente não possui condições econômicas e financeiras para manter sua atividade; (iii) não existem, nos autos, quaisquer elementos que demonstrem a ocorrência de nulidade dos votos proferidos na assembleia de credores; (iv) nenhuma das obrigações constantes do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora foi cumprida. 5. De acordo com o entendimento consagrado no Enunciado nº 7 da Súmula/ STJ, as premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido – que autorizam, na hipótese, a convolação da recuperação judicial em falência – não podem ser alteradas por esta Corte Superior. 6. Recurso especial não provido (STJ - REsp 1.299.981/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.06.2013, DJe de 16.09.2013)

Partindo dessa concepção, de modo a permitir o soerguimento das empresas produtivas, o legislador facultou-lhes adotar os mais variados meios de recuperação - elencados de forma exemplificativa nos agora dezoito incisos do art. 50[75] -, dentre os quais boa parte envolve atos de natureza societária.

Ao fazê-lo, todavia, ratificou de modo expresso a especialidade das normas societárias quanto a prática dos atos correlatos, estabelecendo desde o caput que os meios de recuperação propostos no plano devem ser praticados "observada a legislação pertinente a cada caso", repetindo de modo acautelatório nos incisos próprios que as reorganizações societárias

75 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa;XIV - administração compartilhada; XV - emissão de valores mobiliários; XVI - constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. XVII - conversão de dívida em capital social; XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada. § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. § 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial. § 3º Não haverá sucessão ou responsabilidade por dívidas de qualquer natureza a terceiro credor, investidor ou novo administrador em decorrência, respectivamente, da mera conversão de dívida em capital, de aporte de novos recursos na devedora ou de substituição dos administradores desta. § 4º O imposto sobre a renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidentes sobre o ganho de capital resultante da alienação de bens ou direitos pela pessoa jurídica em recuperação judicial poderão ser parcelados, com atualização monetária das parcelas, observado o seguinte: I - o disposto na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e II - a utilização, como limite, da mediana de alongamento no plano de recuperação judicial em relação aos créditos a ele sujeitos. § 5º O limite de alongamento de prazo a que se refere o inciso II do § 4º deste artigo será readequado na hipótese de alteração superveniente do plano de recuperação judicial.

devem ser conduzidas "nos termos da legislação vigente".

Com isso, a LFR referendou de modo inequívoco as regras do anonimato (LSA) e do capítulo de Direito de Empresa do Código Civil aplicáveis à espécie, desde as que clamam por autorização assemblear social prévia ou convalidadora do pedido de recuperação (art. 122, IX c/c P.u LSA e art. 1.071, VII c/c art 1.072, CC) às que envolvem, a prática, v.g,, de eventos de transformação/reorganização (arts. 122, VIII c/c arts. 136, 220 e ss. e art. 252 LSA e art. 1.071, VI c/c arts. 1.113 e ss. CC), reforma estatutária e modificações de capital (art. 18 e art. 122, I c/c art. 136 e arts. 166 e ss. LSA e arts. 1.071, V e 1.081 e ss. CC), emissão de títulos de dívida (art. 122, IV e VII c/c art. 59 e art. 142, VII LSA), exercício de direitos vinculados a acordos de quotistas/acionistas (art. 118 LSA e art. 405 c/c art 997. P.u. CC).

Lado outro, confirmando o entendimento de que a crise a merecer superação deve ser de fato temporária e derivar de eventos alheios ao controle direto do empresário, a LFR importou igualmente no art. 64[76] a chamada regra do debtor in possession, mediante a qual o pedido de recuperação não retira por si só o empresário das rédeas sociais/administrativas do negócio, as quais somente lhe serão cassadas no decorrer do procedimento caso incida nas irregularidades ali indicadas. Ainda assim, a substituição nesses casos dar-se-á "na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial", o que corrobora o reconhecimento da norma societária como especial acerca desses temas.

Essas previsões, todavia, ao contrário do que por vezes se possa

76 Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I - houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II - houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III - houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV - houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; V - negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI - tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial. Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

pressupor, não possuem o condão de simplesmente burocratizar em excesso ou enfraquecer o rito da recuperação. Ao contrário, visam fundamentalmente a equalizar os diversos interesses em jogo, sem transformar o processo de soerguimento num cheque em branco à administração ou controladores de ocasião, evitando igualmente que na ânsia do recebimento de seus créditos os credores aprovem planos abusivos ou que não condigam com o regime protetivo dos sócios minoritários ou mesmo demais *stakeholders* não afetados pelo plano. Até porque, ao remeter ao regramento societário específico a LFR referenda igualmente a primazia do interesse social e deveres dos sócios – e respectivas consequências - postos, v..g, nos artigos 115, 116, 117 e 120 da LSA e artigos 1.030 e 1.085 do Código Civil.

Dessa forma, sem que se ignore os direitos e interesses dos sócios da devedora mediante a solução prateleirizada de recurso puro e simples à – note-se bem, pretensa - preservação da empresa – que, como visto, não implica numa busca por recuperação a qualquer custo -, a análise casuística dos aparentes conflitos entre as regras societárias e recuperacionais confere plenas condições ao julgador de decidir com base nos regimes específicos, sem que precise antepor ou sobrepor um ao outro.

De modo que, atentas às diretrizes internacionais[77], a orientação

77 Acerca do tem, o "Legislative Guide for Insolvency Law" da UNCITRAL pontua: "IV. REORGANIZATION. THE REORGANIZATION PLAN (...) 21. The content of the plan also raises issues related to other laws. For example, to the extent that national law precludes debt-for-equity conversions, a plan that provides for such a conversion could not be approved. Since debt-for-equity conversion can be an important feature of reorganization, it would be necessary to eliminate the prohibition, at least in the insolvency context, if such provisions were to be included in a plan and approved. Similarly, if a plan is limited by the operation of law other than the insolvency law to providing only for debt forgiveness or the extension of maturity dates, it may be difficult to obtain creditor approval. Some insolvency cases raise similarly straightforward and uncontroversial issues of the relationship between the insolvency law and other laws. Other cases may raise more complicated questions. These may include limits on foreign investment and foreign exchange controls (especially in cases where many of the creditors are nonresidents) or the treatment of employees under relevant employment laws where, for example, the reorganization may raise questions of modification of collective bargaining agreements, or questions related to taxation law. 22. Approaches to these issues vary. In some States, the insolvency law will be subject to the limitations contained in other laws, with the consequence that options for reorganization may be restricted. Other insolvency laws allow some of those limitations, for example those relating to disposition of the debtor's assets and priority of distribution, to be overruled in specified circumstances, such as where creditors agree. It is desirable that limitations in other laws that will affect the insolvency law be considered in designing the insolvency law and that, in order to ensure transparency and predictability, an insolvency law specifically address its relationship with other laws. Where possible, an insolvency law should note the impact of those other laws. (...) APPROVAL BY EQUITY HOLDERS (...)44. Some insolvency laws provide for a reorganization plan to be approved by equity holders, at least where the corporate form, the capital

legislativa nacional parece ser de clara harmonização, e não confrontação ou excludência entre os sistemas e princípios de direito societário e recuperacional.

Ocorre, porém, que inobstante essa racional de interseção e complementariedade normativos entre os regimes, o apego excessivo ao princípio da preservação da empresa acaba por desbalencear o sistema, dando azo a um elastecimento excessivo da regra de insolvência, quando não jogando por terra prescrições normativas expressas, seja da própria legislação falimentar, seja dos diplomas societários especiais. Nessa linha, é bastante comum que, sob o suposto arnês da preservação da empresa, decisões judiciais proferidas no seio dos processos de recuperação sustentem haver "peculiaridade que recomenda excepcionar a regra"[78], ou, ainda,

structure or the membership of the debtor will be affected by the plan. Equity holders may also be expected to vote in cases where they will receive a distribution under the plan. Where equity holders are entitled to vote, they should be provided with the same notice and information as creditors entitled to vote. Where the debtor's management proposes a plan, the terms of the plan may already have been approved by the equity holders (depending upon the structure of the debtor in question, this may be required under its constitutive instrument). This is often the case where the plan directly affects equity holders, such as through debt-for-equity conversions, either by transferring existing shares or issuing new shares. 45. In circumstances where the insolvency law permits creditors or an insolvency representative to propose a plan, and the plan contemplates debt-for-equity conversion, some States allow the plan to be approved by creditors over the objection of equity holders, irrespective of the terms of the constitutive instrument of the debtor. Such plans may result in the interests of existing equity holders being entirely displaced in the new business without their consent. (...) RECOMMENDATIONS (...) 142. The insolvency law should provide a mechanism for submission of the plan and disclosure statement to creditors and equity holders. (...) 144. The insolvency law should specify the minimum contents of a plan. The plan should: (...)(b) Detail the treatment of equity holders; (...) 146. The insolvency law should specify that a creditor or equity holder whose rights are modified or affected by the plan should not be bound to the terms of the plan unless that creditor or equity holder has been the given the opportunity to vote on approval of the plan."

78 "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. 2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados. 3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante" bem necessário à atividade produtiva do réu" (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA,

sustentem a possibilidade de "excepcional mitiga*ção*" ou "*flexibilização*"[79] das normas em vigor. Isso sob a justificativa de que "a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável" "sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto"[80]

Ora, naturalmente que se deve sopesar e ponderar os diversos interesses no entorno da devedora, mas, a menos que se pressuponha uma

---

DJ 02/12/2002). 4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. (...)." (STJ - Conflito de Competência nº 110.392)

79 "RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei n° 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2° do art. 58. 3. O microssistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfez a quantia de R$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. 6. Recurso especial não provido." (STJ - Resp nº 1.337.989 /SP - 08/05/2018)

80 STJ - Conflito de Competência nº 129.920.

improvável antinomia de origem[81], isso não significa que se deva afastar a aplicação legal de dispositivos que pré-orientem, integrem ou de modo especial procedimentalizem as hipóteses e meios de recuperação propostos.[82] Ademais, se a LFR é lei especial no que tange ao rito recuperacional, a LSA e o Código Civil também o são quanto às operações e eventos societários porventura sugeridos nos planos.

Com efeito, se aos administradores – e, em tese, ao menos por via indireta, aos controladores -, se confere legitimidade para apresentação do plano de recuperação judicial, tal não significa que se possa sugerir ali a realização de atos societários acerca dos quais não se tenha segurança da efetivação concreta interna corporis.

O mesmo se diga no que concerne aos credores. Se por um lado se lhes reconhece que no âmbito da AGC possam votar no seu próprio interesse – e não necessariamente no da recuperanda -, por outro, não parece sensato admitir que aprovem e em seguida exijam a operacionalização de planos de recuperação que violem as regras societárias ou não estejam alicerçados pela comprovação de que os atos nele propostos cumprem com os requisitos da referida legislação especial ou, então, tenham sido devidamente pré-validados ou, em sendo o caso, renunciados, pelos sócios da devedora.

Em ambos os casos, aferrar-se cegamente ao princípio da preservação da empresa para, diante da eventual não aprovação futura do ato societário indicado no plano, buscar então uma decisão judicial que suprima a regra societária e enforce manu militari o evento, a par de violar a mencionada ratio legal da LFR e incidir numa descabida transferência do poder de controle e/ou da gestão social para o magistrado, implica quiçá no vaticínio de um "tu quoque", senão do benefício da própria torpeza ou falso desconhecimento da lei[83] por parte dos credores, ou mesmo administradores e controladores da recuperanda.

---

81 Sobre a impossibilidade de se presumir antinomias jurídicas entre leis especiais de mesma hierarquia a hermenêutica jurídica ensina que, "sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos". MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p.132.

82 Como destaca Sheila Neder CEREZETTI acerca do princípio da preservação da empresa, "não se pode admitir que a remissão corriqueira e sem limites à expressão torne-a fundamento para toda e qualquer leitura das normas e, por via de consequência, impeça-a de exercer seu principal papel". CEREZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In COELHO, Fabio Ulhoa (Coord.), Tratado de Direito Comercial, v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

83 Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Afinal, dispondo expressamente a LFR que os meios de recuperação propostos devam ser praticados "observada a legislação pertinente a cada caso", bem como que os atos societários indicados no plano sejam realizados "nos termos da legislação vigente", a propositura pela administração ou aprovação pela AGC de eventos dessa natureza, mesmo sem a comprovação de que possam ser efetivamente concretizados na esfera interna corporis, indica no mínimo uma negligência concorrente de administradores e/ou credores acerca de eventos dos quais, uma vez desaprovados, tentarão então desconsiderar mediante o socorro cômodo ao lugar comum – porém inadequado -, da preservação da empresa a qualquer a custo.

Nessa toada, cumpre notar ainda que, ante a ausência de disciplina limitadora na LFR a respeito – que somente o faz para os casos de falência, nos moldes do art. 116, II da LFR -, quando a aprovação dos eventos societários indicados no plano derem azo ao exercício do direito de recesso pelos sócios da devedora (art. 137 LSA e art. 1.077 CC), esta faculdade, acaso exercida, dará origem então a crédito posterior ao pedido de recuperação e, portanto, a ela não sujeito. Assim, para se apresentar íntegro e alinhado ao regramento em vigor, o plano de recuperação há de prever também essa possível contingência econômica da retirada, a qual induvidosamente impactará a liquidez e respectivo cumprimento do plano proposto.

3. As lições e "SOLUÇÕES" casuísticas: as tensões entre a recuperação judicial e o direito societário nos casos "DASLU", "TCI", "RENUKA" e "OI"

Vista a orientação arquitetônica da LFR quanto à harmonização dos sistemas societário e recuperacional, cumpre analisar as soluções dadas pelo Judiciário pátrio no contexto dos alegados choques valorativos entre os mesmos.

Nessa linha, o caso "DASLU" talvez tenha sido o primeiro a jogar luz sobre o tema. Na ocasião, um grupo de minoritários tentava evitar a alienação da marca "DASLU", sob a alegação de que o Acordo de Acionistas firmado entre os sócios daquela recuperanda lhes outorgava o direito de veto quanto ao próprio pedido de recuperação, acaso o plano apresentado propusesse a venda dos ativos por valor inferior ao indicado em fairness opinion emitida por uma das chamadas "Big4". Destarte, uma vez que a alienação da "UPI" titular da marca "DASLU" se dera não com base na dita fairness opinion

piso prevista no acordo, mas sim em face do preço indicado no laudo econômico-financeiro apresentado pela sociedade para fins do art. 53 da LFR, sustentavam a ilegalidade da venda, o que fora rechaçado pelo juiz singular da recuperação.

Embora num primeiro momento os minoritários tenham conseguido um efeito suspensivo parcial ao Agravo de Instrumento interposto contra a decisão negativa, ao fim e ao cabo o TJSP acabou por convalidar a alienação da marca – via alienação de "UPI" que passou a titulá-la –, sustentando basicamente que, ante a "soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, não têm os acionistas minoritários o direito de vetar o plano aprovado pelo conclave de credores, sobrepondo seus interesses de sócios aos da sociedade empresária e de todos os demais credores e interessados na preservação da empresa."[84]

84 Do acórdão lavrado se lê o seguinte: "(...) Os agravantes, invocando a qualidade de acionistas minoritários da Lommel Empreendimentos Comerciais S/A (titularizando 12,5% do capital social da companhia) e também como credores das empresas agravadas, que integram o "Grupo Daslu", recorrem contra a decisão que, em face da aprovação pela Assembleia-Geral de Credores, concedeu a recuperação judicial às devedoras e rejeitou o veto por eles apresentado com base em acordo de acionistas firmado entre as partes. Insurgem-se os recorrentes contra o negócio jurídico aprovado por expressiva maioria dos credores presentes à AGC, consistente na alienação de uma unidade produtiva isolada (UPI) titular do direito à marca "DASLU", afirmando ilegalidade decorrente da falta de prévia avaliação isolada da referida marca, que se constitui no ativo mais valioso das recuperandas, com malferimento do inciso III do art. 53 da Lei nº 11.101/2005, além de inobservância do veto que esgrimiram contra a transferência da marca para terceiros, direito que lhes é assegurado por pacto parassocial anteriormente celebrado, com violação dos artigos 104, 106 e 187 do Código Civil. Anotam que caberia aos agravantes o direito de escolher entre as empresas de auditoria expressamente indicadas no acordo, qual delas seria a responsável pela avaliação da marca "DASLU". Salientam que, em razão de tais argumentos, a decisão hostilizada vulnerou os referidos dispositivos legais. Os agravantes têm razão quando dizem que no acordo de acionistas foi avençado que "dependerá do voto afirmativo do Grupo Bernese a aprovação de uma eventual recuperação judicial ou extrajudicial da companhia, caso haja, em tal recuperação, (i) venda ou transferência de ativos e desde que essa venda ou transferência de ativos ocorra por um valor inferior àquele arbitrado pela medida de valores apurados por duas empresas de auditoria a serem escolhidas pelo Grupo Bernese dentre Pricewaterhouse Coopers, Deloitte Touche Tohmatsu, KPMG Auditores Independentes ou Ernst & Young prejudicial ao grupo Bernese (fairness opinion)" (fl. 124). Com base no poder de veto da operação de transferência da marca "DASLU", prevista no plano de recuperação judicial do "Grupo Daslu", compareceram à AGC realizada em 24/02/2011, representados pelo ilustre advogado Dr. Renato Mange, e requereram a suspensão do ato assemblear. Posta em votação a pretensão suspensiva, da ata consta que: "ato contínuo, o administrador judicial atendendo ao quanto solicitado, submete a votação dos presentes a suspensão da AGC, chamando-os nominalmente, obtendo o seguinte resultado, no total de R$ 80.824.013,63, votaram a favor da suspensão R$ 13.841.561,52 equivalente a 17,2%, e votaram contra a suspensão R$ 66.442.445,11, equivalente a 88,8%, restando reprovada a suspensão da AGC" (fl. 367). Após rejeitar o pleito suspensivo, os credores presentes ao ato assemblear aprovaram o plano de recuperação judicial que prevê a alienação da UPI, que inclui a marca "DASLU", por expressiva maioria (90% da classe I, 100% e 66,7% da classe II e 81,3% e 91,9%

Nesse sentido, a turma julgadora assentou que "o direito dos

da classe III). Diante de tal situação e considerando-se que esta Câmara Reservada tem proclamado reiteradamente a soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, não têm os acionistas minoritários o direito de vetar o plano aprovado pelo conclave de credores, sobrepondo-se seus interesses de sócios aos da sociedade empresária e de todos os demais credores e interessados na preservação da empresa. O direito dos minoritários, mesmo que resguardado por pacto parassocial, não pode prevalecer sobre os direitos da própria companhia e de seus credores, os quais aprovaram o plano que veio instruído com o "Laudo Econômico-Financeiro" de fls. 220/276, atendendo-se, sob a ótica dos credores, a exigência do art. 53, III, da Lei nº 11.101/2005. Por isso mesmo, afirmei na decisão de fl. 496, que as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange objetivos que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores. O artigo 47, da Lei nº 11.101/2005, pedra angular da recuperação judicial, estabelece que ela "tem por objetivo viabilizar a superação da situação da 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", tem estofo no art. 170, III, da Constituição Federal, que alberga o princípio da função social da propriedade, vale dizer, "função social da empresa". Por isso, não se admite que interesses de sócios, sejam eles minoritários ou majoritários, obstaculizem a recuperação da companhia e, desta forma, optem pela falência da sociedade, sob o pretexto de exercerem prerrogativas ou direitos que lhes foram concedidos em pacto parassocial. Corretas as assertivas do MM. Juiz, Dr. Daniel Carnio Costa na decisão hostilizada, que por si sós seriam suficientes para se evidenciar a ausência de interesse recursal dos agravantes: "As impugnações apresentadas pelos sócios minoritários da empresa recuperanda também não representam empecilho à homologação do plano de recuperação devidamente aprovado em assembléia de credores. Os sócios, enquanto integrantes da pessoa jurídica, não têm legitimidade para impugnar o pedido de recuperação judicial da empresa. Desavenças societárias internas não devem ser objeto de discussão e decisão no âmbito do processo de recuperação judicial da sociedade empresária. Nota-se que a lei exige a apresentação do plano de recuperação que seja aprovado pelos credores que estão sujeitos a ele, não havendo qualquer previsão de análise de eventuais divergências entre acionistas quanto à condução da empresa. Eventuais prejuízos decorrentes de descumprimento de acordo de acionistas ou mesmo decorrentes da condução dos negócios da sociedade deverão ser objeto de demanda própria a ser ajuizada perante o juízo competente. Ainda que se considere que os minoritários são credores da empresa recuperanda, conforme consta do quadro geral de credores, observa-se que o plano foi devidamente aprovado pela maioria dos credores, sendo essa decisão soberana. Daí que a alegação de descumprimento dos termos do acordo de acionista não é bastante para impedir a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pela assembléia geral de credores" (fls. 468/469). Esta Câmara Reservada à Falência e Recuperação tem precedente, relatado pelo eminente Desembargador ROMEU RICUPERO, do qual participei, que proclama o seguinte:"(...) Recurso dos acionistas minoritários não conhecido, não só em virtude da disposição expressa do art. 59, § 2º, da Lei n.° 11.101/05, mas também porque só se insurgem contra o Plano de Recuperação, e não propriamente contra a concessão da recuperação judicial. (...)" (Agravos de instrumento n°s 403.920.4/1-00, n° 403.931.4/1-00 e 404.275.4/4-00). Nesta linha de entendimento, o recurso não será conhecido, haja vista que, apesar de estar fundamentado na violação do inciso III, do art. 53, da Lei nº 11.101/2005 e dos artigos 104, 106 e 187, do Código Civil, em rigor, ataca a operação de transferência da UPI e da "Marca DASLU" para as empresas CHIPPILANDS e RETAIL, vale dizer, insurge-se contra o plano de recuperação aprovado pela Assembleia-Geral de Credores, mercê do que, não ostentam legitimidade e interesse recursal." (TJSP - Agravo de Instrumento nº 0154311-66.2011.8.26.0000)

minoritários, mesmo que resguardado por pacto parassocial, não pode prevalecer sobre os direitos da própria companhia e de seus credores", destacando ainda que "não se admite que interesses de sócios, sejam eles minoritários ou majoritários, obstaculizem a recuperação da companhia e, desta forma, optem pela falência da sociedade, sob o pretexto de exercerem prerrogativas ou direitos que lhes foram concedidos em pacto parassocial."

Ao mesmo tempo, no entanto, ressalvou que "as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange objetivos que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores"[85], apontando que "eventuais prejuízos decorrentes de descumprimento de acordo de acionistas ou mesmo decorrentes da condução dos negócios da sociedade deverão ser objeto de demanda própria a ser ajuizada perante o juízo competente."

Concorde-se ou não com a decisão, o certo é dela se tira algumas importantes ambiguidades.

Numa ponta, o Acórdão parece claramente indicar a primazia do princípio da preservação da empresa em detrimento das regras societárias - inclusive da disciplina do art. 118, §1º da LSA, que reconhece a oponibilidade a terceiros dos acordos de acionistas arquivados perante a companhia.

Noutro giro, contudo, reconhece a possibilidade de discussão das contendas societárias, ainda que não no âmbito do processo de recuperação, remetendo-as ao que sustenta ser o "palco judicial adequado", em tese representado por tribunais arbitrais ou varas empresariais outras, perante as quais dever-se-ia propor então as ações anulatórias próprias. A questão, contudo, é que a par do risco de decisões contraditórias entre esses diferentes juízos, o Acórdão acaba de certo modo pré-restringindo o próprio conteúdo

85 Esse entendimento de inadequação da via fora utilizado também pelo STJ para negar provimento ao Recurso Especial dos minoritários, nos seguintes termos: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCESSÃO. ART. 59, § 2º, DA LEI Nº 11.101/2005. CREDOR. SÓCIO MINORITÁRIO. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. ILEGITIMIDADE. MÉRITO DO PLANO. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Os credores, que agem na qualidade de sócios, buscando impor aos demais credores da recuperanda as obrigações decorrentes de acordo de acionistas, não têm legitimidade para interpor o agravo de instrumento contra decisão que concede a recuperação judicial. 3. No agravo de instrumento contra decisão concessiva da recuperação não é possível discutir teses acerca do mérito do plano de recuperação aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Precedentes. 4. Recurso especial não provido." (STJ - REsp n° 1.539.445/SP)

dessas potenciais disputas societárias paralelas, ao dispor que apenas os "eventuais prejuízos" – e não as invalidades – poderiam ser dirimidos em outra seara, o que redunda igualmente numa revogação transversa da regra societária especial.

De modo um tanto similar, tem-se também o caso "TCI", no qual, após o requerimento da recuperação judicial pela sociedade em questão, com base em disposição constante de Acordo de Acionistas os sócios não integrantes da gestão social solicitaram a instauração de procedimento arbitral, tendo por objeto justamente a anulação da decisão quanto ao pedido de abertura da recuperação e, via de consequência, destituição dos administradores responsáveis pelo mesmo.

Contudo, apesar de seguir a mesma interpretação de pretensa supremacia do princípio da preservação da empresa e, via de consequência, da regra recuperacional em face da societária, o juízo de Goiânia deu um passo adiante e declarou expressamente ineficaz a previsão do Acordo de Acionistas[86], suprimindo assim o regime societário do art. 118 da LSA - e aquele

86 "Num juízo de cognição sumária dos fatos, afirma a Promovente TCI Tocantins Construtora e Incorporadora Ltda., que a Promovida SPE DAVEIGA Participações e Empreendimentos S/A invoca cláusula de arbitragem instituída em Acordo de Acionistas para submeter a decisão de ajuizar a Recuperação Judicial ao árbitro da Câmara de Arbitragem da Federasul - CAF em Porto Alegre/RS, que também deliberará sobre o afastamento de diretores e apuração de responsabilidade dos sócios. Aduz, ainda, que o pleito da Requerida é protelatório, ocorrendo a incompetência absoluta do juízo arbitral em face da empresa em recuperação judicial, pedindo a suspensão da eficácia da cláusula compromissória 16.1 do Acordo de Acionistas da TCI Desenvolvimento Imobiliário S/A e acionista TCI Tocantins Construtora e Incorporadora Ltda. (...) Efetivamente, em que pese a irrelevância da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, para a concessão da tutela de evidência, é claro o fato de que, se admitida a competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem, terá o árbitro o poder de decidir sobre a extinção do procedimento de Recuperação Judicial, fundamentando-se nas cláusulas do Acordo de Acionistas da empresa TCI - Tocantins Construtora e Incorporadora Ltda., onde os sócios discutem a validade da autorização para o ajuizamento da causa. 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 (art. 47 da Lei 11.101/2005). Num juízo de evidência, fundamentado na cognição sumária dos fatos, patente que os sócios Marco Antônio de Castro Miranda e Bruno Miguel Di Carlos, figuram como Sócios da sociedade empresária TCI - Tocantins Construtora e Incorporadora Ltda., participam do Acordo de Acionistas, e nessa condição têm plenas condições de requerer em juízo, como partes diretamente interessadas, a Recuperação Judicial da empresa e suas coligadas (SPE-Sociedades de Propósito Específico). Pois, a discussão sobre a autorização dada no Acordo de Acionistas é ato interna corporis, pertinente à gestão interna dos interesses da Recuperanda. O fato é que, presentes os motivos do art. 48 da Lei de Recuperação e Falência, com distribuição do pedido de Recuperação, instaura-se o juízo universal e interesse geral dos credores, via edital publicado (art. 52, 1°, da LRF). Diante de norma de ordem pública e interesse geral, é ineficaz perante o juízo universal da Recupera-

legalmente pactuado pelos sócios no âmbito do Acordo -, determinando a extinção da arbitragem e caracterizando o processo de recuperação como um caminho sem volta e não passível de contestação na esfera acionária, ainda que, como visto, a competência para autorizar ou ratificar o pleito de soerguimento seja de alçada exclusiva dos sócios (art. 122, IX c/c P.u LSA e art. 1.071, VII c/c art 1.072, CC).

Diante disso, instaurou-se então o Conflito de Competência perante o STJ, que sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão cassou a referida decisão ao reconhecer a autonomia e independência das jurisdições arbitral e judicial para analisar as discussões societárias (arbitragem) e conduzir a recuperação e decidir acerca das eventuais constrições patrimoniais da sociedade (juízo recuperacional)[87].

Mas conquanto tenha reestabelecido a arbitragem e reconhecido sua competência para julgamento da temática societária, a decisão proferida parece ter ao mesmo tempo tornado-a natimorta, dando sobrevida à própria decisão judicial então cassada, transformado o juízo da recuperação numa espécie de órgão revisor arbitral ao afirmar que, "após o deferimento da recuperação judicial, o processo deve seguir seu curso, não se vislumbrando a hipótese de um provimento arbitral – porventura anulatório da reunião da diretoria que deliberou pelo ajuizamento da recuperação - ter o condão de submeter ou suprimir o Juízo recuperacional, mormente tendo em vista que cabe a este Juízo avaliar eventual repercussão da sentença arbitral que

ção qualquer cláusula negocial (item 16.1 do Acordo de Acionistas), que disponha em contrário à conclusão deste procedimento (...) Isto posto, defiro a tutela provisória de evidência a favor da Promovente. DETERMINO a suspensão da eficácia da Cláusula Compromissória 16.1 do Acordo de Acionistas da TCI Desenvolvimento Imobiliários S/A e acionista SPE DAVEIGA, Participações e Empreendimentos S/A, sob a égide do procedimento de recuperação judicial" (TJGO - Processo: 5102356-13.2017.8.09.0051 - 7ª Vara Cível)

87 "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL. 1. Admite-se a convivência harmônica da jurisdição arbitral e estatal, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta. Precedentes. 2. A instauração do processo arbitral obedeceu à cláusula contratual que o previa, sendo certo que, em matéria concernente à arbitragem, deve-se observar o princípio da Komptenz Komptenz, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador. 3. As jurisdições não se excluem mutuamente, uma vez que o processo arbitral tem natureza meramente cognitiva, não tendo o condão de afetar o patrimônio da recuperanda, o qual somente pode ser objeto de constrição após passar pelo crivo do Juízo da recuperação, que não pode ser submetido ou suprimido por eventual provimento arbitral que reconheça a nulidade da reunião de diretoria que culminou com o ajuizamento da recuperação. 4. Conflito de competência conhecido e provido para declarar a competência do Juízo arbitral para prosseguir com o processo de arbitragem." (STJ - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 152.348/GO)

conclua ter havido ilícitos societários por parte da TCI e de seus gestores."[88]

De modo que ou bem se deu com uma mão e se tirou com a outra ou se conferiu uma competência meramente ilusória - senão quiçá vinculada - ao tribunal arbitral.

Ora, se de fato a questão dos efeitos do deferimento da recuperação não é simplória, e que o interesse dos credores cria de fato um fator de

88 Da decisão proferida pelo Ministro Salomão no Conflito de Competência em tela se tira o seguinte trecho: "(...) 2. Com efeito, é admissível a convivência harmônica entre as duas jurisdições - arbitral e estatal -, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta. (...) Contudo, no caso concreto, de fato, verifica-se um conflito de competências, uma vez que o Juízo da recuperação judicial determinou, recentemente, a suspensão do processo arbitral, tendo em vista a possibilidade de o procedimento arbitral - previsto na cláusula compromissória 16.1 do acordo de acionistas da TCI Desenvolvimento Imobiliário S.A. - culminar com a anulação da reunião da Diretoria dessa sociedade, que aprovou o ajuizamento da ação de recuperação judicial, pondo em risco o soerguimento da empresa; ao tempo em que reafirmou a sua inafastável competência para dirimir e analisar as ações sobre bens e interesses da sociedade recuperanda (fls. 354-359): (...) Como se vê, a instauração do processo arbitral obedeceu à cláusula contratual que o previa, sendo certo que, em matéria concernente à arbitragem, deve-se observar o princípio da Komptenz Komptenz, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador. Não se pode olvidar que o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96 estabelece que caberá ao árbitro decidir, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória: (...) Nessa ordem de ideias, verifica-se serem da competência do Juízo arbitral as matérias atinentes ao acordo de acionistas, consoante previsto na cláusula 16.1 do referido pacto, sem embargo do processo de recuperação judicial, que tramita em paralelo. Isso porque, consoante adrede expendido, as jurisdições não se excluem mutuamente, uma vez que o processo arbitral tem natureza meramente cognitiva, não tem o condão de afetar o patrimônio da recuperanda, o qual somente pode ser objeto de constrição após a análise e anuência do Juízo da recuperação.(...) A celeuma instaurou-se em virtude de pedido da ora suscitante (item v, acima transcrito), para anular a reunião da diretoria que deliberou pela propositura da recuperação judicial, ter sido acatado pelo Juízo da recuperação judicial por ocasião da decisão concessiva da liminar, recentemente confirmada em sentença, no sentido de suspender todo o processo arbitral. Com efeito, tal decisão invadiu a competência do Juízo arbitral, máxime tendo em vista que esse feito se limita praticamente a questões administrativas. Nem mesmo os pedidos relativos à apuração das perdas e danos e danos à imagem são aptos a ameaçar o patrimônio da recuperanda, uma vez que o pagamento de indenização e de eventuais prejuízos foram direcionados aos sócios responsáveis pela gestão da companhia. Ainda que assim não fosse, consoante já mencionado, o processo arbitral é meramente cognitivo, não possuindo força autoexecutiva. Ademais, após o deferimento da recuperação judicial, o processo deve seguir seu curso, não se vislumbrando a hipótese de um provimento arbitral - porventura anulatório da reunião da diretoria que deliberou pelo ajuizamento da recuperação - ter o condão de submeter ou suprimir o Juízo recuperacional, mormente tendo em vista que cabe a este Juízo avaliar eventual repercussão da sentença arbitral que conclua ter havido ilícitos societários por parte da TCI e de seus gestores. 4. Ante o exposto, declaro a competência do Juízo arbitral para apreciação do processo a ele submetido, anulando-se a decisão do Juízo da recuperação que determinou a sua suspensão. Prejudicada a análise dos pedidos de tutela provisória."

contrapeso decisório, tal não parece implicar de per se na revogação da norma societária que clama por autorização/ratificação assemblear quanto ao pleito recuperacional, sob pena igualmente de violação basilar ao regime hermenêutico correlato, ao admitir que a lei estaria a guardar palavras inúteis.

E essa não parece ser a ideologia da própria LFR.

Seguindo adiante, embora tenha igualmente rechaçado o pleito dos acionistas minoritários no que tange à operacionalização do plano de recuperação proposto, no caso "RENUKA" o TJSP parece tratar a questão de forma um tanto diversa.

Em síntese, o que se deu foi que, após a aprovação do plano – no qual dentre outros itens se indicava a constituição e alienação de "UPIs" e um possível aumento de capital na devedora -, quando da deliberação societária (interna corporis) tendente a enforçar estes atos, a acionista minoritária se posicionou contrariamente aos mesmos, exercendo um poder de veto estatuário sob alegação de abusividade especialmente do aumento de capital.

Em face disso, a recuperanda requereu ao juízo da recuperação a suspensão do direito de voto da dita minoritária, o que fora deferido de modo até um tanto drástico pelo juízo monocrático, ao conferir à devedora "o poder de adotar as medidas destinadas ao estrito cumprimento do plano de recuperação judicial, de modo a ser dispensado o voto afirmativo da acionista minoritária Halpink, sempre que sua postura se mostrar contrária ao cumprimento do plano".

Em sede de Agravo de Instrumento interposto pela minoritária - e cassando o efeito suspensivo anteriormente atribuído ao mesmo pelo Relator -, o TJSP entendeu então por provimento ao recurso[89], mantendo a suspensão do voto e destacando que tal tinha alicerce não apenas na ideia macro de preservação da empresa, mas também na disciplina especial do art. 115 da

89 "Recuperação judicial. Sociedade anônima. Previsão de aumento do capital social no plano de recuperação judicial. Alegação de risco de diluição da participação acionária da agravante, acionista minoritária. Agravo de instrumento interposto contra decisão que dispensou o voto afirmativo da agravante, que em diversas oportunidades obstaculizou o cumprimento do plano de recuperação. A previsão de majoração do capital social, com aporte de recursos, é caminho que se mostrou adequado à situação atual da companhia, como foi bem justificado pelos administradores em AGE. Nestas condições, não se vê indicativo de abusividade na decisão da acionista majoritária, que se dispôs a aplicar recursos na companhia. Agravante que adotou posição conflitante com os interesses sociais, buscando apenas a prevalência de seus direitos, sem atuação proativa na recuperação judicial. Abusividade nas posições adotadas pela acionista minoritária. Decisão agravada que buscou apenas garantir o cumprimento do plano de recuperação judicial. Decisão mantida. Agravo desprovido, com revogação do efeito suspensivo." (TJSP - Agravo de Instrumento nº 2257715-26.2016.8.26.0000)

LSA[90], por entender que a acionista em tela agia contra o interesse social e que, no contexto da recuperação judicial, inexistiria abuso da controladora em buscar a operacionalização e cumprimento do plano aprovado pelos credores.

Ou seja, mesmo avocando para o juízo recuperacional a contenda acionária interna corporis, e ainda que numa leitura notoriamente permeada pelo contexto da recuperação judicial, diferente do que se viu nos casos precedentes não se alijou dos fundamentos decisórios o regramento societário específico.

Fechando o rol, vale ver enfim o trato dado ao tema no emblemático caso "Oi", onde embora a coisa tenha ganhado contornos um tanto extremados em primeiro grau - talvez até pelo fator "too big to fail" subjacente à recuperação da telefônica ex-quase campeã nacional -, no fim do dia – mas não sem divergência -, o STJ parece ter indicado um freio de arrumação à polêmica.

Num preâmbulo muitíssimo abreviado da matéria, importa notar que, por não possuir controlador majoritário, a "Oi" de tempos em tempos assiste à disputa interna de pequenos grupos acionários entre si - ou em face da própria administração -, na busca pelo exercício do controle minoritário - ou mesmo gerencial - da companhia, como aconteceu por exemplo no início de sua recuperação judicial.

Nesse contexto, alguns investidores dissentiam quanto aos rumos e meios propostos à recuperação, tendo sido instaurada a contenda societária

90 Dos fundamentos do acórdão se lê: "(...) Logo, não se extrai, à primeira vista, comportamento abusivo da acionista controladora ao decidir pelo aumento de capital, considerando-se as justificativas apresentadas para a operação. Vê-se, sim, comportamento abusivo da agravante, acionista minoritária que insistentemente busca apenas a prevalência de seus interesses, olvidando-se que a companhia está em processo de recuperação judicial. Tem aplicação ao caso o disposto no art. 115 da Lei nº 6.404/1976, sobre o qual esclarece Fran Martins: "A adoção, nas sociedades anônimas, do princípio da maioria cria uma situação bastante difícil para os que, nas companhias, ocupam posições minoritárias. [...] Neste artigo 115 são incluídas certas regras que, aplicáveis aos acionistas em geral, redundam em proteção da minoria, se bem que delas possa se utilizar também a maioria. Assim, dita a lei que o 'acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia'. Essa é uma regra do interesse geral dos acionistas, que ampara direitos não apenas dos minoritários, mas, igualmente, dos majoritários, visto como os minoritários podem também organizar-se em grupos para criar dificuldades à administração que, em última análise, representa o poder político dos acionistas majoritários. [...] O que visa o princípio é fazer com que o interesse social, que pode mesmo ultrapassar o objeto da companhia, não seja prejudicado pelo voto do acionista, seja ele majoritário ou minoritário. Assim, a regra com que se inicia o art. 115 da nova lei é uma norma de caráter geral, tanto aplicável ao acionista majoritário como ao minoritário" (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Ed. Forense, 4ª ed., 2010, p. 394/395). (...)

acerca da composição dos órgãos sociais e respectivo conteúdo final do plano de recuperação, especialmente no que tange à operacionalização de aumento de capital constante do plano originalmente proposto pela administração à época da abertura da recuperação, os quais estavam sendo postos em xeque por alguns grupos acionários.

Nesse sentido, após o processamento da recuperação, houve uma série de assembleias gerais extraordinárias e reuniões do conselho de administração realizadas no seio social da "Oi" (interna corporis), nas quais os acionistas decidiram pela eleição e/ou destituição de diretores e apresentação de planos alternativos que supostamente seriam mais factíveis que o original, ou do melhor interesse da companhia recuperanda.

Tais atos foram questionados perante o juízo da recuperação tanto por credores quanto pela companhia - representada por parcela de seus administradores envolvidos no dissídio -, o que fora acolhido pelo magistrado singular em decisão na qual optou "em interferir na vida societária das empresas em recuperação, pois entendo que este Juízo é o competente para tratar da matéria". Isso sob o fundamento de que caberia "ao Juízo recuperacional apreciar as relevantes questões societárias que afetem diretamente o processo de recuperação judicial, pois está naturalmente revestido do poder geral de cautela."

No entanto, apesar de reconhecer ser "dever do magistrado conciliar a lei de recuperação e a lei societária", bem como que "a Lei de recuperação judicial não é superior às leis societárias", na prática S.Exa. acabou por desequilibrar essa balança, sustentando uma "especialidade" do regime recuperacional, cujos "paradigmas somente serão alcançados através da aplicação do princípio maior da preservação da empresa, previsto exatamente na lei de recuperação judicial."

Nessa toada, entendeu então que "a mitigação da vontade individual de qualquer acionista da empresa OI é corolário de um interesse maior", haja vista que, "a partir do momento em que a companhia se submete ao processo especial protetivo, de interesse geral, o funcionamento dos órgãos sociais da empresa deixa de se submeter exclusivamente aos regramentos privados estampados nas leis societárias e passa a se curvar aos preceitos da lei de recuperação judicial." Isso na medida em que, "com a recuperação judicial, a vida societária não mais segue em sua normalidade. Os interesses dos acionistas sofrem forte restrição e não se sobrepõem ao princípio da

preservação da empresa e de sua função social".[91]

91 "(...) Cabe esclarecer, primeiramente, que na decisão de fls. 242.453/242.456 entendi em interferir na vida societária das empresas em recuperação pois entendo que este Juízo é o competente para tratar da matéria. Como recordei na decisão, logo no início deste processo de recuperação, o Juízo foi instado a se pronunciar sobre tema semelhante, quando dois acionistas do Grupo OI, o Societé Mondiale e a Bratel divergiram e discordaram quanto ao preenchimento das vagas do Conselho de Administração. Na época, o fundo Societé Mondiale solicitou, na qualidade de acionista do Grupo Oi, a realização de reunião do Conselho de Administração, para apreciar pedido de convocação de Assembleia Geral Extraordinária com o objetivo de destituir/nomear membros do Conselho de Administração. Diante de tal pedido, as Recuperandas peticionaram em Juízo pedindo autorização judicial para a convocação da AGE. A maior acionista do Grupo, Bratel B.V., com participação à época no capital social de 22,24%, apresentou a petição de fls. 91.771/91.793, para dizer que apoiava a recuperação judicial; que as alegações do Societé Mondiale eram falaciosas e que não podia ser admitido o pedido de destituição e substituição dos integrantes do Conselho de Administração por "implicar instabilidade e insegurança nos negócios e tratativas em curso". Para a peticionária, a alteração do Conselho naquele momento "tumultua o processo recuperacional como um todo" e colocava em risco diversos interesses envolvidos. (...) Naquela oportunidade, reconhecendo o poder geral de cautela, apreciei a questão apresentada. Assim como o faço agora, neste novo momento de crise institucional. Entendo que é dever do magistrado conciliar a lei de recuperação e a lei societária. A ordem jurídica atual clama de forma uníssona pela manutenção da fonte produtora, pela manutenção dos empregos e pelo interesse geral dos credores. Esses paradigmas somente serão alcançados através da aplicação do princípio maior da preservação da empresa, previsto exatamente na lei de recuperação judicial. Entendimento diverso implicaria em incoerência com o ordenamento jurídico. A Lei 11.101/2005 foi criada tendo como princípios básicos (i) a preservação da empresa; (ii) sua função social e (ii) o estimulo à atividade econômica, conceitos hoje amplamente fortalecidos pelo direito pretoriano. A jurisdição da recuperação acha-se revestida desse poder geral de cautela para que os objetivos estampados no art. 47 da Lei 11.101/05 possam ser alcançados em sua plenitude. Para que uma recuperação seja viável, cabe ao Magistrado, além de observar o ordenamento jurídico, adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento do dever legal de viabilizar a preservação da empresa, seja ela uma sociedade empresária de pequeno porte ou, como ocorre neste caso, um relevante grupo econômico, com ramificações internacionais, que movimenta bilhões de reais, anualmente. A mitigação da vontade individual de qualquer acionista da empresa OI é corolário de um interesse maior, posto que cuida-se de processo de soerguimento de grupo econômico prestador de serviço público de telefonia, de manifesto interesse social. Ademais, a empresa OI tem capital pulverizado no mercado e não está submetida a nenhum controle acionário, e sim gerencial. A partir do momento em que a companhia se submete ao processo especial protetivo, de interesse geral, o funcionamento dos órgãos sociais da empresa deixa de se submeter exclusivamente aos regramentos privados estampados nas leis societárias e passa a se curvar aos preceitos da lei de recuperação judicial. O interesse coletivo - representado por um universo de consumidores, credores, empregados e fornecedores - transcende, em muito, a vontade individual dos acionistas. Cabe, portanto, ao Juízo recuperacional apreciar as relevantes questões societárias que afetem diretamente o processo de recuperação judicial, pois está naturalmente revestido do poder geral de cautela. Repita-se: com a recuperação judicial, a vida societária não mais segue em sua normalidade. Os interesses dos acionistas sofrem forte restrição e não se sobrepõem ao princípio da preservação da empresa e de sua função social, muito menos aos interesses da coletividade de credores de uma concessionária de serviço público. Diante do conflito de interesses entre alguns acionistas, a Diretoria das recuperandas e o universo de credores, não há como se imaginar a não aplicação integral da lei de recuperação judicial, notadamente quando esses credores possuem créditos que extrapolam, em muito, o

Dessa maneira, proferiu decisões que ora cassava, limitava ou quiçá outorgava superpoderes aos administradores[92], ora suspendia os direitos dos acionistas e impunha a realização do aumento de capital dantes questionado[93].

Diante disso, face a existência de convenção arbitral no estatuto da "Oi", parte dos acionistas descontentes com o plano solicitou a instauração de arbitragem perante a CAM/B3, ocasião em que o árbitro de emergência designado entendeu por suspender os efeitos das deliberações adotadas em reunião do Conselho de Administração da "OI", cuja ordem do dia era tratar justamente acerca da medidas necessárias ao aumento de capital previsto no plano.[94]

---

valor da própria companhia. A Lei de recuperação judicial não é superior às leis societárias, mas é especial em relação a elas. No exercício da harmonização das regras e princípios conflitantes, algum bem jurídico vai ter que vingar, mesmo que não se aponte a valoração da norma. O princípio da preservação da empresa tem substrato no interesse social inserido no complexo da organização empresarial.(...)" (TJRJ – Processo n° 0203711-65.2016.8.19.0001 – 7ª Vara Empresarial - 29/11/2017)

92 Nesse sentido, "(...) 3) Mantenho a decisão cautelar que determinou que os novos Diretores Helio Costa e João Vicente Ribeiro, nomeados pelo Conselho de Administração, se abstenham de interferir de qualquer modo em questões relacionadas a este processo de recuperação judicial, bem como à negociação e elaboração do plano de recuperação judicial, matérias que permanecerão na exclusiva competência do Presidente do Grupo OI, sob as penas da lei civil e criminal. 4) Nomeio o atual Presidente da Grupo OI, Eurico Teles, como responsável pessoal para conduzir e concluir as negociações com os credores desta recuperação até o dia 12/12/2017, data em que deverá apresentar pessoalmente a este magistrado o plano de recuperação que será objeto de votação na Assembleia Geral de Credores, independentemente de aprovação pelo Conselho de Administração.(...)" (TJRJ – Processo n° 0203711-65.2016.8.19.0001 – 7ª Vara Empresarial - 29/11/2017)

93 "(...) Como já destacado em outras oportunidades, com a recuperação judicial, a vida societária não mais segue em sua normalidade. Os interesses dos acionistas sofrem forte restrição e não se sobrepõem ao princípio da preservação da empresa e de sua função social, muito menos aos interesses da coletividade de credores de uma concessionária de serviço público. Lembre-se, mais uma vez, que a Lei de recuperação judicial não é superior às leis societárias, mas é especial em relação a elas. No exercício da harmonização das regras e princípios conflitantes, algum bem jurídico vai ter que vingar, mesmo que não se aponte a valoração da norma. O princípio da preservação da empresa tem substrato no interesse social inserido no complexo da organização empresarial. Este Juízo tem atuado de forma a respeitar os direitos de todos os personagens envolvidos, sempre tendo em mente que, em um processo de recuperação de empresa, todos têm que ceder. Não há como um lado sair cem por cento vitorioso. Todos (acionistas, credores, empregados, consumidores) perdem um pouco, cedem um pouco, para que, no conjunto e ao final, todos ganhem com o soerguimento da empresa. (...) Assim, acolho integralmente o parecer do MP e, com base no art. 64,III da LRF, suspendo os direitos políticos dos subscritores da ata da AGE de fls. 256.134/256.141, à exceção daqueles que se abstiveram de votar, e afasto os membros do Conselho de Administração por eles eleitos/indicados, até que seja realizado o aumento de capital, previsto no plano. (...)" (TJRJ - Processo n° 0203711-65.2016.8.19.0001 - 7ª Vara Empresarial - 07/03/2018)

94 Procedimento Arbitral CAM nº 104/18.

Com isso, instaurou-se perante o STJ o Conflito de Competência n° 157.099/RJ, suscitado pela própria "Oi" com vistas a suspender os efeitos da decisão proferida pelo árbitro de emergência e declarar como competente para tratar da matéria exclusivamente o juízo da recuperação (7ª Vara Empresarial - TJRJ), o que fora acolhido em sede liminar pelo o Ministro Marco Buzzi.[95]

Meses depois, contudo, quando do julgamento definitivo do Conflito, o STJ deu novas cores ao tema, mediante votação majoritária capitaneada por voto dissidente da Ministra Nancy Andrighi, por meio do qual, a par de ratificar a independência das jurisdições arbitral e judicial, apontou que o regramento societário não pode ser posto de lado no âmbito da recuperação, servindo sim de requisito de validade para os atos correlatos, conforme expressamente referendado pela própria LFR.[96]

95 Nestes termos a decisão preliminar do Ministro: "(...) Com efeito, a compreensão exarada pelo r. juízo arbitral encontra-se, considerando o exame perfunctório próprio das medidas liminares, em desalinho à jurisprudência supramencionada que, reitera-se, traduz a determinação de que o juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para examinar e julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, a teor do art. 47, da Lei de Recuperação Judicial, de modo que, sobressai, ao menos nesse juízo de cognição sumária, a probabilidade do direito invocado, revelando-se prudente e necessário à preservação da competência do r. juízo da recuperação, o provimento liminar, a fim de suspender, por ora e nesse momento, os efeitos da decisão proferida pelo do r. juízo arbitral. (...) 3. Do exposto, com fundamento no art. 955, parágrafo único, do NCPC c/c Súmula 568/STJ defere-se o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo r. juízo arbitral (fls. 608/630), nos autos do procedimento arbitral nº 104/18, que afetem o patrimônio da suscitante, designando-se o r. juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, até ulterior deliberação deste relator. (...)"(STJ Conflito de Competência n° 157.099/RJ - Relator originário Min. Marco BUZZI - 08/03/2018)

96 "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGUIMENTO. AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. (...) 6. Ainda que a jurisprudência do STJ venha entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial de sociedades em recuperação judicial é do juízo do soerguimento, a presente hipótese versa sobre situação diversa. 7. A questão submetida ao juízo arbitral diz respeito à análise da higidez da formação da vontade da devedora quanto a disposições expressas no plano de soerguimento. As deliberações da assembleia de credores – apesar de sua soberania – estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Precedente. 8. O art. 50, caput, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser "respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente". E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem privativamente a

Nesse sentido, e dada a relevante mudança de perspectiva, para além de uma síntese interpretativa vale ver o seguinte trecho do voto da Min. Nancy:

> "(...) Ainda que, no particular, a decisão possa produzir efeitos sobre o plano de recuperação judicial, o que se infere é que a questão subjacente, a ser analisada pelo tribunal arbitral, diz respeito à invalidade da formação da vontade da devedora quanto às disposições nele expressas, circunstância que, caso verificada, pode macular as deliberações da assembleia de credores. A sociedade empresária, por certo, tem sua vontade formada a partir de deliberações tomadas por seus órgãos, que atuam em conformidade com as atribuições que lhes são conferidas pela lei e/ou pelo estatuto. Assim, e de acordo com o que se pode extrair do parecer anexado ao memorial apresentado pela própria suscitante (e constante a fls. e-STJ 1114/56 dos autos) – de autoria do respeitado Prof. FÁBIO ULHOA COELHO –, enquanto os órgãos com competência legal e estatutária para vincular a sociedade anônima às cláusulas do acordo recuperacional não manifestarem a vontade desta pessoa jurídica, não se constitui (não existe) o vínculo negocial. No que concerne ao ponto, tive a oportunidade de relatar recurso especial em cujo julgamento ficou reconhecido que as deliberações sobre o plano recuperacional – apesar da soberania da assembleia de credores – estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial (REsp 1.314.209/SP, 3ª Turma, DJe 01/06/2012). Na ocasião, decidiu-se, à unanimidade, que
>
> A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossi-

eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência. CONFLITO CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL." (STJ – Conflito de Competência n° 157.099/RJ – Relatora p/ Acórdão Min. Nancy ANDRIGHI - 10/10/2018)

bilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. Qualquer negócio jurídico, mesmo no âmbito privado, representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do CC/02, provier de agente capaz, mediante a utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Na ausência desses elementos (dos quais decorre, com adição de outros, as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e seguintes do CC/02, bem como de anulabilidade dos arts. 171 e seguintes do mesmo diploma legal), o negócio jurídico é inválido. A decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes. Implica, em vez disso, controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude de seu conteúdo. (sem destaque no original)

Releva frisar, ademais, que o art. 50, caput, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser "respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente". E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem privativamente a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência. Sobreleva consignar, por derradeiro, que a concessão da recuperação judicial não afasta a aplicação das normas previstas na Lei das S/A concernentes aos atos interna corporis da sociedade empresária. Sobre o tema, o parecer de lavra do Prof. CARLOS ALBERTO

CARMONA é elucidativo:

"Não há modificação dos direitos dos acionistas no âmbito intrassocietário apenas pelo fato de existirem interesses não privados em favor do soerguimento econômico e financeiro da Companhia. Não há, portanto, alteração da validade e eficácia da cláusula 68 do Estatuto em decorrência da decretação da recuperação judicial - pelo fato de a companhia restar plenamente capaz de contratar e de os direitos submetidos à cláusula compromissória estatutária continuarem patrimoniais e disponíveis – razão pela qual permanece vigente a reserva à jurisdição arbitrai por aquele dispositivo." (e-STJ Fl.1239)

Não há, portanto, como se afastar a competência do juízo arbitral para examinar a questão a ele submetida – e sobre a qual emitiu pronunciamento –, pois relacionada, em última análise, à verificação da licitude da manifestação de vontade da devedora quanto à consecução do aumento de seu capital social. Frise-se que o entendimento aqui exposto não subtrai competência do juízo recuperacional, sobretudo porque caberá a este apreciar a repercussão de eventual decisão que venha a concluir em sentido diverso daquele defendido pela suscitante, bem como decidir sobre as providências a serem adotadas quanto à continuidade do processo de soerguimento. Assim, por hipótese, caso o tribunal arbitral decida que determinados acionistas foram impedidos indevidamente de deliberar acerca de operações societárias constantes do plano de soerguimento, caberá ao juízo da recuperação adotar as medidas para alcançar esse fim, o que poderá resultar na alteração do plano mediante acréscimo de um aditivo, com a alteração de cláusulas específicas, ou em simples ratificação do conteúdo aprovado. Ademais, a recuperanda, seus acionistas e administradores estão vinculados à cláusula compromissória, de modo que, além de o

> juízo arbitral ser o competente para decidir sobre as questões ali delimitadas, apenas decisão por ele proferida pode compelir a todos a acatar as alterações societárias pretendidas pela suscitante por meio do plano apresentado"[97]

O que fora assim sintetizado na manifestação de voto aderente do Min. Antônio Carlos FERREIRA:

> "Com efeito, nos termos do art. 53, I, da Lei n.11.101/2005, o plano de recuperação judicial é apresentado pelo devedor, que deverá indicar os meios de recuperação a serem empregados. O art. 50, II e VI, do referido diploma, por sua vez, dispõe:
>
> Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
>
> [...]
>
> II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
>
> [...] VI – aumento de capital social; (grifei.)
>
> Conforme se pode verificar, adotam-se como formas de recuperação da empresa a cessão de ações e o aumento de capital, devendo-se observar, no entanto, a legislação específica e respeitar os direitos dos sócios. A dúvida, porém, reside em saber quem processará e decidirá os litígios societários. Sob este enfoque, destaco ser prudente evitar que o Juízo da recuperação, com competência para homologar o plano de recuperação judicial e processar o respectivo feito, ingresse no exame profundo de disputas

97 STJ – Conflito de Competência n° 157.099/RJ - Trecho do voto Min. Nancy ANDRIGHI.

> nas relações de direito material. Revela-se conveniente que tais lides sejam solucionadas mediante procedimentos e em ações próprias, inclusive para impedir excessos de incidentes e delongas no feito recuperacional. (...) Em tal contexto, compreendo que o implemento do plano de recuperação judicial dependeria de prévia solução arbitral dos litígios societários inseridos na cláusula compromissória."

4. Considerações finais

Como visto, conquanto a LFR pareça referendar a harmonia e complementariedade entre os regimes societário e recuperacional no que tange tanto a abertura do procedimento de soerguimento quanto aos meios de recuperação propostos no plano, a casuística até aqui apresentada parece ainda suscitar alguma insegurança a respeito, não raro endereçando a matéria como se houvesse um pretenso conflito valorativo entre aqueles sistemas, quando não apresentando respostas incompletas ou paradoxais às celeumas que lhes são inerentes.

Em geral, a tendência indica que se enxergue atrito onde deveria haver interseção, redundando numa aparente supremacia da regra recuperacional, fruto de um apego excessivo à ideia da (suposta) preservação da empresa.

Ao que se percebe, ao sobrepor o princípio da preservação da empresa – e, com isso, a continuidade do processo de recuperação e consequente implementação forçosa do plano - às regras de direito societário, os juízos das recuperações parecem partir do pressuposto não apenas de que a recuperação é imprescindível, como também que esse soerguimento será invariavelmente exitoso.

Ocorre, porém, que como indica a racional da própria LFR e, mais que isso, como o demonstra a realidade, nenhuma dessas premissas é absolutamente verdadeira. Primeiro, porque a política legislativa impõe que se distingua e aparte as devedoras efetivamente viáveis – e, daí, merecedoras do benefício da recuperação -, daquelas não saneáveis – e, portanto, relegadas à falência enquanto melhor solução jurídico-mercadológica. Segundo,

porque como o comprovam os fatos e estudos [98]/[99] a respeito, as recuperações que de fato chegam a bom termo e refletem na retomada da devedora com pagamento minimamente condizente aso credores representem percentual absolutamente reduzido do total de recuperações pleiteadas ou deferidas.

Nessa esteira, não deixa de ser curioso que as decisões que sobrepõem o rito recuperacional às normas societárias sejam fruto da mesma jurisprudência que reconhece de forma bastante enfática o papel do juízo da recuperação de garantidor da legalidade dos planos de soerguimento[100], como se os comandos dos artigos 50 e 64 da LFR não refletissem uma regra procedimental de legalidade cogente, aposta e referendada pelo próprio microssistema de insolvência.

Ao que tudo indica, contudo, a decisão majoritária proferida pelo STJ no julgamento do (Caso "Oi") tende a dar um rearranjo à matéria, mitigando a sobreposição desenfreada da regra recuperacional.e buscando homenagear o equacionamento dos regimes, mormente quando ratifica que a própria legislação de insolvência remete à autonomia e procedimentos de direito societário como substratos de validade dos meios de recuperação propostos nos planos de soerguimento.

A ver o que o futuro dirá a respeito.

98 Nesse sentido, vide: "Observatório de Insolvência - Segunda Fase". Disponível em https://www.researchgate.net/publication/332672368_Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Paulo_-2_Fase_do_Observatorio_de_Insolvencia. Ou, ainda, https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/111936478/so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial--no-brasil. https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/09/15/em-sp--quase-60-das-empresas-em-recuperacao-judicial-viram-zumbis.htm

99 Sobre as ineficiências e custo benefício macro reduzido das RJs nacionais vide resultados do Relatório "Doing Business" do Banco Mundial e as diminutas taxas de recuperabilidade de créditos em face dos altos custos e duração temporal da recuperação: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA.pdf

100 Nesse sentido: DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. 3. Recurso especial não provido (STJ - REsp 1359311/SP)

5. Referências

APPENDINO, Fabio Diniz. Os meios de recuperação judicial: (i) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades; e (ii) alienação de participações societárias detidas pelo devedor (artigo 50, II, da Lei Falimentar). In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro dos Santos. (Coord.). Direito Societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BIANA, Higor Favoreto da Silva; SARTINI, João Felipe Brandão. Conflitos Aparentes na Aplicação da Legislação Concursal e Societária no Âmbito da Recuperação Judicial. In HANSZMANN, Felipe. (Org.) Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais. Vol. III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

Princípio da preservação da empresa. In COELHO, Fabio Ulhoa (Coord.), Tratado de Direito Comercial, v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Nelson Marcondes. A Assembleia geral de credores e seus conflitos com a assembleia geral de acionistas. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro dos Santos. (Coord.). Direito Societário e a nova lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

SOUSA, Marcos Andrey de. O plano de recuperação judicial e os direitos dos sócios. In WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende. (Org.) Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

WAISBERG, Ivo; KUGLER, Herbert Morgenstern. Notas sobre direito societário e recuperação judicial. In GONTIJO, Bruno Miranda; VERSIANI, Fernanda Vieira. (Coord.) Direito Societário e Mercado de Capitais. Belo Horizonte: D´Placido, 2018.

CAPÍTULO 5

15 anos da lei de recuperação de empresas e falência: análise econômica sobre a necessidade de inclusão dos créditos não concursais, do relatório circunstanciado imparcial e em prol de uma validação econômica do plano

Eduardo Goulart Pimenta
Doutor e Mestre em Direito. Professor na PUC e UFMG. Procurador do Estado.

Henrique Avelino Lana
Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Advogado.

1. Introdução

Após aproximados 15 anos desde a entrada em vigência da Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) entende-se que, academicamente, seja possível se fazer uma análise em relação a sua eficiência e objetivos alcançados. A antiga concordata, prevista do Decreto Lei 7.661/45, ao longo de cerca de 60 anos, revelou-se insuficiente a possibilitar uma solução eficiente para o soerguimento das atividades empresariais em crise econômica, financeira e patrimonial, sobretudo ante a ausência de cooperação e intervenção adequada por parte dos credores e demais pessoas, cujos interesses, sociais e econômicos, gravitam sobre a atividade negocial. A recuperação de empresas mostra-se importante instrumento e mecanismo legal, está presente no dia a dia da sociedade em geral, empresas, empresários e sócios da sociedade empresária, sobretudo no recente contexto de notória crise econômica interna no Brasil.

Nota-se que o atual contexto social e econômico de nosso país, por si, já impõe severas adversidades ao sucesso do empresário quando do exercício de sua atividade, tais como alta carga tributária, concorrência antiética e desleal, ônus advindos da legislação do trabalho, etc.

Em tese, traria a Lei 11.101/05 novo remédio destinado a viabilizar a

superação da crise, mediante melhor negociação entre credores e devedor empresário, de modo a se evitar a declaração de falência. Afinal, sabe-se que quanto maiores, numerosas, contínuas, duradouras e tranquilo for o exercício das atividades econômicas, maior será o fomento para a dinamização da economia de nosso país, com geração de mais empregos, recolhimento de mais tributos, acumulação de mais parceiros comerciais, contratação de mais prestadores de serviços, etc.

O tema objeto deste trabalho se justifica, dada a sua cada vez maior presença no dia a dia do empresário. O problema a ser respondido neste trabalho é identificar se a atual redação da lei 11.101/05 enseja assimetria de informações e contribuem para sua ineficiência.

Como hipótese de resposta ao trabalho, partindo-se de dados que permitem notar o pouco êxito fático das recuperações ajuizadas, almeja-se, via Análise Econômica do Direito, identificar, de forma construtiva, que alguns dispositivos e procedimentos da Lei 11.101/05, de fato, acarretam assimetria de informações e contribuem para a sua ineficiência.

No começo, será feita uma contextualização do tema, mediante abordagem dos princípios da função social e preservação da empresa. Em sequência, as constatações propostas terão como espelho e inspiração institutos já existentes na legislação de Portugal, Argentina, Espanha, Alemanha e Estados Unidos úteis e pertinentes ao tema.

A metodologia a ser utilizada é de método dedutivo, mediante abordagem explicativa e descritiva, além de pesquisa bibliográfica, toda ela especializada no tema.

2. Interesses de terceiros que gravitam sobre o exercício da empresa em crise: a função social

Resultado de uma sociedade baseada em um sistema de produção capitalista, grande parte da população brasileira encontra a satisfação de suas necessidades e desejos nos frutos das atividades empresariais e negociais. Seja para obtenção de produtos e serviços relacionados à subsistência, seja para satisfazer os anseios do lazer e do consumismo, seja ainda como fonte de renda, as atividades empresariais têm influência diária na vida de todos os indivíduos.

As empresas desenvolvem-se com o objetivo de produzir bens e servi-

ços que atendam a demanda da população e, como resultado, lhes proporcione auferir lucros, o ideal perseguido no modelo capitalista de produção. No intuito de ver prosperar seus rendimentos, as empresas buscam um aumento de produção baseado na especialização do mercado, o que exige uma grande interconexão dos diferentes segmentos, a fim de produzirem-se, em maior escala, os produtos e serviços, cada vez mais. A crise econômica e financeira de uma empresa, por trazer efeitos para toda a sociedade, é alvo de preocupação do Estado, e o leva a introduzir mecanismos que possam amenizar suas consequências. Para Slatter e Lovett, as causas da crise da empresa também devem ser divididas em causas internas e externas. Estes autores consideram como causas internas:

> (1) má-administração; (2) controle financeiro inadequado; (3) fraca gestão do capital de giro; (4) custos elevados, gerando desvantagens competitivas; (5) esforços de marketing insuficientes; (6) elevado nível de comercialização com redução da margem de lucro; (7) grandes projetos com custos subestimados e receitas superestimadas; (8) aquisições frustradas ou incompetência na gestão pós-aquisição; (9) política financeira com alta alavancagem, excessivo conservadorismo ou uso de fontes de financiamento inadequadas; e (10) inércia e confusão organizacional. (SLATER; LOVETT, 2009, p. 27).

Conforme Eduardo Goulart Pimenta, a partir de estudos de Análise Econômica do Direito (AED), ao classificar as causas ou razões que provocam o estado de crise na empresa, as distinguiu em fatores de origem interior e fatores de origem exterior (PIMENTA, 2006). Fatores de origem interior: divergências entre os sócios; falecimento do sócio controlador-majoritário; crise na sucessão do controle empresarial por falta de interesse ou capacidade técnica dos herdeiros dos sócios controladores; (falta de capacidade técnica dos administradores da sociedade; capital insuficiente para o bom exercício da empresa; violação de legislação ambiental, trabalhista ou tributária, acarretando multas e outras sanções pecuniárias; despreparo da mão-de-obra utilizada; matéria-prima sem qualidade; tecnologia obsoleta (PIMENTA, 2006). De origem exterior: diminuição geral do poder aquisitivo dos consumidores;

aumento na concorrência pelo crescimento do número de empresas no setor; aumento excessivo na tributação; aumento dos encargos de natureza trabalhista ou previdenciária; aumento das taxas de juros cobradas pelo mercado; planos econômicos que comprometem o faturamento por meio de confiscos ou tabelamentos variações cambiais abruptas e inesperadas; dificuldades no recebimento de créditos pela morosidade dos processos judiciais; índices de crescimento geral da economia do país; aumento nos índices de inflação; política monetária e fiscal praticada pelo Poder Público; pouca oferta de financiamentos (PIMENTA, 2006).

João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, classificam as causas de crise em fatores internos, que "são aqueles comumente ligados à ineficiência empresarial" e em fatores externos, que estão relacionados a "alterações substanciais nos ambientes econômico e institucional nos quais está inserida a empresa".

Os fatores internos seriam: aqueles comumente ligados à ineficiência empresarial, sendo, portanto, imputáveis à própria empresa, tais como: desentendimento entre sócios; problemas decorrentes da mudança de controle societário; falta de profissionalização da administração; falta de experiência empresarial; desqualificação da mão de obra; baixa produtividade; inadequação ou a obsolescência dos equipamentos/maquinários; impossibilidade de realizar novos investimentos; desperdício de matéria prima; excesso de imobilização; mal dimensionamento do estoque; insuficiência do capital ou estrutura de capital inadequada; avaliação equivocada do mercado; má escolha dos fornecedores; operação de alto risco; elevada inadimplência da clientela; alto investimento em operações com retorno aquém do esperado; prática de ilícitos fiscais, trabalhistas ou ambientais que resultem na aplicação de pesadas multas. (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2016, p. 32-33).

Ao passo que os fatores externos, de acordo com Scalzilli, Spinelli e Tellechea, seriam eventos não diretamente ligados à ineficiência empresarial, mas, na maioria das vezes, relacionados a alterações substanciais nos ambientes econômico e institucional nos quais está inserida a empresa, dentre os quais merecem destaque: mudanças na política cambial, com a consequente valorização ou desvalorização demasiada da moeda e perda da competitividade nos mercados nacional e internacional; redução das tarifas alfandegárias ou liberação das importações outrora proibidas, fatores esses que acirram a concorrência com os produtos nacionais; fechamento de mercados; aumento da carga tributária; peso das obrigações trabalhistas

e sociais; restrições creditícias, como a diminuição dos financiamentos bancários para determinados setores da atividade empresarial; retração do mercado consumidor; aumento dos juros, com o consequente aumento do custo do crédito; variação brusca na cotação de insumos ou de produtos no mercado nacional ou internacional. Há, ainda, outros fatores externos extraordinários, que podem afetar substancialmente a economia da empresa, por exemplo: maxidesvalorização cambial; bloqueio de papel moeda; conflitos armados; catástrofes climáticas e ambientais. Os fatores externos também podem estar relacionados ao acirramento da concorrência empresarial ou as ondas continuas do que se convencionou chamar, em Economia, de "destruição criativa", resultantes, por exemplo, a chegada de novos e revolucionários - disruptivos produtos ao mercado; da introdução de novas tecnologias". (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2016, p. 33).

Em suma, pode-se afirmar que existem fatores endógenos e exógenos que motivam a crise empresarial. Porém, o peso desses últimos como causa da crise deve ser relativizado, pois, se razões macroeconômicas foram predominantes para a crise, todas as empresas do setor terão sido afetadas e se tornarão, em grande parte, insolventes. Por outro lado, se apenas algumas empresas de determinado setor estiverem em crise, haverá suspeitas de que sua causa está ligada a fatores internos de gestão" (DIAS, 2014, p. 30).

Assim, o Estado cria normas para regular o procedimento para empresas em crise, visando à satisfação de seus credores, sejam eles trabalhadores, os fornecedores e a própria comunidade em que a empresa se encontra inserida, os quais confiaram no desenvolvimento de uma atividade que não teve êxito e adentrou em crise.

Aqui, no Brasil, os interesses em conflitos decorrentes da crise econômico-financeira de uma empresa são tutelados pela Lei nº 11.101/05, que é a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), a qual estabelece os mecanismos de recuperação de empresas, para as hipóteses em que seja constatado que a crise é contornável e superável, e da falência, consistente na execução coletiva dos débitos para os casos em que a recuperação da empresa não seja mais viável.

Nota-se, a partir da leitura de seus dispositivos, que o objetivo da referia lei é proporcionar a satisfação dos credores e, ao mesmo tempo, a preservação da unidade produtiva viável, introduzindo mecanismos para otimizar os recursos empresariais, ou, então, a distribuição proporcional entre os credores dos eventuais prejuízos decorrentes da quebra do devedor.

O exercício da atividade empresarial pressupõe a existência de diversos contratos, tais como, exemplificativamente, de aluguel, os contratos trabalhistas, prestação de arte gráfica de marcas e embalagens, preservação dos equipamentos necessários ao exercício da atividade empresarial, financiamentos e empréstimos bancários para aquisição de equipamentos e matérias-primas, além de obrigações legais, tais como as obrigações tributárias.

Advém a crise econômico-financeira de uma empresa, que acarreta o processo de falência ou autofalência, quando, em síntese, há a impossibilidade financeira da empresa manter-se adimplente com todos os seus credores. O objetivo do procedimento falimentar é proteger o crédito e evitar que a crise de uma empresa acarrete efeitos drásticos sobre sua rede de credores, fornecedores e parceiros comerciais. Em tese, após pleitos da sociedade, o processo falimentar e recuperacional do direito brasileiro teria sofrido, hipoteticamente, substanciais modificações, após a revogação do Decreto Lei 7.661/45 e publicação da Lei 11.101/05.

A Lei nº 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, modificou profundamente o regime falimentar nacional. O Decreto-Lei nº 7.661/1945 não acompanhou as transformações do cenário econômico, empresarial e falimentar. Assim, a antiga norma não ajudava os credores que não conseguiam receber os créditos e também não atendia o devedor que via o patrimônio que restava da sua atividade empresarial deteriorar-se em processos morosos (GONÇALVES; ALMEDANHA, 2013, p. 4).

Isso, pois havia a necessidade de se perseguir objetivos mais abrangentes, quais sejam, tentar conciliar a satisfação do crédito, a preservação da atividade empresarial, juntamente com a otimização dos recursos empresariais produtivos. E tal propósito e reclamos da sociedade sustentavam-se no fato de que a satisfação dos credores, na maior parte dos procedimentos de falência, não é alcançada apenas com a liquidação do patrimônio da empresa devedora.

A realidade de fato vivenciada por todos os atores do processo de falência, 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 de todos os interesses e servir como um instrumento eficaz de estímulo à atividade econômica.

É indiscutível a evolução implementada pela nova legislação.

Entretanto, seria humanamente impossível que tamanho desenvolvimento, no que tange ao salto evolutivo nas disposições do Direito Falimentar brasileiro, fosse capaz de abarcar, de uma só vez, todas as possibilidades de aplicação à matéria de fato. Desta feita, surge a necessidade de que tal texto de lei permaneça em revisão, a fim de que continue evoluindo durante a sua vigência, adequando-se às novas realidades sociais e redefinindo seu universo de incidência (BANDO, 2014, p.2).

Importante inovação da Lei 11.101/05 foi promover a introdução de um mecanismo de recuperação de empresas, a exemplo do sistema adotado pelo ordenamento da França e da Itália, que tem como objetivo preservar a empresa, a fonte produtora de emprego, servindo de estímulo à atividade econômica, nos termos de seu artigo 47. Neste diploma normativo, criou-se uma nova figura, da recuperação judicial, em substituição à antiga concordata. Esse novo instituto teve como mote principal a preocupação do legislador em possibilitar a recuperação efetiva da empresa. A norma jurídica passou a reconhecer, especificamente no art. 47 da Lei 11.101/2005, o interesse social em garantir instrumentos para que empresas temporariamente em crise possam se recuperar (GUIMARÃES; BORDA, 2015, p. 21).

É salutar a contribuição para o direito empresarial e para toda a sociedade, o surgimento de uma legislação que não mais considera a crise empresarial como um fato suscetível de punição, mas sim uma situação indesejada e que mereça uma tutela legal própria, a fim de realizar-se o objetivo constitucional de promover o desenvolvimento nacional e regional. O progresso trouxe consigo o entendimento de que a falência não deveria mais ser considerada um delito, mas uma das consequências inerentes ao risco do negócio que, em momentos de crise econômica, pode atingir qualquer empresário, por mais experiente e cauteloso que seja (BANDO, 2014, p. 2).

Hipoteticamente, a recuperação judicial seria o instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, para sanar o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária, para preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, assegurar a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, continuar a satisfação, mesmo que parcial e em diferentes condições e proporções, dos direitos e interesses dos credores, além de impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento.

A LREF sustenta-se em quatro princípios basilares: a supremacia da

recuperação da empresa sobre o interesse do sujeito da atividade acarretando, com efeito, o possível afastamento dos administradores da empresa; a manutenção da fonte produtora de riqueza e de emprego - impedindo a alienação em separado dos bens; o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa; e a manutenção dos interesses dos credores, com a participação efetiva destes em todo o transcurso do processo de recuperação. (NEGRÃO, 2012, p. 159)[101]

Se não houver, em tese, demonstração de viabilidade de crescimento e interesse social, a crise econômico-financeira de uma empresa não terá outro destino diferente da falência.

Mesmo tratando-se de hipótese de falência, a Lei 11.101/05 introduziu a necessidade da preservação da unidade produtiva enquanto tramita o processo. [102]

Nota-se que a liquidação total da empresa não é atualmente o foco central do procedimento falimentar, e sim a preservação, bem como a otimização dos recursos produtivos.[103] Embora a LREF continue a estabelecer um procedimento de execução coletiva, de modo que todos os credores da empresa em crise tenham seus interesses resguardados de forma harmônica, garantindo-se a *par conditio creditorum,* acrescenta em sua finalidade também a preservação da empresa, ainda que sob o ponto de vista da otimização produtiva dos bens da empresa (SONAGLI; GONÇALVES, 2014).

Diante da importância da manutenção da empresa, enquanto atividade econômica, já há muito se vem invocando o princípio de sua preservação,

101 Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 404-405) ressalva, contudo, que a reorganização da atividade econômica é um procedimento custoso, que envolve risco para os credores, e que, constatando-se que na grande maioria dos casos os agentes econômicos do país, instituições financeiras, são os maiores credores, os ônus associados aos riscos da recuperação acabam sendo suportados por toda a sociedade com o aumento dos custos dos serviços bancários.

102 Lei 11.101/05 - 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.

103 Vislumbra-se, portanto, que no atual contexto, impera o fundamento de preservação da atividade empresarial e a necessidade de inovação no procedimento de gestão da massa e da atividade da empresa em dificuldade, para que os credores possam acreditar no procedimento e fomentar suas atividades com a massa, incrementando valor aos bens arrecadados, para, ao final, proporcionar a realização do passivo no seu todo ou em parte, afinal, a realidade demonstra que a falência comumente não consegue satisfazer a totalidade dos credores, com o esgotamento do patrimônio muito antes de isso ocorrer. Compreendida a função socioeconômica e os fins reais sobre os quais repousa a LREF [...] (SONAGLI; GONÇALVES, 2014).

de modo a se evitar o fim da produção ou circulação dos bens e serviços proporcionada por determinada sociedade empresária. O novo sistema é calcado no princípio da preservação da empresa, tanto na recuperação quanto na falência, embora sob ângulos diferentes. Enquanto na primeira o objetivo é permitir que o empresário retome suas atividades regularmente depois de superada sua crise, na segunda o princípio destina-se à otimização dos ativos destinando-os a outros empresários que possam conferir a devida utilidade gerando mais empregos e tributos, por exemplo. Com isso espera-se beneficiar credores, o devedor, os trabalhadores e a sociedade em seu todo (GONÇALVES; ALMEDANHA, 2013, p. 5). As empresas comerciais representam um valor econômico de organização que é necessário conservar, para salvaguarda do esforço organizador dos empresários, do direito dos empregados ao trabalho, dos direitos dos sócios a ver frutificar seu capital (NUNES, 2001, p. 58).

O fato é que a LRF se destina a preservar e manter no mercado a empresa, esta considerada como fonte produtora, como geradora de emprego e renda, e, por conseguinte, como um importante instrumento de desenvolvimento econômico e social. Tanto é assim que o art. 47 da Lei nº 11.101/2005 aponta como escopo da lei a viabilização da superação da crise econômico-financeira, a fim de permitir a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (GONÇALVES; ALMEDANHA, 2013, p. 9).

A empresa, seja macro, média, pequena ou micro, como instituição fundamental de nossa época, há de ser preservada, tanto que possível, mesmo que, para isso, tenha-se de contrapor o hoje denominado "princípio preservativo da empresa" ao interesse individual do sócio e às anacrônicas regras de um vetusto Código (LUCENA, 1996).

Com o princípio da preservação da empresa, almeja-se impor a continuação da atividade, evitando-se seu encerramento, tendo em vista as repercussões econômicas positivas que a manutenção da atividade acarreta a terceiros. O princípio da preservação da empresa constitui-se na imposição de determinadas normas e condutas ao empresário e àqueles que diretamente estão envolvidos com a empresa, tendentes a possibilitar ao organismo econômico cumprir com a demanda social em torno de si mesmo à custa do interesse de seus titulares. (PIMENTA, 2004a, p. 34).

Todavia, ao consultar o texto da Constituição nota-se que não há qualquer previsão explícita a um princípio de preservação da empresa que seja indicativo do dever do Estado dispensar especial tratamento a empresas

em dificuldades financeiras. O que há são os princípios da ordem econômica que protegem a valorização do trabalho e a liberdade de iniciativa como elementos fundamentais de nossa ordem econômica (GUIMARÃES; BORDA, 2015).

A Lei de Recuperação e Falências, atualmente vigente em nosso país, tem como preceito fundamental a manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos, conferindo-lhes a possibilidade de se reestruturar, conservando os empregos de seus funcionários e cumprindo a sua função social (BANDO, 2014).

Desta forma, os interesses que gravitavam em torno da empresa: os trabalhadores, fornecedores, prestadores de serviços e a própria comunidade, que são atingidos pela crise da empresa, passaram a ser reconhecidos e tutelados pelo Poder Público, que assumiu, portanto, papel de relevância na solução do conflito, buscando a recuperação da empresa e a manutenção da atividade empresarial. Tal situação propiciou um nítido deslocamento da matéria, antes de cunho eminentemente privatístico, para o campo publicístico. O Estado passou a tutelar os interesses coletivos, reconhecendo a imprescindível função social que a empresa tem na sociedade contemporânea, tornando possível a introdução no direito concursal do instituto da recuperação de empresas (GUIMARÃES, 2007a, p. 268). [104] Entretanto, não foi sempre assim.

Nos primórdios da humanidade, buscava-se exclusivamente a satisfação dos credores, mesmo que para isso fosse necessário se utilizar de mecanismos coercitivos de caráter pessoal impostos sem se observar direito algum de defesa. Na fase mais primitiva, onde não existia intervenção do Estado, a justiça era feita com as próprias mãos e os interesses do credor é que comandavam a execução, ainda que a satisfação desses interesses atingisse a liberdade, a saúde ou, até mesmo, a vida dos devedores (BANDO, 2014).

Já se aproximando do direito moderno, essas ações eram constituídas por atos públicos, para que os outros credores também pudessem concorrer, e as provas deveriam ser produzidas pela parte que alegasse o direito, sendo estas de livre valoração do juiz. Se nem sob a administração do curador as dívidas fossem solvidas, os bens podiam ser alienados pela melhor oferta e o valor arrecadado eram rateados proporcionalmente a todos os credores habilitados (BANDO, 2014). Com a atividade econômica da

104 Sobre detalhada evolução histórica, ver em: Guimarães, Maria Celeste Morais. Entraves à eficácia da Lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los? p. 265-280 (GUIMARÃES, 2007a, p. 265-280).

sociedade empresária em funcionamento, fomenta-se a economia do país, proporcionando-se acúmulo de parceiros comerciais, clientes e prestadores de serviços, mais empregos são gerados, mais tributos são recolhidos, etc.

Enquanto atividade, a empresa acarreta interesses não só dos titulares do empreendimento, mas também da comunidade em geral e do próprio poder público. A Constituição Federal Brasileira, que trata o Estado como agente econômico, invoca a necessidade de se buscar a justiça social.

> Especificamente em nosso ordenamento, o interesse social na moderna empresa privada, dentro de uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput)*, vem se tornando cada vez mais premente, em especial em um contexto onde a presença do Estado como agente econômico está diminuindo, ao mesmo tempo em que aumenta a preocupação com a realização dos ditames da justiça social (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput*). (PIMENTA, 2004a, p. 30).

Afinal, a atividade empresária açambarca em seu funcionamento a atuação de distintos grupos de pessoas, sendo eles empregadores, sócios, administradores, prestadores de serviços, fornecedores, empregados, clientes, etc. Almeja-se tutelar todos que lidam com a empresa. Há, nesse sentido, a função social da empresa. [105]

A função social da empresa envolve o papel da atividade econômica em prol da comunidade, independentemente do tipo societário [106] adotado

105 Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica (AMARAL NETO, 2003, p. 367).

106 A lei n.º 6.404/76, que disciplina as Sociedades Anônimas, faz referências à função social da empresa, tal como se lê no art. 116: "Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses

ou grau de capacidade econômica do agente. [107] A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Busca-se com a função social da empresa respeitar, de forma sustentável, a maximização de interesses, riquezas e bem estar individuais e coletivos daqueles que com ela se relacionam, conciliando-se os interesses da sociedade em geral com os interesses daquele que exerce a empresa.[108]

Deste modo, mostra-se mais socialmente interessante e útil, sobretudo para a coletividade, que a atividade econômica seja preservada, mesmo na hipótese de sua crise. De fato, se a LREF inseriu um novo espírito ao procedimento falimentar, que busca lançar mecanismo jurídico para regulamentar a crise empresarial, sem dissociar-se do objetivo nacional de promover o desenvolvimento econômico, então é este o ponto de partida para interpretações legislativas. Destaca-se, ainda, que a insolvência é um risco inerente ao exercício da economia de mercado, sendo um ônus a ser suportado por todo aquele que participa da atividade econômica, seja devedor insolvente ou o credor (SONAGLI; GONÇALVES, 2014). Partindo do princípio de que o direito deve acompanhar a evolução do seu povo, espelhando-se em seu comportamento social e econômico, e ressaltando-se a significativa transformação na economia brasileira no que se refere ao abrupto aumento da competitividade e complexidade do mercado, comparada à tímida economia de outros tempos, percebe-se claramente que as chances de fracassar economicamente nunca estiveram tão grandes, tornando vaga e ineficiente uma lei que outrora cumpriu o seu papel e diagnosticando a veemente necessidade dessa lei se readaptar e redefinir nesse sentido (BANDO, 2014).

---

deve lealmente respeitar e atender" (BRASIL, 1976).

107 Embora voltados os estudos sobre a função social da empresa para a macroempresa, não se pode negar, como parece intuitivo, que as médias e pequenas empresas não deixam também de formar um núcleo de interesses [...] o qual, embora em menor escala, está relacionado com uma indesmentível função social. (LUCENA, 1996, p. 734-735).

108 A empresa é vista como instituição cuja importância transcende a esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social. (LOPES, 2006, p. 119).

3. Alguns dados não exitosos: imperiosa reflexão construtiva sobre os objetivos eventualmente alcançados

Academicamente, acredita-se que já seja possível se fazer uma análise em relação a eficiência e objetivos alcançados pela Lei 11.101/05. Vê-se que a lei atribuiu, em tese, à recuperação judicial maior possibilidade negocial e proporcionou reforma ao conceber aos credores a responsabilidade pela aprovação do plano de recuperação judicial, em contrariedade à opção legislativa anterior, em que pouca ingerência detinha os credores em relação ao futuro e destino da atividade em concordata.

Esta nova realidade deu ao procedimento recuperacional uma dinâmica viva e imprevisível. Nenhum legislador poderia minimamente imaginar o que seria na prática uma assembléia geral de credores, por exemplo, com sua dinâmica de suspensão e as áreas cinzentas de votação. A modulagem do novo instituto acabou sendo feita pelos seus operadores, seja na área jurídica (advogados, juízes, administradores judiciais), seja na área econômica (reestruturadores financeiros) (WAISBERG, 2015, p. 353).

No início, a aplicação ocorreu de forma principiológica, utilizando-se os princípios enumerados no artigo 47 da nova lei falimentar. Este posicionamento é salutar dentro de certa medida, pois a busca do fim colimado da lei de preservar a empresa somente pode ser feita por meio de uma flexibilização que possa acompanhar a dinâmica do processo social e negocial que envolve a recuperação judicial. Mas, evidentemente, não se pode decidir em desfavor da lei sob o argumento da preservação do negócio, pois cada caso tem que ser analisado detidamente.

Talvez em nenhuma outra área do direito como na aplicação desta parte da lei Falimentar, nossa prática tenha se aproximado tanto do case law do direito Anglo Saxão, uma vez que coube à jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a espinhosa missão de tentar estabilizar as posições controversas que surgiram neste misto de flexibilidade interpretativa e necessidade econômico-financeira (WAISBERG, 2015, p. 340).

A utilização da fonte do direito representada pela jurisprudência, se mostrou inevitável.

Vários questionamentos jurídicos, como a fixação da competência para decidir sobre os bens da empresa recuperanda[109] , a sujeição ou não da

109 AgRg no CC 125.893/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julga-

cessão fiduciária ao plano de recuperação[110] , a necessidade ou não de CND para a concessão da recuperação judicial[111], a participação em licitações,[112] a não sucessão dos adquirentes de Unidades Produtivas Isoladas (UPIs),[113] o cancelamento de inscrição nos cadastros de devedores inadimplentes após a aprovação do plano[114], a situação dos adiantamentos a contratos de câmbio (ACCs)[115] , o efeito dos planos de recuperação judicial sobre as garantias fidejussórias[116], a prorrogação do prazo de suspensão das ações previsto no artigo

do em 13/03/2013, DJe 15/03/2013) ; AgRg no CC 112.516/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 20/11/2012). (BRASIL, 2012). Vide também: AgRg no CC 125.697/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 15/02/2013 (BRASIL, 2013c); AgRg no CC 130.138/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/11/2013 (BRASIL, 2013d); CC 116.696/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 31/08/2011 (BRASIL, 2011); CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 04.08.08 (BRASIL, 2008); CC 88661/SP, Rel. Min, Fernando Gonçalves, DJ 03.06.08 (BRASIL, 2008b); STJ - CC 79170 / SP - Rel. Ministro CASTRO MEIRA - DJe 19/09/2008 (BRASIL, 2008c); CC 101.552/AL, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009 (BRASIL, 2009).

110 REsp 1263500/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013) (BRASIL, 2013b). Vide também: Rcl 18.538/PA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/09/2014, DJe 06/10/2014 (BRASIL, 2014); AgRg nos EDcl na MC 22.761/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 01/09/2014 (BRASIL, 2014b); AgRg no REsp 1181533/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 10/12/2013 (BRASIL, 2013e).

111 AgRg no REsp 1376488/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014) (BRASIL, 2014b); REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013) (BRASIL, 2013f);

112 AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014) (BRASIL, 2014c). Vide também: REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013; REsp 1173735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 09/05/2014) (BRASIL, 2014d).

113 STF. ADI 3934. Número Único: 0004253-55.2007.0.01.0000. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 31/03/2011 - ATA Nº 41/2011. DJE nº 61, divulgado em 30/03/2011. (BRASIL, 2011).

114 REsp 1260301/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012) (BRASIL, 2012b).

115 AgRg no REsp 1306924/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 28/08/2014) (BRASIL, 2014e); Vide também: REsp 1279525/PA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013) (BRASIL, 2013g); AgRg no Ag 1197871/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012) (BRASIL, 2012c).

116 REsp 1333349/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015) (BRASIL, 2015c); REsp 1326888/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014) (BRASIL, 2014f).

6º, parágrafo 4º de Lei 11.101/05[117], a possibilidade de análise de conteúdo de plano aprovado pelo Judiciário[118], entre outros temas, foram alvo de intensa batalha entre devedores e credores nas instâncias inferiores, chegando ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para decisão com alto grau de diversidade de posições jurisprudenciais nos diferentes Estados da Federação e com efeitos que podiam significar a vida ou a morte de uma empresa (WAISBERG, 2015. p. 339-340).

Os tribunais, porém, por mais zelosos que sejam, estão restritos à lege lata e podem atuar somente nos campos onde a interpretação é possível.

Cumpre aos operadores do Direito uma missão maior do que somente o embate nos tribunais ou a hermenêutica da lei posta. É nosso dever, também, utilizar toda a experiência adquirida no dia a dia da recuperação judicial, no mundo real da empresa e da economia, em conjunto com todo o estudo das questões legais, para comandar uma profunda releitura do instituto, de forma a aprimorá-lo (WAISBERG, 2015. p. 41).

Não se almeja neste trabalho apenas criticar, obviamente. Afinal, a recuperação judicial foi sim um grande avanço em relação à concordata. É instrumento essencial de manutenção da empresa e do mercado, com esteio nos ditames da Constituição relacionados à economia e ao emprego, podendo ser um remédio imperioso em tempos atuais de crise tal como notoriamente se vivencia no Brasil.

O instituto inserido em nossa legislação com a reforma da lei falimentar vem sendo testado no Judiciário e tem demonstrado ser um importante instrumento legal, econômico e social. Mas já aponta claramente a necessidade de ser reformado (WAISBERG, 2015, p.339). Evidenciada como está, a modificação da empresa, hoje protagonista da vida econômica em um sistema de economia com nítida intervenção do Estado, fez surgir a necessidade de uma mudança na legislação concursal em todo o mundo, de modo a tutelar outros interesses envolvidos na crise econômico-financeira da grande empresa. A crise não diz respeito apenas ao empresário ou a um número menor ou maior de credores, mas ao interesse dos dependentes, vistos como interessados, que são os trabalhadores e a própria sociedade como um todo (GUIMARÃES, 2007b, p. 105).

117 AgRg no CC 125.893/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 15/03/2013) (BRASIL, 2013h); AgRg no CC 127.629/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 25/04/2014) (BRASIL, 2014g); AgRg no CC 119.337/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 23/02/2012) (BRASIL, 2012d).

118 Resp 1314209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012) (BRASIL, 2012e).

Outra tendência marcante nos movimentos de alteração da legislação concursal é a passagem da concepção de disciplina de relações meramente interpartes (devedor e credor) para uma visão econômica e social. Doravante, os interesses dos credores passam para o segundo plano e pouco importa a pessoa do devedor: o legislador, e com ele o Juiz, têm principalmente por objetivo a salvaguarda da empresa, em função do valor e do interesse que ela representa para a economia regional ou nacional (GUIMARÃES, 2007b, p. 106). O interesse particular dos credores é hoje confrontado com exigências diferentes, senão contraditórias, que impõem a procura de um novo equilíbrio. Qualquer que seja a imprecisão da noção de empresa, o legislador e a prática estão doravante preocupados em evitar as importantes consequências de ordem social e econômica, ou política, que resultam do desaparecimento de um patrimônio produtivo (GUIMARÃES, 2007b, p. 108).

Em consequência de haver se deslocado do plano jurídico para o econômico a solução da crise da empresa, exige-se um maior empenho do Estado, seja esfera administrativa, seja conjugando os esforços da administração com os esforços do Judiciário (GUIMARÃES, 2007b, p. 108).

Observa-se segundo o professor espanhol Gerardo Santini, um maior interesse do Estado pela eliminação ou redução da insolvência da empresa, uma vez que ela não se limita mais, também, em razão de suas dimensões, a arriscar o capital apenas dos sócios, mas também dos poupadores ou outras entidades que se ocupam da intermediação do crédito. O interesse público passa a ser primário em todos os sentidos. (GUIMARÃES, 2007b, p. 108.)

Esses não podem se realizar senão no seio de uma sociedade para com a qual o homem tem deveres e obrigações e no quadro de uma economia a qual ele deve fornecer uma participação efetiva e ativa, extrapolando, portanto, a visão da sociedade empresarial do mero relacionamento entre seus membros (GUIMARÃES, 2007b, p. 109). As críticas e reflexões contidas neste trabalho não devem ser interpretadas como uma negação ao enorme avanço trazido pela LRE, que permitiu salvar inúmeras empresas que estariam fadadas a falência, caso vigente a legislação anterior. Houve uma efetiva e inegável modernização do sistema falimentar brasileiro. Entretanto, o momento requer mudanças urgentes, e o que se propõe é um olhar adiante com o objetivo de aprimorar nosso sistema (PAIVA, 2016).

Não reformar, de forma tempestiva, o processo de falência, não restaurar adequadamente a concordata, ou mesmo simplesmente substituí-la como, afinal, deu-se, foram equívocos que muito custaram aos agentes e a

economia como um todo (LOBATO, 2016). Desse modo, a ideologia normativa subjacente ao Direito Falimentar moderno não se confunde, nem se identifica com as tais fórmulas mirabolantes, dotadas de limitadíssima eficácia com o passar de algum tempo, incapazes de projetar efeitos benéficos e duradouros para impor, ao contrário, desdobramentos nefastos de projeções sombrias (LOBATO, 2016).

Aperfeiçoar o processo de falência, modernizando-o naquilo que fosse essencial, incorporando o benefício da experiência haurida em praticamente sessenta anos de vigência do Decreto Lei 7.661/45 tornou-se imperativo à nova ordem normativa que se seguiu (LOBATO, 2016). Nada do que se expôs até aqui revela aspecto inédito ou desconhecido de tantos quantos militem ou se interessem pela matéria.

O futuro, nesse campo, não aponta soluções criativas ou pouco ortodoxas. Ao contrário, requer debate incessante, reflexões maduras e destituídas de visão fossilizada, insensível a um mundo tão impermanente quanto o de hoje. O esforço, no sentido da reflexão e do aprofundamento, há de ser sempre renovado com o propósito firme de aperfeiçoamento dos institutos aqui considerados (LOBATO, 2016). O tema é atual e cada vez mais denota sua relevância.

> Nos dez primeiros anos de vigência da Lei 11.101/2005 (2005-2014), existiam tramitando, em todo o país, um total de 3.855 processos de recuperação judicial. Somente nesses últimos três anos, desde a eclosão da crise econômica (2015-2017), a esse número foram acrescidos mais 3.753 processos de recuperação judicial em tramitação. Ou seja, esse dado é bastante relevante, porque significa que a recessão econômica instaurada no Brasil provocou a duplicação no número de processos de recuperação judicial de empresas. (...) O número de processos de recuperação judicial, que se situava na média de 400 por ano, até 2014, saltou para mais de 1000 processos em 2015 e atingiu 1514 processos em 2016. Tal constatação implicou na necessidade de incluir na pesquisa esses fatos novos, e que interferem, de modo decisivo, na situação das empresas em crise, especialmente daquelas que ainda estão em fase de cumprimento do seu plano de recuperação, e que permanecem submetidas a

> essa realidade negativa e insuperável do mercado. (FILHO, 2018).

Entende-se neste trabalho que após passados cerca de 15 anos desde a entrada em vigor da 11.101/05, esta vem a merecer nova reflexão.[119] Os dados empíricos e quantitativos, de credibilidade, evidenciam a necessidade de aperfeiçoamento da lei 11.101/05.

> "Com a criação do novo instituto jurídico da Recuperação Judicial pela Lei 11.101/2005, desde o mês de junho de 2005, quando a lei entrou em vigor, até o mês de outubro de 2018, nesses treze anos, foram deferidos, no Brasil, um total de 8.599 processos de recuperação judicial de empresas. De acordo com a mesma fonte estatística que reúne dados da insolvência empresarial no Brasil a partir das informações geradas pelos órgãos da Justiça Estadual, desses processos, 3.225 tiveram concedida a recuperação judicial em favor da empresa devedora, mediante aprovação do plano de recuperação pelos credores reunidos em assembleia, o que corresponde a 38% do número total de processos. A primeira conclusão que resulta desses dados preliminares revela, de plano, que 62% das empresas que ingressaram com pedido de recuperação judicial não obtiveram a aprovação dos seus planos pelos credores. Essa constatação significaria que, em princípio, teria ocorrido a decretação da falência da empresa, como assim determina a LRF."[120] (FILHO, 2018). [121]

119 Sobre a tendência de nova reflexão da lei 11.101/05, ver em (COSTA, 2016; GUIMARÃES, 2016; LOBATO, 2016; MULLER, 2016; PAIVA, 2016).

120 Sobre a metodologia e apuração dos dados, vide Relatório Final do projeto de pesquisa do Programa de Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo – USP, Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho, São Paulo, Dezembro de 2018.

121 Importante mencionar, que no brilhante trabalho de Pós Doutorado acima citado, pondera-se que "até o presente momento, são poucos e esparsos os estudos de avaliação do grau ou nível de resultados verificados nos processos de recuperação judicial. A maioria das análises realizadas até agora, como assim foi exposto e explicado no projeto apresentado, decorre de pesquisas realizadas por entidades financeiras e

De fato, identifica-se que o percentual de atividades que pleiteiam judicialmente a recuperação, que obtenham sucesso, e se reestabelecem no mercado, é extremamente baixo e inadequado. [122] [123] Conforme a SERASA EXPERIAN, praticamente a cada quatro empresas que passaram pelo processo de recuperação judicial deferida, uma conseguiu retomar suas atividades (SERASA, 2016). Ainda conforme tal estudo, se for considerado o total de atividades acompanhadas no período de 2005 a 2014, apenas 6,2% tiveram seus pedidos aceitos, julgados e resolvidos no processo de recuperação (SERASA, 2016).

> Um dos poucos, senão o único, estudo estatístico confiável sobre o índice de sucesso ou êxito em processos de recuperação judicial no regime da Lei 11.101/2005, foi elaborado pela Serasa Experian, e divulgado no mês de outubro de 2016. Esse estudo realizou uma pesquisa com 3.522 processos de empresas em recuperação judicial, a partir da vigência da LRF, em junho de 2005. (...)
>
> A pesquisa considerou a totalidade dos processos existentes e em tramitação até o mês de dezembro de 2014, período seguido pela grave e profunda crise instaurada na economia brasileira nos anos de

creditícias, como a Serasa-Experian, de poucos estudos acadêmicos, ou vem sendo objeto de matérias superficiais veiculadas na imprensa, buscando avaliar os resultados obtidos com a aplicação da LRF na condução dos processos de recuperação judicial. Esses estudos e matérias publicadas na imprensa levam em consideração, principalmente, casos isolados, mas de grande repercussão na economia e junto ao público, como assim ocorreram nos processos da Varig, Vasp, Parmalat, Eucatex, Bombril, OGX, Schahin, Daslu, Agrenco e, mais recentemente, da companhia telefônica Oi".

122 Estudo da Serasa Experian revela que das 3.522 empresas de todos os portes e segmentos em processo de Recuperação Judicial Deferida no país, entre junho de 2005 e dezembro de 2014, 26,9% tiveram seus processos encerrados, ou seja, 946 companhias. Deste total, 728 tiveram a falência decretada e 218 conseguiram voltar à ativa. Isto significa uma taxa de sucesso de 23%: praticamente a cada quatro empresas que passaram pelo processo recuperação judicial deferida, uma conseguiu retomar suas atividades. Os outros 73,1%, que representam 2.576 empresas, ainda estão com processos em andamento nos tribunais. Se for considerado o total de companhias acompanhadas no período, 6,2% tiveram seus pedidos aceitos, julgados e resolvidos no processo de recuperação. (SERASA, 2016).

123 Waldemar Ferreira em sua obra Tratado de Direito Comercial já apresentava dados interessantes sofre os resultados da legislação vigente em épocas passadas, senão vejamos: "A lei de 1929, em verdade, pelo que afirmam as estatísticas publicadas, alcançou, em grande parte, seu objetivo. As falências, que antes de decretavam a granel, e terminavam por concordatas miseráveis, de um a cinco por cento, rarearam sobremodo. Os números índices baixaram sensivelmente." (FERREIRA, 1965, pg. 48).

> 2015 e 2016, quando ocorreu uma retração recorde de 7,4% no PIB. Analisando os resultados dos processos, a pesquisa da Serasa Experian constatou que, desse total de 3.522 processos, dentro do universo de 946 processos considerados como encerrados ou concluídos, 218 empresas vieram a se recuperar, 728 não conseguiram cumprir o plano de recuperação e tiveram a sua falência decretada, e 2.576 processos de empresas ainda não terminaram e permanecem sem solução definitiva.
>
> (...) A conclusão desse estudo da Serasa Experian revela que, dos 946 processos encerrados entre 2005 e 2014, 23% das empresas conseguiram recuperar-se, ou seja, uma em cada quatro empresas evitaram a extinção pela falência, renegociando as dívidas perante seus credores. Todavia, se considerarmos o total de processos concluídos, diante dos processos ainda pendentes de encerramento, o percentual de êxito fica reduzido ao ínfimo patamar de 6,2%, revelando resultado efetivamente frustrante quanto ao grau de efetividade da LRF, que não está a atingir níveis de efetividade na tentativa de viabilizar a superação da crise e a preservação da empresa. (FILHO, 2018)

No mesmo sentido,

> Posto isto, infere-se que, de acordo com os dados levantados, a quantidade de empresários ou sociedades empresárias que tiveram suas recuperações judiciais encerradas por cumprimento do plano e soergueram suas atividades é baixa, quando comparado ao total de pedidos de processamentos, pois percentualmente representa apenas 5,02% do total de pedidos de processamento (OLIVEIRA, 2015).

De acordo com o Instituto Nacional de Recuperação de Empresas (INRE)[124], apenas 5% dos pedidos de recuperação judicial, feitos no Brasil,

124 O Instituto Nacional de Recuperação Empresarial (INRE), entidade sem fins lucrativos criada por juristas, economistas, administradores e engenheiros para manter os meios empresariais e jurídicos atualizados com a nova Legislação e os atos do Estado, visando o monitoramento dos setores de serviço, indústria, comércio e agronegócios

tiveram êxito e permitiram a efetiva recuperação da atividade. [125]

Outros estudos empíricos demonstram também o baixo êxito. [126] [127] [128] [129].

---

em sintonia com notícias do meio ambiente, legislação (visão legal) e economia, para evitar crises financeiras nas empresas e reduzir o número de falências e, ao mesmo tempo, agilizar os processos de recuperação empresarial, com a revisão de falhas e lacunas do atual modelo legislativo. O papel do INRE reveste-se da maior importância, através de suas ações de informar e orientar a classe empresarial, os meios jurídicos e gestores sobre os instrumentos judiciais existentes para que as companhias em dificuldades não entrem em situação falimentar. São membros do conselho e diretoria: Carlos Henrique Abrão; Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos; Gustavo Abrão Iunes; Ives Gandra da Silva Martins; Jairo Saddi Roberto Rodrigues; José Eduardo Bélix; Keyler Carvalho Rocha; Marcos Abrão; Rui Schneider.

125 De acordo com o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e presidente do INRE, Carlos Henrique Abrão, aponta que a quantidade de empresas que efetivamente saíram da recuperação e voltaram a operar normalmente chega a 5%. No entanto, o período de duração de um plano de recuperação varia, em média, entre 6 e 10 anos, com deságios entre 50% e 60% dos valores cobrados, a depender do plano de recuperação aprovado pela assembleia de credores. Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2015, Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-13/empresas-entram-recuperacao-judicial-reabilitam. Acesso em 01.07.2020.

126 Vide o estudo, de autoria de Dione Valesca Albuquerque de Assis, feito no mestrado profissional do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-Rio), denominada "Uma Análise Empírica sobre o Processo de Recuperação Econômica pela via Judicial adotado pelas sociedades empresárias: a experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro", em 2012, que abrangeu apenas processos que tramitaram no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

127 Vide também a pesquisa de autoria de Rafael Alves de Oliveira, "Recuperação Judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação judicial distribuídos junto à 2º Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Cível Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento", aplicada somente aos processos que tramitaram na 2ª Vara de Falência e Recuperação Judiciais do Foro Central de São Paulo, entregue como dissertação de mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo em 2015. No estudo, constata ao Autor que "dentro do universo de pesquisa utilizado por este trabalho foram encontrados nove processos de recuperação judicial que obtiveram sentença de encerramento por cumprimento do plano de recuperação na forma dos arts. 61 e 63 da LRE, o que confirma, segundo BARROS (2012, p. 389), que é incomum encontrar exemplos de empresas que chegam ao encerramento do processo por cumprimento do plano, visto que apenas 9 processos de um total de 179 encontram-se em tal situação".

128 Em 2016, outra reportagem da revista Exame, veiculou nova matéria sobre o mesmo tema, sob o seguinte título pejorativo quanto ao resultado final dos processos de recuperação: "Entra ruim, sai pior: veja a recuperação judicial na prática". Conforme a notícia veiculada, no Brasil, dificilmente se consegue superar o estado de crise, apresentando, invariavelmente, resultados frustrantes e inócuos, que terminam sem solução no pagamento das suas dívidas, com grave e irreversível prejuízo para os credores e, consequentemente, para o mercado (FILGUEIRA, Maria Luiza. Entra ruim, sai pior: veja a recuperação judicial na prática. Revista Exame. 28/03/2016. Disponível em: Acesso em: 01 de junho de 2020).

129 No ano de 2017, em matéria do jornal Valor Econômico, com entrevista com o Juiz Daniel Carnio Costa, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de

Assim, entende-se que o tema é de suma importância e merece ser verdadeiramente considerado.

4. Os créditos não concursais, relatório circunstanciado imparcial e a imperiosidade de validação econômica do plano.

O resultado da negociação se revelará ineficiente caso um dos interessados não esteja devidamente informado quanto ao valor do ativo e se não existir credibilidade quanto a esta informação. Logo, as leis recuperacionais tem que criar procedimentos pelos quais se esclareça quais bens se submetem ao processo e quais seriam os valores a serem pagos.

É verdade também que o trabalho de auditoria demanda alto custo financeiro. Logo, as leis deveriam, na medida do possível, reduzir as despesas com tal análise. Nesse sentido:

> Um obstáculo importante à negociação é a assimetria e incompletude de formação. Obviamente, se uma das partes é desinformada sobre o verdadeiro valor dos ativos e o conteúdo informado não pode, com credibilidade transmitir esta informação, o resultado pode ser ineficiente. Pode até não permitir ser claro para as partes exatamente quais reivindicações são excelentes sobre a empresa (BUTTWILL; WIHLBORG, 2004. p. 11, tradução nossa).[130]

São Paulo / SP, relatou-SE que menos de 10% das empresas conseguem cumprir satisfatoriamente o plano de recuperação judicial no período de dois anos em que elas ficam sob supervisão e fiscalização direta do juiz, dos credores e do administrador judicial. BACELO, Joice. Valor Econômico. Fazenda recebe sugestões de grupo para Lei de Recuperação. 19/01/2017. Disponível em https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/01/19/fazenda-recebe-sugestoes-de-grupo-para-lei-de-recuperacao.ghtml. Acesso em 01 de junho de 2020.

130 One important impediment to bargaining is asymmetric and incomplete information.12 Obviously, if one of the parties is uninformed about true value of the assets and the informed party cannot credibly convey this information, the outcome may be inefficient. It may not even be clear to the parties exactly what claims are outstanding on the firm.

Percebe-se não existir na Lei 11.101/05 regras e imposições próprias para verificação do verdadeiro grau e estado de atividades negociais de quem está em crise. Também não há necessidade de elaboração de um relatório circunstanciado feito pelo administrador judicial, ou qualquer outro documento idôneo (sem favorecimentos ou parcialidades) que disponibilizasse a todos os credores as informações indispensáveis às deliberações relacionadas ao destino do devedor. Ademais, não há menção explícita na lei quanto à necessidade de se relacionar quais são os créditos não submetidos à recuperação e tampouco se obriga a juntada de certidões de débitos perante as Fazendas Públicas. Afinal, não existem tais exigências nos artigos 51 [131] e 53 [132] da referida lei. Quanto ao cerne deste trabalho, tal

131 Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:a) balanço patrimonial;b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social;d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a 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;V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.§ 1o Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.§ 2o Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3o O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1o e 2odeste artigo ou de cópia destes. (BRASIL, 2005).

132 Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de even-

omissão permite a pertinência, construtiva, da ideia de que a lei 11.101/05 impõe que os credores é que acabem por ter que decidir sem que tenham conhecimento pleno do montante disponível relativo ao ativo ainda existente para que seja feito o pagamento dos credores, frise-se, sejam eles concursais ou não.

Denota-se que a exigência quanto a apresentação da viabilidade econômica e do laudo econômico e financeiro, juntamente com a avaliação dos bens e ativos do devedor, assinado por pessoa jurídica ou física especializada, contribui apenas para aumentar os custos financeiros do procedimento e, permite, ainda, não ser dada satisfatória credibilidade, tendo em vista tratar-se, frise-se, de documento unilateral.

Este cenário, acaba também por impor ao credor, que pretenda fundamentar e justificar sua eventual objeção ao plano de recuperação, ter de elaborar, ele, por conta própria, a análise e auditoria quanto aos documentos apresentados, transformando-se em mais custos financeiros e de transação, os quais serão somados ao crédito existente que, sequer, foi recebido ainda.

> O teste da viabilidade econômica para fins de deferimento do processamento da recuperação judicial não se encontra positivado a Lei 11.101/05. Pelo contrário, o art. 52 da LRF estabelece que "estando em termos a documentação exigida no artigo 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial". Conforme a jurisprudência consolidada nos Tribunais, este comando normativo impõe, para o deferimento do processamento da recuperação, que se realize mera análise formal, não material, dos documentos indicados no artigo 51 da LRF. Assim, por exemplo, basta que se encontrem presentes documentos intitulados "balanços", que possuam conteúdo de balanço, sem que se exija a análise do conteúdo desses documentos. Noutras palavras, não há que auditarem-se os balanços por ocasião do deferimento do processamento da recuperação judicial (CAVALLI, 2016, p. 126).

tuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.(BRASIL, 2005).

Em Portugal, no regime do CPEREF, que foi instituído pelo Decreto Lei 132/93, de 23 de abril, o qual atualmente encontra-se revogado pelo Decreto Lei 53/2004, que se refere ao atual Código de Insolvência, tratava-se acerca da verificação pelo gestor judicial quanto aos documentos apresentados pelo devedor (DUARTE, 2004). De acordo com aquele texto normativo, qualquer interessado em saber o valor da empresa é destinado para a documentação apresentada pelo próprio requerente e que foi informada na petição inicial. Via leitura do balanço e correspondente análise do mapa de reintegrações e amortizações anexo, conhece-se o ativo da recuperanda e o respectivo valor (DUARTE, 2004).

Porém, é necessário afirmar o juízo de onde partirá tais documentos, pois além de poderem ser incorretos, seriam nitidamente insuficientes para saber-se o valor da empresa. Tal imperfeição e insuficiência pode até mesmo decorrer de dados desatualizados ou contabilização de acordo com as necessidades e vicissitudes do devedor. Salvo poucas exceções, a análise será equivocada, por basear-se em dados com pouca credibilidade. (DUARTE, 2004). Fazer fé nos próprios documentos da recuperanda, virgens de qualquer inspeção ou análise, representará sobretudo risco ou ingenuidade, que são contrárias à ideia de informação objetiva e segura. (DUARTE, 2004, p. 87).

A desconfiança dos credores em relação ao pedido inicial, na Lei 11.101/05, decorre também da legislação autorizar que o pedido de recuperação venha sem estar acompanhado, de imediato do plano de recuperação, o qual somente será conhecido dentro de 60 dias. Aos credores permite-se, nos termos do artigo 55 [133], em até 30 dias seguintes, oporem objeções ao plano, mesmo com os poucos elementos que dispõem. O sistema brasileiro, diante da ausência da adequada informação, proporciona desincentivos para a participação dos credores durante a oportunidade, única, em que a lei lhes concede oportunidade para sugerir alterações no plano.

> Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma destas escolhas. A compreensão do número

133 Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2o do art. 7o desta Lei. Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o caput deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.

> 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 avalições numericamente mensuráveis. Ao atentar para a relação quantitativa entre diferentes variáveis a Economia, em decorrência, trata seu objeto de estudo a partir de noções como custos, riscos e ganhos (modalidades de incentivos), todas suscetíveis de serem expressas por meio de gráficos e equações que espelham a relação entre elas. Estudar o 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 opções que podem ser legalmente oferecidas a estes sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática (PIMENTA, 2006a, p. 16, grifo do autor).

A ideia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio), sugere que os indivíduos possam também responder a incentivos (SALAMA, 2008, p. 22).

> Princípio 4: As Pessoas Reagem a Incentivos: Como as pessoas tomam decisões por meio da comparação de custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Em outras palavras, as pessoas reagem a incentivos. [...] Os formuladores de políticas públicas nunca devem esquecer-se dos incentivos, já que muitas políticas alteram os custos e benefícios para as pessoas e, portanto, alteram seu comportamento. (MANKIW, 2009 p. 7)

Os credores, mesmo querendo participar, não têm todas as informações necessárias para elaborar um plano alternativo. Aliás, mesmo para avaliar a consistência do plano apresentado pelo devedor, carecem e informações plenas (COELHO, 2005, p. 162). No mesmo sentido, os credores acabam por não ficarem interessados em arcar com os custos para elaboração de planos alternativos, já que isso aumentaria, ainda mais, o seu prejuízo, na hipótese de falência do devedor (COELHO, 2005).

O sistema brasileiro deixa de obrigar ao administrador a apresentação de qualquer documento que ateste a consistência, plausibilidade, veracidade e idoneidade dos dados que foram disponibilizados pelo devedor anteriormente à data de realização da assembleia geral. No Brasil, somente quando declarada a falência é que deverá o administrador inserir relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência.[134] A nosso sentir, tal providência se revela tardia para que se possa efetivamente orientar os credores e auxiliar a tarefa judicial de manter e preservar a empresa.

Nos ordenamentos jurídicos pesquisados neste trabalho, percebe-se que a exigência de tal relatório do administrador judicial é, em regra, feita. E é a partir dele que se vota em deliberação sobre a eventual continuação das atividades do devedor.

O ordenamento Alemão[135] impõe que este relatório tenha como objetivo "esclarecer se existem perspectivas de manter em todo ou em parte a empresa do devedor, as possibilidades existentes para um plano de insolvência e as

134 Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência:[...]e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei.(BRASIL, 2005).

135 Vide também a pesquisa de autoria de Rafael Alves de Oliveira, "Recuperação Judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação judicial distribuídos junto à 2º Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Cível Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento", aplicada somente aos processos que tramitaram na 2ª Vara de Falência e Recuperação Judiciais do Foro Central de São Paulo, entregue como dissertação de mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo em 2015. No estudo, constata ao Autor que "dentro do universo de pesquisa utilizado por este trabalho foram encontrados nove processos de recuperação judicial que obtiveram sentença de encerramento por cumprimento do plano de recuperação na forma dos arts. 61 e 63 da LRE, o que confirma, segundo BARROS (2012, p. 389), que é incomum encontrar exemplos de empresas que chegam ao encerramento do processo por cumprimento do plano, visto que apenas 9 processos de um total de 179 encontram-se em tal situação".

consequências resultantes deste para cada credor em relação à satisfação de seus créditos" (InsO § 156, BERGER, 2001, p. 292). Assim, com esteio nestas informações a Assembléia de Credores decide "se a empresa será desativada ou se continuará provisoriamente a funcionar", inclusive mediante a possibilidade de que ao administrador seja atribuída a incumbência de elaborar um plano de insolvência e projetar os objetivos perseguidos através do mesmo (InsO § 156, BERGER, 2001, p. 292).

Na Argentina, a legislação prevê a elaboração do "informe geral del síndico" no prazo de trinta dias após a elaboração do "informe individual dos créditos". Em tal relatório são determinadas matérias que servirão ao Juiz quando da fundamentação, de suas futuras decisões e principalmente aos credores no momento da deliberação de aprovar o acordo preventivo ou permitir a quebra. Diante disso, exige-se que seja o mais completo e específico possível, sobretudo para permitir adequado conhecimento ao credor que votará, logo depois, a aprovação ou não da proposta (FASSI; GEBHARDT, 2005).

A Espanha, pela Ley n. 22/2003, impõe aos administradores concursais a obrigação de elaborar o relatório prescrito no artigo 75, em que deve constar [136]:

> Artigo 75. Estrutura do relatório [...] 1º - A análise dos fatos e circunstâncias do devedor expressa no relatório que o inciso 2º, parágrafo 2º, do artigo 6º. 2º - Estado da contabilidade devedor e, neste caso, avaliação sobre as contas, estados financeiros, exposição e memória que se refere o parágrafo 3º do artigo 6º. Se o devedor não apresentou as constas anuais correspondentes ao exercício anterior à declaração do concurso, estas serão apresentadas pela administração concursal, com os dados obtidos a partir dos livros e documentos do devedor, de

136 Artículo 75. Estructura del informe. 1. El informe de la administración concursal contendrá: 1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6. 2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6. Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

> informação que este disponibilize e da que se obtenha em prazo não superior a quinze dias. (ESPANHA, 2003, tradução nossa).
>
> 3 – Relato das principais decisões e atividades da administração concursal. (2) – Ao relatório serão juntados os seguintes documentos: 1. Inventário da massa ativa. 2 – Lista de credores. 3. Se o caso, a avaliação das propostas de convênio que foram apresentadas. (3) Concluirá o relatório a exposição motivada dos administradores concursais acerca da situação patrimonial do devedor e de dados e circunstâncias que possam ser relevantes para a ulterior tramitação do concurso. (ESPANHA, 2003, tradução nossa)[137]

Nos Estados Unidos, o dever de informação paira sobre o dever que permita aos credores ter a "adequada informação", ou seja, detalhada de forma suficiente. Significa a informação mais ampla e detalhada possível acerca da natureza do negócio e história do devedor, bem como situação de seus livros e registros empresariais, de modo que se permita a qualquer credor formar juízo seguro sobre o plano proposto, sem, contudo, ser necessário indicar outras possibilidades ou propostas da recuperação. [138]

Nos Estados Unidos tal função cumpre aos comitês, que tem de

137 3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. 2. Al informe se unirán los documentos siguientes: 1.º Inventario de la masa activa. 2.º Lista de acreedores. 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio. 4.º En su caso, el plan de liquidación. 5.º Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación. 3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

138 Code § 1125 – Post petition disclosure and solicitation. (1) "adequate information" means information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor's books and records, including a discussion of the potential material Federal tax consequences of the plan to the debtor, any success or to the debtor, and a hypothetical invest or typical of the holders of claims or interests in the case, that would enable such a hypothetical investor of the relevant class to make an informed judgment about the plan, but adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan. Vide: 11 U.S. Code § 1125 – Post petition disclosure and solicitation.

participar da elaboração do plano, bem como sugerir e aconselhar aos membros em relação aos planos formulados. [139]

Por outro lado, no Brasil não há designação para esta atribuição a indivíduos ou a órgãos colegiados.

Na França, atribui-se ao administrador, mediante concurso do devedor e auxílio de eventuais um ou mais peritos, a incumbência de ser feito um relatório de balanço econômico e social da atividade que inclua a natureza e relevância das dificuldades econômicas. Caso a atividade explore instalações prescritas no Código de Meio Ambiente, terá que acrescer ao seu relatório balanço ambiental e, diante deste relatório, o administrador poderá propor o plano de *sauvegarde.*[140]

Em Portugal, o artigo 155 do CIRE impõe ao administrador da insolvência que elabore um criterioso relatório [141] indicando:

> 1 - O administrador da insolvência elabora um relatório contendo: a) A análise dos elementos incluídos no documento referido na alínea c) do n.º 1 do artigo 24º; b) A análise do estado da contabilidade do devedor e a sua opinião sobre os documentos de prestação de contas e de informação financeira junto aos autos pelo devedor; c) A indicação das perspectivas de manutenção da empresa do devedor, no todo ou em parte, da conveniência de se aprovar um plano de insolvência, e das conseqüências decorrentes para os credores nos diversos cenários

139 Ver:11 U.S. Code Subchapter I – Officers and administrativo. Code § 1103 – Powers and duties of committees. [...] (c) A committe appointed under section 1102 of this titlemay. [...] (3) participate in the formulation of a plan, advisethoserepresentedbysuchcommitteeofsuchcommittee'sdeterminations as to any plan formulated, and collectand file with the court accept ancestor rejections of a plan.

140 Chapitre III : De l'élaboration du bilan économique, social et environnemental.Article L623-1. L'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise. Le bilan économique et social précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Dans le cas où l'entreprise exploite une ou des installations classées au sens du titre Ier du livre V du code de l'environnement, le bilan économique et social est complété par un bilan environnemental que l'administrateur fait réaliser dans des conditions prévues par décret en Conseil d' Etat.

141 Exemplo real deste relatório pode ser visto em: (BRAGA, 2014). http://n-insolvencias.com/sites/ninsolvencias/files/insolvencias_1414159866/2494_Relatorio_Art155.pdf

> figuráveis; d) Sempre que se lhe afigure conveniente a aprovação de um plano de insolvência, a remuneração que se propõe auferir pela elaboração do mesmo;e) Todos os elementos que no seu entender possam ser importantes para a tramitação ulterior do processo. 2 - Ao relatório são anexados o inventário e a lista provisória de credores. 3 - O relatório e seus anexos deverão ser juntos aos autos pelo menos oito dias antes da data da assembleia de apreciação do relatório.

Ainda em relação a Portugal, vê-se que a finalidade de tal relatório, elaborado pelo administrador da insolvência, é possibilitar que a assembléia delibere sobre assuntos posteriores do processo e, por isso, deve evidenciar as diferentes opções existentes, bem como as conseqüências previsíveis de a assembléia decidir em quaisquer dos sentidos (LEITÃO, 2005).

Por outro lado, verifica-se que a Lei 11.101/05, no Brasil, não promove incentivos positivos para o fornecimento da adequada e simétrica informação aos credores, os quais, caso tenham intenção de analisar de forma mais profunda o contexto e perfil da crise econômica e financeira do devedor, bem como viabilidade de seu plano de recuperação, terão que arcar com elevados custos financeiros, individualmente, por sua conta e risco. A legislação brasileira possibilita ao devedor a escolha entre prosseguir com sua atividade de natureza empresária, ao lhe permitir viabilizar a superação da situação de crise econômica financeira [142], ou, por outro lado, requerer ao juízo a autofalência, expondo as razões da impossibilidade de se prosseguir com a atividade empresarial. [143]

No entanto, os motivos pelos quais o devedor considera estarem presentes para realizar o pleito de recuperação judicial, não são, de forma suficiente e adequada, de conhecimento dos credores, no momento de

142 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.(BRASIL, 2005).

143 Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos. (BRASIL, 2005).

elaboração da petição inicial. Tal fato acaba por fazer com que os credores deliberem sem terem todas as informações adequadas, o que permite a preservação da empresa que não seja viável e extinguindo-se as viáveis.

Assim, nestes casos, não se produzem resultados eficientes, pois não se atende aos critérios da lei, sobretudo quanto à manutenção da empresa viável e também do interesse dos credores. Aliás, contribui-se até mesmo para que no mercado de crédito crie-se insegurança, capaz de aumentar os custos de negociações futuras junto aos financiadores, investidores e fornecedores. Não se nota na Lei 11.101/05 um mecanismo que contribua para facilitar a distinção, antes da deliberação da assembléia geral de credores, entre as atividades viáveis e as inviáveis.

Michelle J. White expõe a expressão *filtering failure,* que significa a existência de erro quando da avaliação dos devedores em crise, o que enseja a possibilidade de que atividades economicamente eficientes fossem liquidadas. Este seria o *error type 1*. Por outro lado, seria o *error type 2* permitir as atividades que são economicamente ineficientes, a sua reorganização.[144] Assim, é possível que o empresário devedor assuma unilateralmente ser viável economicamente, mas, porém sem sê-lo, ao passo que os credores não terão dados para concordar ou discordar de tal afirmação do devedor. Isso configura o *error type 2*.

Verifica-se, assim, que para se ter conhecimento acerca da opção dos administradores que gerenciam a atividade em crise financeira, econômica e patrimonial, quanto a sê-la eficiente ou não, pressupõe que as informações colocadas à disposição de todos os interessados sejam simétricas e completas. Ou seja, identificar se a escolha do empresário é eficiente ao se optar pela falência ou liquidação, na hipótese em que seus recursos disponíveis levam a essa solução e, da mesma forma, identificar se a opção pela recuperação foi feita tão somente nos casos em que era recomendada e adequada, não

144 3.1.2. Models with asymmetric or incomplete information Turn now to "filtering failure." Suppose there are two types of financially distressed firms: type 1 firms that are economically efficient and should reorganize versus type 2 firms that are economically inefficient and should liquidate. In the first-best bankruptcy outcome, all type 1 firms would reorganize and all type 2 firms would liquidate. "Filtering failure" occurs in bankruptcy whenever type 1 firms liquidate and/or type 2 firms reorganize.White (1994) examined an asymmetric information model of filtering failure under which managers of failing firms are assumed to know their firms' type, but creditors do not. The structure of the model incorporates features of U.S. bankruptcy law, including managers' right to choose between Chapter 7 versus Chapter 11, managers' right to offer the first reorganization plan under Chapter 11, and creditors' right to accept or reject managers' proposed plan. But the model ignores conflicts of interest among creditors. (WHITE, 2007. p. 17).

permite a assimetria nas informações.

Percebe-se que a Lei 11.101/05 não prevê meio procedimental adequado para completa informação e cognição dos credores, causando assimetria de informações, ao não impor ao administrador judicial o dever de produzir relatório circunstanciado sobre a verdadeira situação do devedor em momento anterior à ocorrência de assembleia de geral de credores, com o objetivo de aceitar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação. Para maior eficiência, deveria ser apresentado à assembleia geral de credores documento confeccionado que contivesse um relatório detalhado, feito por pessoa imparcial e totalmente desvinculada da administração e gerência do devedor, que tivesse total acesso ao dia a dia da atividade, livros, estabelecimento e qualquer outro documento.

Neste caso, ter-se-ia um quadro mais seguro quanto à real situação do devedor e eventual viabilidade do plano, em termos econômicos. Desta forma haveria mais eficiência, com maior possibilidade de alocação dos recursos escassos, maior probabilidade de alcance dos fins almejados, minimização de custos e ocorrência de mais incentivos positivos à participação e interação dos credores.

Ademais, um outro aspecto chama atenção e diz respeito exatamente à existência de assimetria de informações. Veja-se.

Inexiste na atual Lei 11.101/05 qualquer princípio de validação econômica do plano de recuperação. Entende-se que a lei brasileira não incluiu de forma suficiente previsão sobre fundamento econômico para aprovação do plano de recuperação, ao não impor a necessidade de realização de pagamento ao menos daquele valor em que os credores eventualmente receberiam em caso de falência e liquidação. A tradicional doutrina de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955) anteriormente adotada pela lei falimentar de 1908 já preconizava:

> Não se compreende a concordata sem a equivalência dos sacrifícios, que se exigem dos credores, as vantagens de evitar a liquidação judicial na falência. Não seria justo levar o rigor da Lei ao ponto de sacrificar o interesse dos credores em benefício exclusivo do falido, ou credores astutos. A falência não é meio de enriquecer. (MENDONÇA, 1955, p. 384-385).

A legislação de 1908 previa [145]:

> Art. 108. Os embargos que os credores dissidentes, presentes á assembléa, podem oppôr, deverão ter por fundamento: 1. Inobservancia das formalidades e dos requisitos estabelecidos por Lei para a formação da concordata, a inclusão indevida de credores, cujos votos influiram na acceitação da proposta ou violação das regras prescriptas para a convocação e reunião dos credores. 2. Maior sacrificio aos credores que a liquidação na fallencia, attendendo á proporção entre o valor do activo e a porcentagem offerecida.(BRASIL, 1908, grifo nosso).

Ao se analisar o *Bankruptcy Code* nota-se que para que ocorra confirmação judicial, dentre outros requisitos, o plano deve oferecer aos credores, ao menos, valor igual ou superior àquele vislumbrado e previsto em caso de liquidação.[146] Em Portugal, há neste caso a possibilidade de impugnação manifestada pelo credor:

> Art. 216. Não homologação a solicitação dos interessados. 1 - O juiz recusa ainda a homologação se tal lhe for solicitado pelo devedor, caso este não seja o proponente e tiver manifestado nos autos a sua oposição, anteriormente à aprovação do plano de insolvência, ou por algum credor ou sócio, associado ou membro do devedor cuja oposição haja sido comunicada nos mesmos termos, contanto que o requerente demonstre em termos plausíveis, em alternativa, que: a) A sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que a que interviria na ausência de qualquer plano, de-

145 Ver seu inteiro teor disponível em Câmara Legislativa.

146 Ver: 11 U.S. Code § 1129 - Confirmation of plan. [...]. With respect to a class of interests - (i) the plan provides that each holder of an interest of such class receive or retain on account of such interest property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the greatest of the allowed amount of any fixed liquidation preference to which such holder is entitled, any fixed redemption price to which such holder is entitled, or the value of such interest; or (ii) the holder of any interest that is junior to the interests of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior interest any property.

> signadamente face à situação resultante de acordo já celebrado em procedimento extrajudicial de regularização de dívidas; b) O plano proporciona a algum credor um valor económico superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência, acrescido do valor das eventuais contribuições que ele deva prestar. (PORTUGAL, 2016)

No mesmo sentido, David Smith e Per Stromberg (2003) destacam a importância da validação econômica do plano, de modo a se evitar intrigas entre os próprios credores, diminuindo-se a probabilidade de que planos viáveis sejam rejeitados. [147] Portanto, em relação ao sistema brasileiro, verifica-se sê-lo ineficiente haja vista a ausência de informações claras e por estar presente a assimetria, conforme exposto em item anterior neste trabalho.[148] Para que haja eficiência, deve haver a avaliação econômica da atividade em juízo, por ser requisito para que ocorra a adequada votação dos credores quando em assembléia geral. Ademais, a avaliação econômica deveria se orientar com base em critérios ligados à liquidação e continuidade da atividade ao longo do tempo futuro, via cálculo do aviamento ou *goodwill*.[149]

147 Second, voting rules are crucial to implementing reorganization plans when a minority of creditors might strategically oppose a plan. The U.S. Chapter 11 code has a particularly clever system to prevent hold-outs. First, only "impaired" classes – defined to be those claimants that would receive some payoff less than their face value but greater than zero in liquidation – get to vote. Those classes that would receive nothing or be fully paid back in the plan, are precluded from voting, and thus strategically holding out. But creditors have to be offered a plan that at least covers their estimated payoff in case of liquidation. This is important, since it prevents the backers of the plan from simply overruling some classes of creditors by offering them a zero payout and locking them out from the voting. (SMITH; STRÖMBERG, 2003, p. 19).

148 Viu-se em item anterior que a Lei 11.101/05 não prevê meio procedimental adequado para completa informação e cognição dos credores, sobre a viabilidade econômica da atividade, causando assimetria de informações, ao não impor ao administrador judicial o dever de produzir relatório circunstanciado sobre a verdadeira situação do devedor em momento anterior à ocorrência de assembléia de geral de credores, com o objetivo de aceitar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação. Diz-se que a exigência de apresentação da viabilidade econômica e do laudo econômico e financeiro, juntamente com a avaliação dos bens e ativos do devedor, assinado por pessoa jurídica ou física especializada, contribui apenas para aumentar os custos financeiros do procedimento e, permite, ainda, não ser dada satisfatória credibilidade, tendo em vista tratar-se de documento unilateral.

149 Para Henrique Vaz Duarte (2004, p. 97-98) o critério da liquidação "traduz-se no somatório material dos elementos patrimoniais que compõem a empresa que vai cessar a sua actividade. Os bens são tratados e avaliados individualmente, de acordo com o seu custo, o seu estado físico atual, com maior ou menor deterioração, podendo servir como auxiliar de avaliação a comparação com o preço da venda de um bem novo. Não se avalia neste método a empresa vista como unidade econômica e instrumento gerador de riqueza. A liquidação patrimonial, característica paradigmática de uma alienação falimentar, será sinónimo de delapidação patrimonial, já que não

se terá como objectivo a exploração futura da empresa, quando muito seu desmantelamento". Já o critério da continuidade, rendimento ou cash-flow respeita à soma actualizada dos resultados da exploração esperados. Este modelo de avaliação tem em linha de conta a empresa como entidade dinâmica, com passado presente e futuro e a sua correlativa aptidão para produzir rendimento, gerar lucro. No fundo, alicerça-se este método numa projecção vindoura de fluxos de tesouraria, numa previsão de receitas e despesas susceptíveis de incorporar no preço/valor final o potencial futuro dos respectivos negócios. Trata-se de um critério de avaliação que, envolvendo uma variedade de componentes (taxa de juros, risco, índices de inflação, nível de crescimento, sinergias, rentabilidade, etc.) permite conhecer, na actualidade, o valor futuro do good will da empresa."

150 O goodwill é tratado em nosso vernáculo como "aviamento". Sobre a evolução histórica detalhada do aviamento ou goodwill, desde o primeiro registro de sua utilização em 1571 na Inglaterra, considerando-se o primeiro trabalho sistemático possuindo-o como tema central, em 1891, de autoria de Francis More, em publicação de seu artigo na revista The Accountant, abordando a forma de sua avaliação, até a elaboração da tese de doutoramento de Eliseu Martins na USP, a qual foi um marco de referência da literatura brasileira, ver Schmidt (2002, p. 38-42), bem como Fernandes e Schmidt (2005, p. 77-78).

151 Para Celso Barreto Filho "o aviamento é o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros". (BARRETO FILHO, 1988, p. 169). Para Eduardo Goulart Pimenta "todo estabelecimento traz consigo, devido as circunstância que o envolvem, um determinado potencial de lucratividade, chamado também de aviamento. Este elemento incorpóreo ligado ao instituto do estabelecimento é, como se pode presumir, extremamente variável, dependendo de inúmeros elementos que vão desde a qualidade dos produtos ofertados e a localização do estabelecimento até o nível de comprometimento e competência dos empregados e administradores do negócio". (PIMENTA, 2004ap. 116). Nas palavras de Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro (2006), sobre o aviamento, "Também conhecido pela expressão goodwill of a trade (do direito anglo-saxão), trata-se o aviamento do sobre valor verificado com a reunião de todos os bens integrantes do estabelecimento empresarial que, agrupados, têm o propósito de gerar riquezas. Quanto melhor administrados os elementos integrantes do estabelecimento, maior será sua aptidão para a obtenção de lucros. São vários elementos materiais, imateriais e pessoais que conferem ao estabelecimento a capacidade de produzir lucros, sendo que é conforme a específica qualidade de cada um destes elementos que teremos uma capacidade maior ou menor de obtenção de lucros". (BERTOLDI; RIBEIRO, 2006, p. 99). As elementares palavras de José Xavier Carvalho de Mendonça expõem: "sob esse qualificativo queremos designar a aptidão ou disposição do estabelecimento comercial ao fim a que se destina. O aviamento, que se forma com o tempo, com a obra diligente do comerciante, com a bondade dos produtos, com a honestidade, é o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial, ao qual se acha visceralmente unido". (MENDONÇA, 1955, p. 21). Nas palavras de Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, "É, por via de efeito, uma qualidade ou atributo do estabelecimento relacionado, quer com a respectiva excelência, reputação e eficiência – as quais, via de regra, são creditadas às qualidades pessoais daqueles que o dirigem (aviamento subjetivo ou personal goodwill) -, quer com o ponto onde se encontram localizadas as respectivas instalações (aviamento objetivo ou local goodwill) (FONSECA, 2007, p. 220).Também salienta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "A capacidade de geração de lucros, proporcionados pelos estabelecimentos comerciais, é chamada "aviamento". Esse aviamento pode decorrer fundamentalmente da própria localização do estabelecimento (aviamento objetivo, ou *local goodwill*) ou da especial e competente atuação do empresário à sua frente (aviamento subjetivo, ou *personal goodwill)* (VERÇOSA, 2004, p. 249).Em trabalho aca-

dêmico específico sobre o assunto, para Eliseu Martins, são fatores que ensejam o *goodwill*: *know-how*, propaganda eficiente, localização geográfica, habilidade administrativa fora dos padrões comuns, treinamento eficiente dos empregados, relações públicas favoráveis, legislação favorável e condições monopolísticas (MARTINS, 1972, p. 59). A doutrina especializada contábil também expõe poder ser o aviamento ou goodwill classificado em comercial, industrial, financeiro, político, pessoal, profissional, de marca ou nome comercial, dependendo dos fatores essenciais que o ensejaram. Ao citarem Paton e Paton, Luciane Alves Fernandes e Paulo José Luiz dos Santos Schmidt observam: "Goodwill comercial: decorrente de serviços colaterais, como equipe amável de vencedores; entregas convenientes; facilidade de crédito; espaço físico apropriado para serviços de manutenção; atributo de qualidade do produto em relação ao preço; atitude e hábito do consumidor como fruto de nome comercial e marca tornados proeminentes em função da propaganda persistente; localização da entidade. Goodwill industrial: função de altos salários, baixa rotatividade de empregados, oportunidades internas satisfatórias para acesso às posições hierárquicas superiores, serviços médicos, sistema de segurança adequado, quando esses fatores contribuem para a boa imagem da entidade, e a redução do custo unitário da produção gerado pela força de trabalho que opera nessas condições. Goodwill financeiro: oriundo da atitude dos investidores, fontes de financiamento e de crédito em função de a entidade possuir sólida situação para cumprir suas obrigações e manutenção de sua imagem, ou, ainda, captar recursos financeiros que lhe permitam aquisições de matéria-prima ou mercadorias em melhores termos e preços. Goodwill político: é aquele que surge em decorrência de um bom relacionamento com o Governo" (SCHMIDT; SANTOS, 2002. p. 44-45). Veja-se, nesse sentido, Rubens Famá e Marcelo Monteiro Perez, em dissertação de mestrado específica sobre o assunto, que aduz que o goodwill é considerado sob três perspectivas: como excesso de preço pago na compra de um empreendimento ou patrimônio, em relação ao valor dos seus ativos líquidos, conforme as cotações de mercado; nas consolidações contábeis, como o excesso de valor pago pela sociedade controladora por sua participação nos ativos líquidos de suas subsidiárias; como o valor atual dos lucros futuros esperados, descontados por seu custo de oportunidade (FAMÁ; PEREZ, 2006). Para os contabilistas Eldon Hendriksen e Michael Van Breda "O valor presente de lucros superiores. O enfoque à mensuração de goodwill que é encontrado mais comumente na literatura contábil é o que pressupõe que o goodwill representa o valor presente de lucros futuros esperados (ou pagamento a proprietários) acima daquilo que poderia ser considerado um retorno normal" (HENDRIKSEN; BREDA, 1999, p. 392). Paulo Schmidt e José Luiz dos Santos (1997, p. 392)corroboram nesse sentido, ao afirmarem que: O goodwill, segundo Iudícibus, pode ser analisado sob as seguintes perspectivas: a) excesso de preço pago na compra de um negócio sobre o valor de mercado de seus ativos líquidos; b) nas consolidações, o excesso de valor pago pela investidura por sua participação nos ativos da subsidiária; c) valor atual dos lucros futuros esperados, descontados por seus custos de oportunidade (goodwill subjetivo)." O verdadeiro goodwill somente surgirá se os ativos e passivos das entidades adquiridas forem reavaliados por algum tipo de valor de mercado. Caso contrário, o goodwill será uma mistura de "goodwill puro" e de outras diferenças de avaliação. Por consequinte, goodwill é aquele "algo mais" pago sobre o valor de mercado do patrimônio líquido das entidades adquiridas, devido a uma expectativa (subjetiva) de lucros futuros além de seus custos de oportunidade, resultante da sinergia existente entre os ativos da entidade (SHMIDT; SANTOS, 2002, p. 45). Como bem frisa Martinho Maurício Gomes de Ornelas: A fórmula de cálculo do goodwill leva em conta que é necessário transmitir a seus usuários a visão de que o goodwill ou aviamento corresponde ao efeito sinérgico, ou seja, a avaliação do todo patrimonial pode ser superior à avaliação individual de cada um de seus componentes; corresponde esse efeito à capacidade que a sociedade possui de gerar lucros acima daquele considerado normal; tem, portanto, caráter de algo mais, do plus, do sobre valor. (ORNELAS, 2001, p. 146). Conforme Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca: "[...] a aferição do goodwill apresenta determinadas conotações que, com freqüência, dificultam a tarefa do Expert. É

que, como já se relevou, em geral impende preliminarmente apurar o valor global da empresa para, só aí então, encontrar o valor correspondente àquele sobre valor. Nesse sentido, o valor final encontrado para a empresa pode ser superior à soma daquele atribuído aos ativos individualmente." (FONSECA, 2007, p. 233). Verifica-se também, pelo estudo da doutrina contábil, que os métodos científicos, econômicos e contábeis, para a mensuração do aviamento ou goodwill são vários. Salienta Antônio Lopes de Sá: "Muitos foram os intelectuais que propuseram fórmulas para o cálculo do aviamento, vários são os que ainda se apresentam. Não existe uniformidade técnica quanto às fórmulas aplicáveis praticamente ao cálculo de "aviamento" e sequer existe consenso sobre uma, inquestionável. As bases teóricas de um modelo qualitativo para conhecer tal valor imaterial, todavia, são uniformemente reconhecidas em doutrina, ou seja, quanto aos fatores a serem considerados. A multiplicidade de critérios referida, defendida pelos seus autores e adeptos, possui valor de tentativa de tradução do fenômeno em linguagem matemática, mas não lograram ainda um reconhecimento universal. Há uma considerável controvérsia sobre os métodos e critérios, e, não obstante a idoneidade de alguns autores que as sugerem, é impossível dizer que sejam as mesmas consagradas a ponto de adotá-las sem condicionantes" (SÁ, 2009, p. 157). Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca(2007) expõe que: "Há vários e diversificados métodos para avaliação da empresa. Com amparo no lucro verificado, são inúmeras as fórmulas sistematizadas pelos experts para o cálculo do goodwill. Aquela mais comumente empregada é a seguinte: FC=RLm [(1+i)3] : [(1+i)3], em que FC = fundo de comércio, cujo valor pretende-se determinar, igual aos resultados líquidos dos anos seguintes, devidamente capitalizados e transpostos à época periciada; RLm = resultado líquido médio convertido pelos índices constantes da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais; 3 = número de ciclos futuros, representado em anos, o qual poderá variar de caso a caso. O fator temporal utilizado é estimado, normalmente, em duas ou três vezes o lucro líquido verificado nos últimos 3 ou 5 anos. (FONSECA, 2007, p. 231). Ao citar Manobe, a mesma respeitável Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca expõe: "Massanori Manobe, por seu turno, considera o lucro líquido e determinado fator multiplicativo para obtenção do goodwill: G=[LL – RA – (i. AT)].F. Na referida fórmula: G = valor do goodwill; LL = lucro líquido; RA = remuneração da administração; i = taxa de juros aplicável ao capital imobilizado em ativos tangíveis; AT = ativos tangíveis; F = fator multiplicativo para a obtenção do goodwill. A fórmula supra tem outra variante, usualmente denominada Método de Nova Iorque, na qual se utilizam os lucros líquidos médios dos últimos cinco anos: G = [LLM – RA – (I.AT)].F em que: G = valor do goodwill; LLM = lucro líquido médio dos últimos cinco anos; RA = remuneração da administração; i = taxa de juros aplicável ao capital imobilizado em ativos tangíveis; AT = ativos tangíveis; F = multiplicativo para obtenção do goodwill. (FONSECA, 2007, p. 232). O doutrinador contábil Martinho Maurício Gomes de Ornelas acresce que: "A terceira fórmula, conhecida como HATFIELD, introduz a visão do goodwill como resíduo em relação aos outros ativos: G = [(LL – RA) / j] – AT, onde G = valor do goodwill, LL = lucro líquido médio dos últimos cinco anos, RA = remuneração da administração, j = taxa de capitalização dos juros, AT = ativos tangíveis" (ORNELAS, 2001, p. 137). Para análise eminentemente contábil das diversas fórmulas de mensuração do aviamento vide, na literatura especializada contabilista, as respectivas derivações e os denominados Métodos de Nova Iorque e Hatfield em: Ornelas (2001. p. 136- 146). Sobre outros métodos, ver também: Hoog (2011, p. 156-166). E, além dos Métodos de Nova Iorque e Hatfield, vide o Método de Lawrence R. Dicksee; Método do Valor Atual dos Superlucros; Método de Custo de Reposição ou Custo Corrente; Método do Valor Econômico e o Método do Valor de Realização em: Paulo Schmidt e José Luiz dos Santos (2002, p. 51-55). Quanto ao Calculo de M; além os denominados Métodos de M. Leake; Método de Schmalenbach; Método de Auler; Método de Gref; Método de Retail; Método de Triendlander; Método Clássico Inglês; Método de Schonwandt; Método de Gustav Muller; Método de Manfredo Berliner; Método de Avaliação sem Escrita Regular e Método Clássico, ver LuizAutuori (1969. p. 127-188).

Nota-se que as variáveis consideradas em todas as fórmulas para tal cálculo da viabilidade econômica ao longo do tempo futuro apreciam, sobretudo: resultados passados, para projeção de fluxos de caixa futuros; intervalos de tempo, passados e futuros; taxas de juros e de risco, custos de capital, utilizados para se descontarem os valores futuros em relação ao valor presente; taxas de crescimento dos resultados sociais. Conforme exposto em item anterior, [152] diante da aludida assimetria de informações, os credores jamais saberão, a não ser com alto custo, se o valor oferecido no plano é superior ou inferior ao da hipótese de liquidação. Percebe-se também que a falta de critérios de avaliação econômica impede ao Juiz de adequadamente fundamentar sua decisão pela concessão da recuperação, em sobreposição à decisão tomada pelos credores em assembléia.

Deste modo, neste trabalho, entende-se que as omissões legislativas em relação ao requisito de validação econômica, juntamente com a omissão quanto à informação completa em relação ao valor da empresa, fazem com que a validação econômica não seja regra de decisões, bem como não faz exigir mecanismo imparcial e idôneo de mensuração do valor da atividade.

5. Conclusão

Tratam-se as linhas acima que estudo construtivo e reflexivo. Não se pretendeu esgotar o tema.

Verifica-se que o atual contexto social e econômico de nosso país, por si, já impõe severas adversidades ao sucesso do empresário quando do exercício de sua atividade, tais como alta carga tributária, concorrência antiética e ônus advindos da legislação do trabalho.

A princípio, traria a Lei 11.101/05 novo remédio destinado a viabilizar a superação da crise, mediante melhor negociação entre credores e devedor empresário, de modo a se evitar a declaração de falência. Sabe-se que quanto maiores, numerosas, contínuas, duradouras e tranquilo for o exercício das atividades econômicas, maior será o fomento para a dinamização da economia de nosso país, com geração de mais empregos, recolhimento de mais tributos e acumulação de mais parceiros comerciais.

152 Foi mencionado em item anterior que o credor, que pretenda fundamentar sua eventual objeção ao plano de recuperação, terá de elaborar, por conta própria, análise e auditoria quanto aos documentos apresentados, transformando-se em mais custos, os quais serão somados ao crédito existente que não foi recebido ainda.

O tema objeto deste trabalho se justifica, dada a sua cada vez maior presença no dia a dia do empresário. O tema é de suma importância e merece ser verdadeiramente considerado, por empresários, empresas, sócios e todos aqueles cujos interesses sociais e econômicos gravitam sobre a atividade de natureza empresária.

Dados empíricos e quantitativos, de credibilidade, evidenciam a necessidade de aperfeiçoamento da lei 11.101/05. De fato, identifica-se que o percentual de atividades que pleiteiam judicialmente a recuperação, que obtenham sucesso, e se reestabelecem no mercado, é extremamente baixo e inadequado.

Portanto, como hipótese de resposta ao problema deste trabalho, pode-se inferir que devem ser alterados os dispositivos da lei 11.101/05, a fim de proporcionar meio procedimental adequado para total informação e cognição dos credores, evitando assimetria de informações, como, por exemplo, para impor ao administrador judicial o dever de produzir relatório circunstanciado sobre a verdadeira situação do devedor em momento anterior à ocorrência de assembleia de geral de credores, com o objetivo de aceitar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação.

Logo, devem ser ajustados dispositivos na Lei 11.101/05 para que se imponha a necessidade de elaboração de um relatório circunstanciado feito pelo administrador judicial, ou qualquer outro documento idôneo, sem favorecimentos ou parcialidades, que disponibilizasse a todos os credores as informações indispensáveis às deliberações relacionadas ao destino do devedor.

Também merecem ser ajustados dispositivos para obter-se maior eficiência, a fim de que seja apresentado à assembleia geral de credores documento confeccionado que contenha um relatório detalhado, feito por pessoa imparcial e totalmente desvinculada da administração e gerência do devedor, que tenha total acesso ao dia a dia da atividade, seus livros, estabelecimento e qualquer outro documento que permita identificar a real possibilidade de soerguimento e lucratividade ao longo do tempo futuro.

Ademais, no mesmo sentido, como hipótese de resposta a este trabalho merecem ser ajustados dispositivos na Lei 11.101/05 para que hajam regras próprias para verificação do verdadeiro grau e estado de atividades negociais de quem está em crise.

No mesmo sentido, também, devem ser ajustados dispositivos na Lei

11.101/05 para seja imperiosa à necessidade de se relacionar quais seriam, exatamente, os créditos não submetidos à recuperação, bem como se exija a juntada de certidões de débitos perante as Fazendas Públicas, pois até o momento, não existem tais exigências nos artigos 51 e 53 da referida lei.

Acredita-se que com maior simetria destas informações, se evitará que os credores tenham que decidir sem que tenham conhecimento totalmente pleno acerca do montante remanescente, ainda disponível do ativo, que permita efetivamente o pagamento dos credores, concursais, ou não concursais. O intuito deste artigo é contribuir para viabilizar, de forma adequada e desejada, 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, finalmente, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. Referências

ABRAÃO, Nelson. Curso de direito falimentar. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1997.

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários aos arts. 70 ao 104. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coord.). Comentário à lei de recuperação de empresas e falência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Direito civil: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSIS, Dione Valesca Albuquerque de. Uma Análise Empírica sobre o Processo de Recuperação Econômica pela via Judicial adotado pelas sociedades empresárias: a experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. Antônio José Maristrello Porto. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio, 117p., 2012.

BANDO, JanainaRossarolla. Da possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural. Revista de Direito Empresarial, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 239-253, jan./abr. 2014.

BAUTZER, Tatiana. Poucas empresas em recuperação judicial se salvam no Brasil. Revista Exame. 19/12/2013. Disponível em https://exame.com/revista-exame/a-intencao-era-boa/ Acesso 01 de junho de 2020.

BAUTZER, Tatiana. Poucas empresas em recuperação judicial se salvam no Brasil. Revista Exame. 19/12/2013. Disponível em https://exame.com/revista-exame/a-intencao-era-boa/ Acesso 01 de junho de 2020.

BRAGA. Tribunal da Comarca de Contas. Relatório da administradora da insolvência (art.º 155.º CIRE. Processo n.º 271/14.5TBAMR, V. N. Famalicão, Instância Central - Secção de Comércio. Elaborado por Deolinda Ribas e Paulo Manuel Macedo de Barros - NIF/NIPC: 175620113. 22 out. 2014. Disponível em: <http://n-insolvencias.com/sites/ninsolvencias/files/insolvencias_1414159866/2494_Relatorio_Art155.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661 de 21 jun. de 1945. Lei de Falências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 21 jun. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jan. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 02 de fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.Consulta processual. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC 110.250/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 2010a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/ jurisprudencia/doc.jsp?livre=110250&b=ACOR&p=true&l=10&i=9 >. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 111.614/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção. Diário de Justiça Eletrô-

nico, Brasília, 2010b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar23.499/RS. Relator: MinistroHumberto Martins–Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19dez. 2014c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.&processo=23499&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=-true>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1181533/MT. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10dez. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+-SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1181533&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessom em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1306924/SP. Relator: MinistroPaulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27ago.2014e. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22PAULO+-DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.min.&processo=1306924&&b=ACOR&-thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1376488/DF. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01set. 2014b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+-SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1376488&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência79.170/SP. Relator: MinistroCastro Meira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 set.2008c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.&processo=79170&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência88.661/SP. Relator: MinistroFernando Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 jun.2008b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=88661&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência90.075/SP. Relator: MinistroHélioQuaglia Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%28%22H%C9LIO+QUAGLIA+BARBOSA%22%29.min.&processo=090075.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência101.552/AL. Relator: Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 out.2009.Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/ jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HONILDO+AMARAL+DE+MELLO+CASTRO+%28DESEMBARGADOR+CONVOCADO+DO+TJ%2FAP%29%22%29.min.&processo=101552&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência116.696/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrigh, Segunda Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 ago. 2011.Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=116696&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 18.538/PA. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira – Segunda Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 06 out.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22ANTONIO+CARLOS+FERREI RA%22%29.min.&processo=18538&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial1173735/RN. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão–Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09maio2014d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1173735&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1187404/MT. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão–Corte Especial. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21ago. 2013f. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1187404&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1260301/DF. Relatora: MinistraNancyAndrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21ago.2012d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1260301&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 jun. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1263500/ES. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 abr. 2013b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARIA+ISABEL+GALLOTTI%22%29.min.&processo=1263500&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1279525/PA. Relator: MinistroRicardo Villas BôasCueva – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13mar.2013g. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.min.&processo=1279525&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1314209/SP. Relatora: MinistraNancyAndrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01jun.2012e. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1314209&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1326888/RS. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05maio.2014f. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp? livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1326888&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1333349/SP. Relator: MinistroLuis Felipe Salomão – Segunda Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02fev.2015c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp? livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1333349&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade3934. Relator: Minis-troRicardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30março.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283934%-2ENUME%2E+OU+3934%2EDMS%2E%29%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENPRO%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWS->

BERGER, Dora. A insolvência no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

BUTTWILL,Klas; WIHLBORG, Clas. The efficiency of the bankruptcy process:an international comparison.[S. l.]: Ratio,2004. Disponível em: http://ratio.se/publikationer/working-paper-65-efficiency-bankruptcy-process-international-comparison/ . Acesso em 15.09.2016.

CALEIRO, João Pedro. 10 números que revelam a escala da crise econômica no Brasil. Exame, São Paulo, ano 50, n. 6, ed. 1110, mar. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/frases-e-numeros/10-numeros-que-revelam-a-escala-da-crise-economica-no-brasil>. Acesso em: 11 out. 2016.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o nome regime da insolvência empresarial. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAVALLI, Cássio.Reflexões sobre a recuperação judicial: uma análise da aferição da viabilidade econômica como pressuposto para o deferimento do processamento da recuperação judicial.In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016. p. 1303-1331.

CAVALLI, Cassio. A dispensa de CND para concessão da recuperação judicial após a lei 13.043/14. [S. l.]: Do Autor, 2016.Disponível em http://www.cassiocavalli.com.br/?p=494. Acesso em: 25 out. 16.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 9. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro- empresa. São Paulo: RT, 1970.p. 102-103.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito empresarial. São Paulo: Saraiva,

1995.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. São Paulo: RT, 1996. p. 38-46.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Financiamento na recuperação judicial e na falência. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DUARTE, Henrique Vaz. Questões sobre recuperação e falência. 2. ed. Coimbra: Almedina 2004.

DUARTE. Ronnie Preuss. Teoria da empresa à luz do novo código civil Brasileiro. São Paulo: Método, 2004.

ESPANHA. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BoletínOficial del Estado, n. 164, 10 julio 2003, p. 26905; 26965. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813> Acesso em: 17 maio 2017.

FASSI, Santiago C.; GEBHARDT, Marcelo. Concursos y quiebras: comentário exegético de la ley 24.5222: jurisprudenciaapplicable. Buenos Aires: Astrea, 2005.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965.

FILGUEIRA, Maria Luiza. Entra ruim, sai pior: veja a recuperação judicial na prática. Revista Exame. 28/03/2016. Disponível em: Acesso em: 01 de junho de 2020.

FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira. Relatório Final do projeto de pesquisa do Programa de Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo – USP.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no Novo Código Civil. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Oksandro; ALMENDANHA, Cristina Malaski. Análise econômica do direito e a suspensão das ações e execuções em face da empresa em recuperação judicial: instrumento para o desenvolvimento. Revista de Direito Empresaria. Belo Horizonte, ano 10, n. 2, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96852>. Acesso em: 21 set. 2016.

GONÇALVEZ NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GUIMARÃES, BernardoStrobel; BORDA, Daniel Siqueira. Limites e possibilidades de empresas em recuperação judicial participarem de licitações públicas (Ecos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg na Medida Cautelar 23.499/RS). Revista de Direito Empresarial–RDEmp, Belo Horizonte, ano 12, n. 1, p. 257-279, jan./abr. 2015.

GUIMARÃES, Márcio Souza. A intervenção do Ministério Público no Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas: 10 anos de experiência na Lei 11.101/05. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016. p. 473-497.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Entraves à eficácia da Lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los?Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 265-280, jan./ jul. 2007a.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Recuperação judicial de empresas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. p. 105-109.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. Manual de direito falimentar. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Dissolução parcial nas sociedades limitadas: considerações acerca do momento para apuração dos haveres do sócio retirante. Revista Magister de Direito Empresarial Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.5, n.26, , p.10-16, abr. 2009.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PIMENTA, Eduardo Goulart. Notável relação entre análise econômica do direito e os direitos de propriedade. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_ 2010/discentes/NOTAVEL%20RELACAO%20ENTRE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO%20E%20OS%20DIREITOS%20DE%20PROPRIEDADE.pdf > Acesso em: 14 jul. 2016.

LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes. Código de insolvência e da recuperação de empresas anotado.2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

LOBATO, Moacyr de Campos Filho. A recuperação judicial, a falência e o futuro.In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016. p. 665-674.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: QuartierLatin, 2006. p. 119.

LOPES, Braulio Lisboa. Aspectos tributários da falência de recuperação de empresas. São Paulo: 2008.

LOPES, Idevan César Rauen. Empresa e exclusão de sócio: de acordo com o novo código civil. Curitiba: Juruá, 2004.

LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A empresa em crise. Virtuajus Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, p. 1-12, 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. Revista Magister de Direito Empresarial Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.5, n.28 , p.5-12, ago. 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FERREIRA, S. A. O direito de empresa em crise. Revista Forense, v. 398, p. 211-228, 2008.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. 3. ed. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009a.

MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. (Tradução de-Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009b.

MENDONÇA, José XavierCarvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 14-15. v.3.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. Campinas: Bookseller, 2004. v. 5, t. I

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de.Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Atualizado por AchilesBevilaqua e Roberto de Carvalho Mendonça. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v.8.

NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência.São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

OLIVEIRA, Rafael Alves de. Recuperação Judicial: uma análise empí-

rica dos processos de recuperação judicial distribuídos junto à 2º Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Cível Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento. Orientador: Prof. Dr. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 106p, 2015.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa. Curitiba: Editora CRV, 2011. PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresárias brasileiras: entre a autonomia da vontade e a estrita legalidade. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Belo Horizonte, v. 142, p. 66-79, 2007a.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006a.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O princípio da preservação da empresa sob a ótica da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Revista do Curso de Direito (Nova Lima), Belo Horizonte, v. 3, p. 75-852004c

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado. São Paulo: IOB Thomson, 2006b.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. Revista Direito GV. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 151-166, 2006c.

PORTUGAL. Ministério Público. DL n.º 53/2004, de 18 de Março

Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Lisboa: PGDL, 2004. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis> Acesso em: 05 out. 2011.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO, Revista , 13 de junho de 2015, Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jun-13/empresas-entram-recuperacao-judicial-reabilitam. Acesso em 01.07.2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?-Cadernos Direito GV. São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008. p. 4-55.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luís Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina. 2016, p. 32-33).

SERASA EXPERIAN. Falências e recuperações: recuperações judiciais batem recorde histórico em 2016, revela Serasa Experian. [S. l.]: Serasaexperian, 2017. Disponível em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2017/01/03/recuperacoes-judiciais-batem-recorde-historico-em--2016-revela-serasa-experian/> Acesso em: 22 maio. 2016.

SERASA EXPERIAN. Falências e recuperações: a cada quatro empresas com processo de recuperação judicial encerrado, uma volta à ativa, revela estudo inédito da Serasa Experian. [S. l.]: Serasaexperian, 2016. Disponível em:<http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/10/07/a-cada-quatro--empresas-com-processo-de-recuperacao-judicial-encerrado-uma-volta-a-a-tiva-revela-estudo-inedito-da-serasa-experian/> Acesso em: 22 maio. 2016.

SERASA CONSUMIDOR. Serasa Experian é pioneira na adesão à nova cadeia V5 do certificado digital. [S. l.]: Serasaexperian, 2016. Disponível em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/06/24/serasa-experian-e--pioneira-na-adesao-a-nova-cadeia-v5-do-certificado-digital/> Acesso em: 22 maio. 2016.

SLATER, Stuart, e LOVETT, David. Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causa das riquezas das nações. São Paulo: Hemus, 2003.

SMITH, David C.; STRÖMBERG,Per. Maximizing the value of distressed assets: Bankruptcy law and the efficient reorganization of firms. [S. l.]: Researchate,2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228348296_Maximizing_the_value_of_distressed_assets_Bankruptcy_law_and_the_efficient_reorganization_of_firms. Acesso em: 30 ago. 2016.

SONAGLI, Joseliane; GONÇALVES, Oksandro. A (i)legitimidade da cláusula resolutória e a função socioeconômica do procedimento falimentar. Belo Horizonte,Revista de Direito Empresarial– RDEmp, ano 11, n. 2, p. 203-223, maio/ago. 2014.

SOUZAJÚNIOR, Francisco Satiro. Da recuperação extrajudicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio. (Org.). Comentários à nova lei de falência e recuperação judicial. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2006.

SOUZA JÚNIOR, FrancisoSatiro. Dissolução de sociedades anônimas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Coord.).Direito societário: gestão e controle. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 155.

TOLEDO, Paulo Fernando CamposSalles de. Comentários aos artigos 1-34. In: TOLEDO, Paulo Paulo FernandoSalles de; ABRÃO, Carlos Henrique(-Coord).Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v.92, n.810, p.33-50, abr. 2003.

WAISBERG, Ivo. 10 anos da recuperação judicial: sugestões para reforma legislativa. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida; TEIXEIRA, Tarcisio (Coord.). Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo, SP: IASP, 2015. p. 340-353.

WHITE, Michelle J. Bankruptcy Law. Handbook of law and economics. London: Elsevier, 2007. p. 17. Disponível em: <http://econweb.ucsd.edu/~-miwhite/Handbook-proofs.pdf > Acesso em: 10 set. 2016.

CAPÍTULO 6

Reflexões sobre cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial

Natália Cristina Chaves
Doutora e Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da UFMG. Sócia Fundadora da Passos e Chaves Sociedade de Advogados.

Henry Colombi
Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UFMG. Professor Substituto da Universidade Federal de Viçosa. Advogado.

1. Introdução

Cláusulas de supressão de garantias são uma previsão comum em planos de recuperação judicial. Considerando a posição jurisprudencial consignada na Súmula n. 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a), no sentido de que a concessão da recuperação judicial do devedor principal não importa, por si só, a suspensão da exigibilidade das garantias[153], essa cláusula se torna, muitas vezes, uma condição da própria viabilidade do plano. Isso porque, caso se permita que, durante o período de cumprimento do plano, os credores submetidos ao procedimento recuperacional possam simplesmente executar a garantia do crédito, eles "perderiam o interesse na recuperação da empresa e no desempenho do papel assumido no âmbito do plano, reduzindo drasticamente as chances de êxito do procedimento" (CHAVES, 2008).

Não obstante a sua utilidade como meio para a viabilização do soerguimento da atividade empresária, a previsão de cláusula de supressão de garantias em planos de recuperação judicial suscita questionamentos quanto à sua legalidade.

153 O teor de referida Súmula, editada em 19/09/2016, é o seguinte: "Súmula 581. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória" (BRASIL, 2016a).

O Direito Concursal, por tratar de questões que envolvem a tutela dos interesses de uma coletividade de sujeitos cujos direitos foram afetados pela insolvência de um devedor empresário, é frequentemente relacionado mais à principiologia estrita das normas cogentes típicas do Direito Público do que à amplitude das margens de transação e ao afastamento convencional de estipulações legais que caracterizam o Direito Privado, incluindo o Direito Empresarial, com mais razão (LOBO, 2006, p. 28).

Sob a perspectiva desse marco hermenêutico, os arts. 49, §1º[154] e 50, §1º[155], ambos da Lei n. 11.101/05, ao serem interpretados como normas cogentes, obstaculizam, à primeira vista, a admissão de cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial.

O objetivo do presente artigo é, justamente, o de reafirmar as bases contratuais do plano de recuperação judicial, de forma a sustentar a possibilidade de pactuação de cláusulas de supressão de garantias, demonstrando que a textualidade dos arts. 49, §1º e 50, §1º, da Lei n. 11.101/05 não constituem verdadeiros óbices à previsão de referidas cláusulas, ante a sua natureza supletiva. Ademais, ao final, reforçar-se-á a necessidade de mudança de paradigma quanto à atual compreensão jurisprudencial da possibilidade de prosseguimento da execução de garantias do crédito sujeito à recuperação judicial, consignada na Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a), apresentando-se a alternativa da correta hermenêutica do instituto da novação concursal dos créditos.

De acordo com essa visão, a pactuação de cláusula de supressão de garantias, em que pese ser totalmente admissível, tornar-se-ia um expediente menos essencial (e, portanto, menos corriqueiro) ao soerguimento do devedor empresário em recuperação, pois a suspensão *ex lege* da exigibilidade das garantias durante o cumprimento do plano permitiria um maior entrosamento entre as partes envolvidas pelo procedimento, ficando ressalvadas as garantias, na hipótese de descumprimento do plano com convolação da recuperação judicial em falência.

154 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. [...]

155 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. [...]

2. A natureza contratual do plano de recuperação judicial e a possibilidade de ampla pactuação

Se, à época do Decreto-Lei n. 7.661/45, o instituto da concordata era considerado um favor legal concedido pelo Estado, com a Lei n. 11.101/05, o instituto da recuperação de empresas, tanto na sua vertente judicial (sucedâneo legal da concordata preventiva), quanto na extrajudicial, afastou-se dessa concepção, adquirindo contornos contratuais, com especificidades próprias, vinculando a coletividade dos credores pela vontade da maioria (CHAVES, 2008). Amador Paes de Almeida esclarece que a recuperação judicial tem:

> [...] nítida feição contratual, tornando presente a lição de Alfredo Rocco, quanto à natureza jurídica da concordata, válida para a recuperação: *'...uno contrato trai l fallito e la colletività del creditori deliberante a maggioranza nelle assemblea generale, col quale, mediante la modifcazione del preexistente rapporti obbligatori si fa cessar elo stato di falimento e, quindi, la procedura relativa'*. Conquanto contenha elementos próprios, não perde, entretanto, a sua feição contratual, envolvendo com os credores compromissos de pagamentos a serem satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano (ALMEIDA, 2008, p. 304-305).

A natureza deliberativa da decisão da coletividade dos credores que fixa o conteúdo do plano de recuperação judicial não afasta sua natureza contratual. Isso porque o contrato, não necessariamente, depende de que todas as "pessoas" envolvidas e submetidas a seus termos tenham expressamente anuído, mas, sim, que ambas as "partes" envolvidas na concertação dos interesses manifestem a sua vontade. Logo, estando, de um lado, o devedor empresário recuperando e, do outro lado, a coletividade de credores, representada pela deliberação da maioria, segundo os quóruns legais, tem-se como assentes, propriamente, um acordo de vontades de natureza contratual.

A necessidade de submissão do plano ao controle judicial tampouco

desnatura sua natureza contratual. Com efeito, ressalta Sergio Campinho que:

> [o] fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, da recuperação judicial, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo. Com efeito, o controle judicial do plano de recuperação judicial possibilita excluir eventuais objeções em face de sua validade. O procedimento de concessão judicial contribui para a redução das fontes de erros durante a sua celebração, bem como permite aos credores a oportunidade de verificar se seus interesses não foram prejudicados, além de dotá-lo de força executiva (CAMPINHO, 2006, p. 12-13).

Sob esse prisma, verifica-se que o plano de recuperação judicial detém natureza de contrato, no qual a vontade da maioria, externada de acordo com as formalidades legais preestabelecidas, regula os direitos e as formas de seu exercício na relação entre devedor e credores e cuja eficácia é condicionada à homologação judicial.

A conclusão pela natureza contratual do plano de recuperação judicial tem por decorrência lógica a atração, para a interpretação e a qualificação jurídica do instituto, de todo o arcabouço principiológico peculiar ao Direito Contratual e, mais especificamente, às normas pertinentes aos contratos de natureza empresarial. Isso porque, excetuados os credores trabalhistas e, extraordinariamente, os credores que tenham, para com o devedor empresário, relação de consumo, a grande massa dos componentes do concurso de credores se insere, essencialmente, na categoria de empresários, de modo que a relação jurídica entre devedor e seus credores sujeitos à recuperação judicial tem natureza essencialmente empresarial. Nesse sentido, Márcia Carla Pereira Ribeiro ressalta o papel qualificado que o prestígio da autonomia das partes contratantes deve desempenhar no âmbito

do contrato empresarial:

> Ao examinar o contrato empresarial é preciso considerar os vértices específicos do Direito Comercial, como a tutela de crédito, a necessidade de assegurar aos agentes econômicos segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato e a importância do erro na formatação do ambiente competitivo. O tratamento especial a incidir sobre os contratos empresariais também se justifica em virtude do ambiente específico no qual estão inseridos, qual seja, a exploração de atividade econômica pelos particulares e, neste ambiente, encontram-se regras próprias de direito comercial, ligadas entre si com vistas à otimização das ações e do ambiente econômico (RIBEIRO, 2017).

Essas diretrizes hermenêuticas foram recentemente reforçadas com a edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Medida Provisória n. 881/2019, convertida em Lei n. 13.874/19). Segundo Silvio de Salvo Venosa, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:

> [...] baseia-se em princípios de liberdade de empreender, modernizar, contratar bem como liberdade econômica. A norma é, sem dúvida, essencialmente programática, devendo ser regulamentada, representando a intenção do Governo Federal de incentivar os agentes econômicos nacionais e estrangeiros a exercer atividade no País, com o objetivo de dinamizar nossa competitividade internacional (VENOSA, 2019).

A propósito, o art. 1º de aludido Diploma legal preceitua:

> Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

O âmbito de aplicação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica se espraia para todas as searas de atuação dos particulares no mercado, seja em relação ao Estado, seja nas relações privadas. O art. 1º, §1º, de tal Lei determina que o disposto na Declaração:

> [...] será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

A aplicação dos vetores principiológicos da Lei é pressuposto necessário à análise da legalidade da pactuação de cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial, haja vista que o sistema de falência e recuperação de empresas insere-se no campo do Direito Empresarial. Em razão da natureza jurídica contratual do plano de recuperação judicial, o qual abarca questões patrimoniais privadas, bem como relações jurídicas empresariais, é inegável a atração do regramento da aludida Lei para a sua esfera de aplicação e interpretação.

Entre os dispositivos da Lei da Liberdade Econômica que ressaltam o prestígio da autonomia privada no contexto das relações empresariais, merece destaque o art. 1º, §2º, segundo o qual "Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas". O art. 2º do aludido Diploma legal, por sua vez, estipula

os princípios norteadores da Declaração:

> Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
>
> I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
>
> II - a boa-fé do particular perante o poder público;
>
> III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
>
> IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Acerca do norte principiológico da Lei de Liberdade Econômica, é pertinente, sobretudo, mencionar o princípio da subsidiariedade e da excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício de atividade econômica, insculpido em seu art. 2º, inciso III. Referida principiologia não é diversa para o Direito Concursal que, conforme observa Gladston Mamede, é parte integrante da atividade empresária que, por pressupor o risco, precisa de dispor de mecanismos para a regulação das relações jurídicas dos empreendimentos em crise (MAMEDE, 2014, p. 2).

Ainda nessa linha, o art. 3º, inciso VIII, da Lei da Liberdade Econômica conta com uma pertinente estipulação interpretativa para as normas de Direito Empresarial, reforçando a lógica de sua subsidiariedade e da primazia do avençado entre os empresários contratantes sobre o disposto em lei. A redação do dispositivo é a seguinte:

> Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VIII - 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;

A pertinência de referido dispositivo à questão em debate é fundamental, pois eleva à categoria de garantia de liberdade econômica a subsidiariedade das normas de Direito Empresarial e, por decorrência lógica, das normas de Direito Concursal previstas na Lei n. 11.101/05, que sejam relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, todos os dispositivos de referido Diploma que não sejam estritamente necessários à preservação da ordem pública podem ser livremente transacionados pelas partes interessadas.

Tal perspectiva reforça a lógica contratualista no âmbito dos planos de recuperação judicial, reafirmando, com ainda mais veemência, a soberania da deliberação assemblear, a qual vincula a totalidade dos credores sujeitos ao procedimento, pela vontade prevalente da maioria. Portanto, se, mesmo antes da novel legislação, a jurisprudência já vinha pendendo favoravelmente à supressão de garantias em planos de recuperação judicial, com a Medida Provisória da Liberdade Econômica, já convertida em Lei, eliminou-se qualquer dúvida que pudesse obscurecer a legalidade de tal previsão contratual.

Tal entendimento torna-se inequívoco quando se volta o olhar para as alterações implementadas pela Lei n. 13.874/19 na legislação privatística, de modo a adequá-la à nova teleologia. A esse respeito, no que concerne à garantia de maior liberdade para a concertação das relações privadas, incluindo-se aquelas relativas ao plano de recuperação judicial, a Lei da Liberdade Econômica implicou diversas alterações no Código Civil, que impactam diretamente as normas de interpretação e integração dos contratos. As mudanças, nessa seara, se devem à inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 113 do Código, que trata da interpretação do negócio jurídico, nos moldes a seguir:

> Art. 113. [...]
>
> §1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à

> parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder à qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
>
> §2º. As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

No que concerne à garantia da liberdade negocial, o parágrafo único do art. 421 do Código Civil consagra que, "Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". Por fim, o novel art. 421-A do mencionado Diploma determina que:

> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
>
> I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
>
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
>
> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

É indiscutível, pois que, com a vigência da Lei da Liberdade Econômica, revigoraram-se os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, elevando-os a um patamar mais prestigiado, de modo que prevalecerão, nas relações privadas simétricas e paritárias, inclusive,

sobre o disposto em lei, naquelas hipóteses em que se estiver diante de direito disponível.

Portanto, partindo-se da premissa de que o plano recuperacional envolve, essencialmente, relações jurídicas versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, a autonomia da vontade dos credores para estabelecerem as condições negociais de satisfação dos respectivos créditos sobrepõe-se às regras previstas em lei. Isso porque tais condições contratuais representam os parâmetros desejados pelos agentes, com a definição da alocação de riscos desejada pelas partes, com as suas vantagens e desvantagens.

Conclui-se, pois que tanto a Medida Provisória da Liberdade Econômica, quanto a Lei em que se converteu, cujos vetores são plenamente aplicáveis ao plano de recuperação judicial, reforçam a necessidade de observância aos princípios da: (i) autonomia privada; (ii) supletividade das normas de Direito Empresarial e; (iii) intervenção mínima do Estado nas relações entre privados no controle judicial que se faz previamente à homologação do plano recuperacional. Sob esse enfoque, a presença de cláusulas de supressão de garantias em planos de recuperação judicial, deliberadas e aprovadas pela maioria dos credores, conforme as solenidades legais, encontra-se em perfeita harmonia com a principiologia do ordenamento jurídico brasileiro, não se revestindo de qualquer ilegalidade.

3. Desmistificando os supostos óbices dos arts. 49, §1º e 50, §1º, da Lei n. 11.101/05

Sobre as conclusões acima assentadas de que a natureza contratual do plano de recuperação judicial permitiria uma ampla pactuação de condições, inclusive a supressão de garantias, poder-se-ia levantar um óbice. De fato, a natureza contratual e paritária do plano de recuperação judicial autoriza ampla pactuação, máxime tendo em vista o reforço do valor da autonomia privada proporcionado pela Lei da Liberdade Econômica. No entanto, mesmo a interpretação mais liberal e absenteísta do Direito Contratual não nega a impossibilidade de se pactuar em desconformidade com normas que o ordenamento jurídico reputa cogentes, pois essas se referem à garantia da ordem pública.

Nesse sentido, poder-se-ia apontar, como óbice à possibilidade de supressão de garantias em plano de recuperação judicial, o disposto nos arts.

49, §1º e 50, §1º da Lei n. 11.101/05.

O primeiro, referindo-se às garantias em geral, determina: "Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso". O segundo, por sua vez, tratando especificamente de garantias reais, postula que "Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia".

O conteúdo de referidos dispositivos parece, à literalidade, afastar a possibilidade de se pactuar a supressão de garantias em plano de recuperação judicial. Aliás, é assim que alguns tribunais têm interpretado a questão, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no acórdão do Agravo de Instrumento n. 0052220-77.2017.8.19.0000, julgado em 03/04/2018, de relatoria do Des. Heleno Nunes. A propósito, extrai-se um excerto no acórdão:

> Todavia, se por um lado os credores podem deliberar acerca das disposições do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, de outro, a supressão ou substituição das garantias somente é admitida mediante aprovação expressa ou tácita de seu titular (RIO DE JANEIRO, 2018, grifos no original).

Essa, no entanto, não é a melhor hermenêutica que se extrai de aludidos dispositivos. Com efeito, atentando-se à natureza contratual do plano de recuperação judicial, melhor se compreende o disposto nos arts. 49, §1º e 50, §1º, da Lei 11.101/05 como sendo normas supletivas, podendo, portanto, ser amplamente afastadas pela pactuação das partes. A categorização de normas entre supletivas e cogentes é clássica na teoria geral do direito, tendo sido bem explicitada em texto do Ministro Vitor Nunes Leal:

> As disposições imperativas, também chamadas disposições cogentes, preceptivas, coativas, absolutas, são divididas em imperativas propriamente ditas, que impõem determinada conduta e proibitivas, que a vedam. Sua característica reside em impor-se

> à vontade dos particulares, não lhes permitindo regular determinada situação por forma diversa. Não deixam liberdade à vontade individual para convencionar de outro modo. São, por isso, declaradas inderrogáveis pela vontade das partes. As disposições supletivas, também chamadas subsidiárias, permissivas, dispositivas, relativas, interpretativas, são aquelas que deixam liberdade aos particulares de disporem de outro modo e se aplicam em caso de obscuridade ou omissão na manifestação da vontade dos interessados (LEAL, 1945, p. 935-936).

Apesar de, *in abstracto*, a distinção ser clara, Vitor Nunes Leal reconhece que a qualificação de uma norma jurídica como cogente ou supletiva é matéria aberta à interpretação, devendo ser determinada em atenção à *ratio legis* de cada dispositivo, em consonância com o contexto no qual o litígio que clama pela sua aplicação está inserido.

In casu, são vários os elementos a corroborar que a interpretação mais adequada do dispositivo do art. 49, §1º, da Lei n. 11.101/05 a qualifica como norma supletiva, a saber: (i) Referido dispositivo é norma de Direito Privado. Classicamente, as normas de Direito Privado são associadas à natureza supletiva e, em que pese existam exceções, a presunção *hominis* é pela supletividade; (ii) Mais especificamente, a norma em questão pertence ao ramo do Direito Empresarial. Em meio aos ramos de Direito Privado é, no Direito Empresarial, que o princípio da autonomia da privada alcança seu máximo grau. Isso, em uma análise sistemática e integrativa do sistema, reforça a presunção de supletividade; (iii) Corroboram o argumento da supletividade da norma, as diretrizes hermenêuticas reforçadas pela edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O já referido art. 3º, inciso VIII, do Diploma aqui tratado determina constituir um direito de liberdade econômica de toda pessoa natural e jurídica "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".

Nada permite inferir a natureza de ordem pública do referido art. 49, §1º, da Lei n. 11.101/05, haja vista ser destinado à regulação de disposições patrimoniais privadas, relativamente às quais os interessados – pelas regras de maioria típicas dos contratos plurilaterais, como o plano de recuperação

judicial - manifestaram sua vontade de forma diversa.

Nesse sentido, a não conformação do plano ao disposto no art. 49, §1º, da Lei n. 11.101/05 não configura ilegalidade, mas mera deliberação alternativa da autonomia da vontade, em sentido diverso da *default rule*, aplicável para regular situações de omissão em relação à destinação das garantias dos créditos detidos em face do devedor em recuperação.

No que se refere ao caso específico das garantias reais, cuja supressão poderia encontrar óbice no disposto no art. 50, §1º, da Lei 11.101/05, em interpretação sistemática, congregando o disposto no art. 50, §1º, da Lei n. 11.101/05 com o disposto no art. 49, §2º, do mesmo Diploma, verifica-se que a objeção, da mesma forma, não subsiste. A redação de referido dispositivo é a seguinte:

> Art. 49. [...]
>
> §2º. 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. [...]

Reitera-se que, ante o disposto na Lei da Liberdade Econômica, operou-se a supremacia dos ajustes contratuais sobre o disposto na lei, no âmbito de discussões sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nesse contexto, no tange à supressão das garantias, sejam fidejussórias ou sejam reais, é evidente a legalidade das cláusulas eventualmente previstas e aprovadas em assembleia de credores, observadas as formalidades legais, sob pena de desvirtuamento das inovações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica.

Seguindo essa mesma lógica, baseando-se no supracitado dispositivo do art. 49, §2º da Lei 11.101/05, observa-se, na jurisprudência da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento pela natureza supletiva da regra que determina a necessidade de autorização do titular da garantia real para que se proceda à sua supressão. O entendimento, esposado no julgado do REsp 1.532.943-MT, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2016, aponta no sentido de que o citado art. 49, §2º revela, textualmente, a natureza supletiva do art. 50, §1º, pela carga semântica da expressão "salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial". Isso

se infere do trecho do voto-vencedor, de acordo com o qual:

> [...] o § 1º do art. 50, da Lei n. 11.101/2005 dispõe claramente que, na consecução do Plano de recuperação judicial, na hipótese de necessidade de alienação de bem sobre o qual recai garantia real, a supressão ou substituição desta dependerá da anuência de seu titular. Reconheceu-se a aplicabilidade desse comando legal sempre que não houver disposição em contrário nos termos em que aprovado o Plano de recuperação, nos termos do § 2º do art. 49 da lei (BRASIL, 2016b).

No precedente em comento, o disposto no art. 50, §1º da Lei 11.101/05 teria sido convencionalmente afastado pela deliberação assemblear, no momento da aprovação do Plano com as cláusulas de supressão de garantias "reais, cambiais e fidejussórias". Por essa razão, o Tribunal entendeu pela inaplicabilidade de referido dispositivo (art. 50, §1º, da Lei n. 11.101/05), que só teria relevância na hipótese de, cumulativamente, ter havido: (i) omissão do Plano sobre o destino das garantias reais existentes sobre créditos submetidos à recuperação judicial; e (ii) oposição do titular de garantia real à sua supressão. Na espécie, verificou-se o pressuposto (ii), mas não tendo estado presente o pressuposto (i), tornou-se despicienda a consideração do referido dispositivo legal, ante o seu afastamento convencional.

Observa-se que, desde o paradigma do REsp 1.532.943/MT, acima citado (BRASIL, 2016b), a jurisprudência da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça é uníssona e peremptória no sentido de que, havendo previsão, no plano de recuperação judicial, de cláusula de supressão de garantias, sejam reais ou fidejussórias, ainda que o credor titular da garantia não tenha anuído com a supressão, a decisão da maioria da classe em assembleia vincula todo o concurso de credores. Na Quarta Turma do Tribunal, por outro lado, até a data da elaboração deste trabalho, inexiste qualquer acórdão a versar sobre a questão. Por esta razão, no intuito de pacificar o entendimento das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal e Justiça, ao admitir o REsp 1.797.924/MT, a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, afetou referido processo como paradigma, a fim de solucionar a questão, sob o rito dos Recursos Repetitivos, perante a Segunda Seção (BRASIL, 2020).

Entretanto, a resolução da questão não teve andamento, haja vista que o feito subjacente ao recurso paradigma teve, na origem, a aprovação de seu plano rejeitada. Em que pese o voto da Ministra Nancy Andrighi no sentido de pacificar a questão em um julgamento *in abstracto*, a Segunda Seção, nos termos do voto-vista do Ministro Marco Aurélio Bellizze, entendeu por bem julgar prejudicado o repetitivo.

A tendência, no entanto, é a de que, diante da consolidação do entendimento observado nas decisões da Terceira Turma, prevaleça o entendimento pela possibilidade de pactuação de cláusula de supressão de garantias, qualquer que seja a sua natureza, desde que aprovada pela assembleia geral de credores. A reforma da Lei 11.101/05 pela recém-promulgada Lei 14.112/20 tampouco indica uma mudança de cenário, haja vista que a nova Lei não alterou em nada a legislação recuperacional neste particular.

4. A previsão de supressão de garantias: correta hermenêutica da novação concursal (art. 59 da Lei n. 11.101/05)

Se, atentando-se à principiologia contratual do plano de recuperação judicial, não se verifica qualquer óbice na previsão de cláusulas de supressão de garantias, na praxe recuperacional, esse expediente tem sido utilizado em excesso, apontando para um desvirtuamento de sua finalidade. Admira-se a frequência com a qual cláusulas dessa natureza têm sido incluídas em planos e acatadas pelos credores representantes da maioria em assembleia – obviamente, à revelia do credor titular da garantia, para quem a supressão é antieconômica.

A razão de ser dessa situação, *a priori* economicamente improvável, é o fato de que, após a edição da Lei 11.101/05, prevaleceu a interpretação, posteriormente sumulada no enunciado n. 581 do Superior Tribunal de Justiça, de que "a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória" (BRASIL, 2016a). Por esse entendimento, em que pese o deferimento do processamento da recuperação judicial, com a decretação do *stay period*, a impossibilidade de exigir os créditos submetidos em face do devedor empresário em recuperação não impediria a sua exigibilidade em face de

eventuais coobrigados.

Essa interpretação permite, aos credores, buscar a satisfação de seus créditos de outras formas, cobrando de fiadores, coobrigados e obrigados de regresso, tornando necessária a estipulação de cláusula expressa, no plano de recuperação judicial, voltada para a supressão de garantias. Isso porque se tais credores tem a opção de exigir o crédito submetido em face de terceiro, enquanto a recuperação judicial está em andamento, e sendo o seu crédito adimplido, perde-se o interesse no procedimento recuperacional e no desempenho do papel assumido no âmbito do plano, reduzindo drasticamente as chances de êxito do aludido procedimento.

O entendimento firmado na Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a) não se coaduna, no entanto, com a adequada hermenêutica do programa normativo da Lei n. 11/101/05, sobretudo considerando o seu norte principiológico de efetiva recuperação e preservação da empresa. A explicação mais plausível para a redação conferida ao art. 49, §1º, da Lei n. 11.101/05, conforme sustentado, já em 2008, liga-se, diretamente, ao disposto no §2º do art. 61, da mesma Lei, o qual sujeita a novação operada pelo plano de recuperação a uma condição resolutiva (CHAVES, 2008).

Com efeito, caso o plano seja descumprido nos dois primeiros anos de sua concessão, a recuperação judicial é convolada em falência e os credores têm reconstituídos os seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial. Em outras palavras, ocorrendo a resolução da novação, as partes retornariam ao *status quo ante,* podendo, nessa hipótese, com o afastamento do plano de recuperação judicial, voltar-se contra fiadores, coobrigados e obrigados de regresso (CHAVES, 2008). Caso contrário, estando o plano em plena eficácia, com seu regular adimplemento pelo empresário em recuperação judicial, entende-se não ser possível o acionamento de garantias ou de devedores coobrigados, sob pena de se desvirtuar a lógica do Direito Recuperacional. Sobre a questão, são no mesmo sentido os ensinamentos de Eduardo S. Munhoz:

> A novação operada pelo plano de recuperação, contudo, fica sujeita a uma condição resolutiva: o cumprimento do plano pelo devedor nos primeiros 2 anos contados da concessão da recuperação. É

> que, nos termos do art. 61, §2º, o descumprimento do plano pelo devedor nesse período acarreta a decretação da falência, tendo os credores "reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial' (MUNHOZ, 2006, p. 291).

Essa hermenêutica mais correta, frisa-se, não representa qualquer óbice à legalidade da pactuação de cláusulas de supressão de garantias. Pelas razões acima delineadas, considerando a natureza contratual do plano de recuperação judicial, reforçada pelo norte principiológico da Lei da Liberdade Econômica, é lícito, no ordenamento jurídico brasileiro, a estipulação de supressão de garantias em plano de recuperação judicial. No entanto, com a novação concursal, que condiciona o acionamento das garantias e a responsabilização dos coobrigados ao descumprimento do plano de recuperação judicial, esse expediente deixa de ser tão fundamental ao soerguimento da empresa em crise. Nessa chave de leitura, a cobrança de créditos submetidos ao feito recuperacional não poderia prosseguir paralelamente ao cumprimento dos termos do plano. A frequência com a qual verificam-se previsões de supressão de garantias inseridas em planos de recuperação judicial acusam, na verdade, o desvirtuamento da lógica do procedimento recuperacional proporcionado pela adoção do entendimento consignado na Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a)

Dessa forma, a recuperação judicial geraria incentivos aos credores a se empenharem na recuperação da empresa em crise. Esses incentivos promovem a preservação da função social e ambiental da empresa, central à principiologia da Lei 11.101/2005, no objetivo de preservar o desenvolvimento social, o emprego e a renda proporcionadas por essa unidade produtiva fundamental à economia capitalista (VILLAS BÔAS; MARUCO, 2018, p. 375). Não haveria, contudo, prejuízo às garantias dos créditos, pois, havendo inadimplemento do plano de recuperação judicial, as garantias seriam integralmente reconstituídas, de modo a não esvaziar a proteção patrimonial dos credores.

5. Síntese conclusiva

O presente artigo sustentou a possibilidade de pactuação de cláusulas de supressão de garantias, demonstrando que a textualidade dos arts. 49, §1º e 50, §1º, da Lei n. 11.101/05 não constituem verdadeiros óbices, dada sua natureza supletiva.

Ademais, reforçou-se a necessidade de mudança de paradigma quanto à atual compreensão jurisprudencial, consignada na Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a), segundo a qual o deferimento da recuperação judicial não impediria o prosseguimento de ações e execuções em face dos garantidores e coobrigados.

Apresentou-se, por fim, a alternativa hermenêutica com base na qual a pactuação de cláusula de supressão de garantias, em que pese ser totalmente admissível, tornar-se-ia um expediente menos essencial para o soerguimento do devedor empresário em recuperação, pois a suspensão *ex lege* da exigibilidade das garantias durante o cumprimento do plano permitiria um maior entrosamento entre todas as partes envolvidas no procedimento recuperatório, com vistas ao soerguimento da empresa, ressalvando-se as garantias, na hipótese de descumprimento do plano.

Assevera-se que essa interpretação não é nova, já tendo sido sustentada por comentadores da Lei 11.101/05, logo quando de sua edição. A despeito dessa posição não ter sido a acolhida pela jurisprudência e ter se estabilizado o entendimento em sentido contrário, com a edição da Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016a), é necessário retomar o debate. Isso porque a posição atualmente adotada gera a distorção de tornar a cláusula de supressão de garantias uma previsão mandatória dos planos de recuperação judicial, sob pena de o procedimento se revelar inócuo no que se refere aos incentivos aos credores titulares de garantia no soerguimento da empresa em recuperação judicial.

6. Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. Súmula 581. Julgado em 14/09/2016, publicado no DJe em 19/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial n. 1532943/MT. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 13/09/2016, publicado no DJe em 10/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. REsp 1797924 / MT. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 09/09/2020, publicado no Dje em 10/11/2020.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas*: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAVES, Natália Cristina. Novação ou Inovação? *In*: CASTRO, Moema A. S. de; CARVALHO, William Eustáquio de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

LEAL, Vitor Nunes. Classificação das normas jurídicas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 2., n. 2, 1945.

LOBO, Jorge. O direito da empresa em crise. *Revista EMERJ*, v. 9, n. 34, 2006.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: 4. Falência e recuperação de empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MUNHOZ, Secchi Eduardo. *In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Lei 11.101/05. JÚNIOR, Francisco Satiro de Souza. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. São Paulo: RT, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0052220-77.2017.8.19.0000. Rel. Des. Heleno Nunes. Julgado em 03/04/2018, publicado no DJe em 05/04/2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. A declaração de direitos de liberdade econômica (MP nº 881) e o direito rivado. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, V. 3, n. 1, 2019.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues. Recuperação judicial: instrumento jurídico de concretização da função social e ambiental da empresa e mantenedor da fonte geradora de empregos e das gerações presentes e futuras. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 04, n°. 53, p. 357-377, jul./set. 2018.

CAPÍTULO 7

O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da suspensão dos protestos do devedor em recuperação judicial: uma proposta de superação (*overruling*) do paradigma a partir da prevalência da manutenção da atividade empresarial

Eduardo de Carvalho Lima
Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais nas Faculdades Milton Campos (2018). Especialista em Recuperação Judicial de Empresas pelo Insper/SP (2015). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (2015) e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Atua na área de recuperação judicial de empresas e falência. Desenvolve pesquisa na área de insolvência e direito processual. Advogado.

Otávio De Paoli Balbino
Advogado com mais de 10 anos de atuação e especialista em Direito Empresarial, com ênfase na atuação como Administrador Judicial de Recuperações Judiciais e Falências. É sócio fundador da Paoli Balbino & Barros Sociedade de Advogados, cuja atuação é especializada em Administração Judicial, sendo também Administrador Judicial certificado pelo Turnaround Management Association (TMA). Pós-Graduado e Mestre em Direito empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Foi Conselheiro da OAB/MG e membro de diversas Comissões. Participou como palestrante de diversos Congressos nacionais e internacionais. Professor do IBMEC/BH no LLM de Direito Empresarial, na matéria de Recuperação Judicial e Falência.

1. Introdução

A discussão acerca da possibilidade de suspensão dos apontamentos de protesto tirados contra o devedor quando do deferimento do processamento de sua recuperação judicial é extremamente relevante no contexto da insolvência empresarial, razão pela qual é objeto de análise em diversos julgados nos Tribunais Estaduais, chegando à Corte Superior em inúmeras ocasiões, sendo o tema tratado na edição do Informativo de Jurisprudência n. 0564 de 2015.

A importância da matéria em debate se revela em virtude da própria prática empresarial, haja vista que a existência de apontamentos em cadastros de restrição de crédito em nome do empresário acarreta em significativa

restrição do acesso ao crédito e consequentemente na realização de operações a médio e longo prazo com fornecedores, dificultando ainda mais a reestruturação da atividade já em crise pois costuma-se exigir o pagamento à vista dos títulos.

A questão ganha maior complexidade quando analisada a partir da sistemática da Lei n. 11.101/05, pois o devedor que tem deferido o processamento de sua recuperação judicial se vê impedido de adimplir as obrigações (créditos) sujeitas ao procedimento[156], sob as penas do art. 172 da citada Lei[157], razão pela qual os apontamentos permanecem vigentes, uma vez que somente podem ser baixados com o pagamento.

Colocou-se então a discussão acerca de qual momento os apontamentos poderiam ser baixados em virtude da recuperação judicial, questão que foi decidida pela Corte Superior sob o fundamento de que a novação das obrigações somente ocorreria com a aprovação e consequente homologação do plano, devendo os apontamentos permanecerem ativos até este momento, ou seja, durante toda a tramitação do procedimento recuperacional.

Não obstante a acuidade técnica da fundamentação do precedente no que tange o momento que se opera a novação dos créditos, demonstrar-se há que tal fundamento acaba por gerar aparente incoerência no julgado, somando-se a isso o fato de que, a rigor, a manutenção do protesto durante o trâmite do procedimento não enseja em nenhum benefício para os credores e tampouco para o devedor, sendo certo, inclusive que o próprio deferimento do processamento da recuperação judicial já tem o condão de gerar os mesmos efeitos jurídico decorrente do protesto e da inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes.

É justamente pela ausência de prejuízos para credores e devedor com a suspensão dos apontamentos e os benefícios que dela advém, os quais se amoldam perfeitamente ao escopo da recuperação judicial, que se insere a tese defendida neste artigo, uma vez que se busca afastar a incidência do precedente paradigma da Corte Superior.

Assim sendo, este articulado se inicia com a análise do precedente

156 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

157 Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo.

paradigmático identificando seus pressupostos de aplicação, perpassando pelas características que envolvem os cadastros de inadimplentes e o protesto à luz da própria sistemática da Legislação Falimentar para, então, expor em que medida permanecem garantidos aos credores os mesmo efeitos jurídicos do protesto com o deferimento da recuperação judicial (publicidade e interrupção da prescrição), concluindo, a partir da técnica processual de superação de precedentes (*overruling*), pela possibilidade de afastamento do entendimento dominante para que seja determinada então a suspensão da publicidade dos apontamentos.

2. O entendimento jurisprudencial do superior tribunal de justiça acerca da suspensão dos protestos do devedor em recuperação judicial e a aparente incoerência entre a jurisprudência e a sistemática da própria corte superior envolvendo a novação recuperacional

A posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da (im)possibilidade de suspensão dos protestos e dos apontamentos em nome do devedor nos cadastros de inadimplentes se encontra estampada no Informativo de Jurisprudência n. 0564 de 2015, abaixo transcrito:

> O deferimento do processamento de recuperação judicial, por si só, não enseja a suspensão ou o cancelamento da negativação do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito e nos tabelionatos de protestos. O deferimento do processamento de recuperação judicial suspende o curso das ações e execuções propostas em face do devedor, nos termos do art. 6º, caput e § 4º, da Lei 11.101/2005. Contudo, isso não significa que ele atinge o direito creditório propriamente dito, o qual permanece materialmente indene. Este é o motivo pelo qual o mencionado deferimento não é capaz de ensejar a suspensão ou o cancelamento da negativação do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito e tabelionatos de protestos. Nessa linha, o Enunciado 54 da I Jornada de Direito Comercial

> do CJF estabelece que: "O deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos". Ademais, destaca-se que essa também foi a conclusão acolhida pela Terceira Turma do STJ, que, apesar de não ter analisado a questão à luz da decisão de processamento (arts. 6° e 52), estabeleceu que somente após a concessão da recuperação judicial, com a homologação do plano e a novação dos créditos (arts. 58 e 59), é que pode haver a retirada do nome da recuperanda dos cadastros de inadimplentes (REsp 1.260.301-DF, DJe 21/8/2012). Por fim, ainda que se entendesse possível a retirada da negativação do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito e tabelionatos de protestos, em razão da suspensão das ações e execuções, não se pode olvidar que a própria Lei 11.101/2005 traz hipóteses em que determinadas ações e execuções não irão ser suspensas (art. 52, III), tais como as execuções fiscais, o que, por si só, permitiria a mantença da inscrição no tocante aos referidos processos (REsp 1.269.703-MG, Quarta Turma, DJe 30/11/2012).

O acórdão paradigma que orienta a edição do Informativo foi proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1.374.259, oriundo do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, servindo também como referência jurisprudencial o Recurso Especial n. 1.260.301, originário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sendo pertinente transcrever a *ratio decidendi* de ambos os acórdãos para a perfeita compreensão dos argumentos que fundamentam a posição dominante da Corte Superior:

> *Dessarte, nessa fase processual ainda não se alcança, no plano material, o direito creditório propriamente dito, que ficará indene - havendo apenas a suspensão*

temporária de sua exigibilidade - até que se ultrapasse o termo legal (§ 4° do art. 6°) ou que se dê posterior decisão do juízo concedendo a recuperação ou decretando a falência (com a rejeição do plano).

(...)

Nessa ordem de ideias, como o deferimento do processamento da recuperação judicial não atinge o direito material dos credores, não há falar em exclusão dos débitos, devendo ser mantidos, por conseguinte, os registros do nome do devedor nos bancos de dados e cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, assim como nos tabelionatos de protestos.

(REsp 1374259/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015)

Assim, conclui-se que a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial somente produz efeitos após a homologação judicial do respectivo plano. E nem poderia ser diferente, pois só após essa homologação é que o próprio plano de recuperação judicial surtirá efeitos.

Em síntese, portanto, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de que a devedora cumpra todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.

(REsp 1260301/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

Resta evidente, portanto, que o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça se baseia no fundamento legal de que a novação da

recuperação judicial somente ocorre após a aprovação e consequente homologação do plano, momento em que a obrigação anterior se extingue, podendo, somente a partir deste marco, serem excluídos os protestos e os apontamentos existentes nos cadastros de inadimplentes referentes a obrigações sujeitas ao procedimento recuperacional.

Esclarece-se que a tese defendida neste artigo não questiona o fundamento utilizado pela Corte Superior, pois concorda-se com o entendimento técnico firmado no precedente de que a novação somente ocorre com a homologação do plano, ficando sujeita à condição resolutiva de cumprimento do plano no prazo de 02 anos para se perfectibilizar, não havendo, portanto, novação plena imediata.

Note-se, no entanto, que embora a novação esteja sujeita a condição resolutiva, seus efeitos já se operam desde a homologação, conforme autoriza o Código Civil em seu artigo 127. Após a homologação e concessão da recuperação judicial, inicia-se o período de fiscalização de 02 anos (pressuposto que se mantém mesmo com a alteração do art. 61 pela Lei 14.112/20[158]). Lado outro, a fiscalização (que é tanto das atividades quanto dos pagamentos aos credores sujeitos ao plano) se dá com base na dívida já novada e se fiscaliza o pagamento com base na dívida nova, desconsiderando-se o débito original.

A condição resolutiva, por sua vez, tem por objetivo garantir o adimplemento da obrigação na forma novada sem que o devedor (ou ao menos minimizando a possibilidade de que o devedor) se valha da novação, mas, de forma contumaz, deixe de arcar com a nova obrigação assumida. Tal fato

158 A Lei 14.112/20, por sua vez, altera o art. 61 da Lei 11.101/05, que antes previa a obrigatoriedade do período de fiscalização e, agora, passa a vigorar com a seguinte redação:
Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.
Com a referida alteração, o período de fiscalização passa a ser facultativo na medida em que o juiz "poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas toas as obrigações previstas no plano".
Tal alteração ocorreu após inúmeros debates acerca da utilidade/necessidade da manutenção do devedor em recuperação judicial após homologação do plano e concessão da recuperação judicial, alegando-se frequentemente que, na maioria das vezes, a manutenção do *status* de "em recuperação judicial" acabaria por prejudicar o devedor impondo ônus e tempo de tramitação desnecessários. O argumento contrário era o de que, com a retirada da obrigatoriedade, ocorreria maior vulnerabilidade dos credores que aprovaram o plano diante da mitigação de um desincentivo ao inadimplemento. A experiência na nova sistemática será o fiel da balança e auxiliará os julgadores a modular a aplicação da normal alterada.

representaria calote institucionalizado, tendo o legislador criado mecanismo de mitigação deste risco. Assim, nova-se a obrigação após homologação do plano, estando a sua estabilização sujeita à condição resolutiva de que seja ele adimplido por no mínimo 02 (dois) anos, sob pena de convolação da recuperação judicial em falência e retorno da dívida ao seu *status quo ante* (art. 61, § 1º e 2º da Lei 11.101/05).

No caso de inadimplemento do plano durante o período de fiscalização, o próprio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.260.301/DF já entendeu que a baixa dos protestos é feita "com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de que a devedora cumpra todas as obrigações previstas no acordo de recuperação"[159].

Portanto, o que ocorre é uma espécie de novação provisória, ou, quiçá, a antecipação dos efeitos da novação, ficando a sua concretização sujeita a condição resolutiva. No entanto, novação plena não há no momento da homologação do plano e concessão da recuperação.

Os questionamentos que neste ponto se fazem relevantes são: se com a homologação do plano não há novação plena, ou se a novação está sujeita a condição resolutiva que pode ou não ocorrer, porque é que se admite a retirada dos protestos apenas neste momento e não em momento anterior? Qual o objetivo da manutenção dos protestos de empresas em recuperação judicial? Qual o prejuízo advindo da baixa do protesto antes da homologação do plano, em especial considerando que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já admite a baixa do protesto em momento que não há ainda a completa e acabada estabilização da novação? Em outras palavras, se é possível a baixa do protesto quando da homologação do plano e concessão da recuperação (momento em que não a novação não é plena), porque não se admitir a retirada do protesto em momento anterior (quando também não terá ocorrido a novação)?

Se novação plena não há, o que ocorre é, como dito, a antecipação dos efeitos da novação, a teor do que estabelece expressamente o art. 127 do Diploma Civil: "Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido".

159 Aliás, de absoluta pertinência a exclusão condicional dos protestos pois, sabe-se, nos termos do art. 99, II eles são utilizados para fins de fixação do termo legal da quebra, de modo que a baixa precipitada poderia gerar o deslocamento artificial do termo legal para momento posterior ao que efetivamente ocorreria na hipótese de inadimplemento do plano dentro do período de fiscalização e consequente convolação da recuperação em falência.

Se assim o é, entende-se que não há prejuízo algum em permitir a baixa do protesto em momento anterior à homologação do Plano, ou seja, quando do deferimento do processamento da recuperação, pois, a rigor, mesmo com a autorização ocorrendo somente quando da homologação do plano, os credores estariam sujeitos aos mesmos "riscos" verificáveis no início do procedimento, uma vez que descumprida qualquer obrigação prevista no plano durante o período de fiscalização a consequência é a decretação da falência e revogação dos efeitos da novação. De mais a mais, é possível sustentar, inclusive, que a decisão que defere o processamento da recuperação judicial tem natureza acautelatória, revestindo-se também de antecipação de tutela, na medida em que a suspensão prevista no art. 6º, §4º, da Lei de Insolvência, se justifica exatamente pela presunção de que o plano poderá ser aprovado e homologado com a consequente novação das obrigações a ele sujeitas[160].

Nesta hipótese, para além da condição resolutiva referente ao cumprimento das obrigações durante o período de fiscalização, primeiro a Corte Superior exige a aprovação do plano, para somente depois exigir-se a consequente condição de comprovação dos pagamentos.

Em vista do cenário delineado, verifica-se aparente incoerência no entendimento da Corte Superior sobre tema, pois, de duas uma, ou se autoriza a baixa dos protestos desde o deferimento da recuperação judicial (ainda que com todas as ressalvas já bem delineadas nos acórdãos que forma o precedente), ou somente concede-se a autorização após o decurso do prazo de 02 (dois) anos de fiscalização do cumprimento das obrigações previstas no

160 A este respeito, existem estudos incipientes sobre o tema, com destaque para o trabalho monográfico de autoria de Victória Gouvêa Motta Moura no qual sustenta-se o argumento de que: "*Conclui-se, portanto, pelo caráter acautelatório da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial em virtude da necessidade de serem discriminados em petição inicial o preenchimento aos requisitos legais inerentes ao periculum in mora, evidenciado pela urgência em conceder à recuperanda medidas acautelatórias que resguardassem a sociedade empresária e suas atividades de eventuais atos de constrição praticados pelos credores e, assim, evitar sua bancarrota, bem como a demonstração da plausibilidade do seu direito, em virtude da sua viabilidade econômico-financeira. (Da natureza acautelatória da decisão de deferimento do processamento da Recuperação Judicial: uma análise técnico processual da Lei de Insolvências (Lei 11.101/2005). / Victória Gouvêa Motta Moura. – Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais / PUC MINAS, 2020)*
Na esteira das conclusões apresentadas no trabalho monográfico, a recente Lei 14.112/20 inclui o § 12 no art. 6º da Lei 11.101/05 passando a permitir, expressamente, que nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil que o juiz possa antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial, algo que já vinha sendo tentado na prática por devedores que encontravam dificuldade em obter a documentação exigida no art. 51 da Lei 11.101/05 mas, na contramão, precisava imediatamente do *stay period*.

plano aprovado e homologado, uma vez que a novação somente se concretiza e perfectibiliza após a implementação da condição resolutiva.

Nesse sentido, de uma perspectiva factual, o argumento da Corte Superior de que *o deferimento do processamento da recuperação judicial não atinge o direito material dos credores* também se aplica em alguma medida ao período que compreende a homologação do plano e o encerramento da recuperação judicial com o transcurso do prazo de 02 (dois) anos de fiscalização, pois neste interregno *o direito material dos credores* permanece passível de retorno ao *status quo ante*, haja vista que está sujeito à implementação de condição resolutiva.

Por óbvio, conforme já exposto, não se olvida da previsão contida no Código Civil no sentido de que *vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido*, contudo o ponto que se busca destacar neste artigo é precisamente que tal fundamento não é adequado para a solução da questão atinente à possibilidade de suspensão dos protestos com o deferimento da recuperação judicial, devendo-se levar em consideração outros elementos que extrapolam a necessidade ou não de alteração do direito material dos credores.

A discordância, portanto, se estabelece no tocante às razões que ensejam o protesto e a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, somando-se a isso o fator específico de que em alguns casos, a manutenção de tais inscrições pode inviabilizar a manutenção da atividade empresarial em virtude das particularidades daquele negócio específico, frustrando por completo a tentativa de recuperação intentada pelo devedor.

3. A publicidade do estado de inadimplência como objetivo do protesto e da inscrição do devedor no cadastro de indimplentes

Para fundamentar a tese defendida neste articulado, parte-se do pressuposto que o objetivo primordial do protesto e da inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes é publicizar a sua condição de inadimplente, garantindo que terceiros possam então conhecer a real condição do empresário, avaliando o risco na concessão do crédito, promovendo-se, assim, um ambiente mais seguro para a assunção de riscos.

Não se olvida da função do protesto de constituir o devedor em mora[161] e provar a sua inadimplência, sendo certo que o apontamento tem, pois, no mínimo, a função de prova e consequente publicidade da inadimplência, interrompendo a prescrição, sem se descuidar das consequências no que se refere às garantias cambiais.

O protesto, portanto, se presta a provar e tornar pública a situação de inadimplência do devedor. Nesse sentido, cumpre destacar que a garantia de publicidade da situação de inadimplência do devedor também está inserida no âmbito da Lei n. 11.101/05 que rege o procedimento recuperacional, notadamente no seu artigo 69[162], que prevê a obrigatoriedade de expedição de ofício ao registro competente para averbação da expressão "em Recuperação Judicial" após o nome empresarial do devedor.

Nota-se que a preocupação do Legislador em publicizar o *status* de insolvência do devedor em recuperação judicial é textualmente estampada na Lei de regência, inexistindo dúvidas quanto ao estado em que se encontra o empresário que se vale de tal procedimento, mesmo que se suspenda a publicidade dos protestos tirados em seu nome.

O que se pretende consolidar é o pressuposto de que a publicidade da insolvência permanece garantida com a recuperação judicial, razão pela qual, mesmo com a suspensão dos apontamentos e protestos, não se perde e nem mesmo se diminui a garantia de que credores e terceiros conheçam o real estado econômico financeiro do devedor.

Nesse contexto, poder-se-ia dizer, inclusive, que a manutenção dos apontamentos dos protestos de títulos sujeitos à recuperação judicial do devedor em conjunto com a obrigatoriedade legal de alteração de seu nome empresarial fazendo constar seu novo *status* jurídico poderia, em tese, configurar *bis in idem*, na medida em que a mesma dívida estaria sendo publicizada duas vezes, podendo-se configurar excesso de ônus ao devedor insolvente, valendo lembrar as palavras de Waldemar Ferreira, "*Dá-se, pelo arquivamento no Registro do Comércio, a publicidade dos documentos. Tornam-se*

161 Art. 1º. Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. (Lei nº 9.492, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997)

162 Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".
Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

eles, desde então, válidos erga omnes".[163]

A Lei 8.934/94, em seu art. 1º, inc. I, dispõe que o registro se presta, basicamente, a dar publicidade, autenticidade, garantia, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis:

> Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, observado o disposto nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais, estaduais e distrital, com as seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 13.833,de 2019)
>
> I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;

Desta forma, a averbação da expressão "em Recuperação Judicial", à toda evidência, já garante a devida publicidade, *erga omnes,* do estado de crise e de inadimplemento do devedor, sendo certo que as obrigações sujeitas ao procedimento são justamente aquelas que fundamentam a busca por uma reestruturação do passivo por meio da apresentação do plano de recuperação.

Lado outro, uma vez deferido o processamento da Recuperação Judicial, são publicados diversos editais, dentre eles o edital do art. 52, § 1º, da LRF, que conterá o resumo do pedido do devedor, a decisão de deferimento do processamento e a relação nominal de credores (com a descrição do valor atualizado e classificação do crédito), momento em que inaugura-se o prazo para apresentação de habilitações e divergências.

Assim, entende-se que, seja pelo acréscimo ao nome empresarial do verbete "em Recuperação Judicial", seja pela publicação do edital do art. 52, §1º, já será garantida a devida publicidade do estado de inadimplência ou insolvência do devedor.

Note-se, ademais, que nos termos do art. 1º da Lei 9.492/97, o protesto é *"o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de*

163 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial,* Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 424.

obrigação". Em outras palavras é a prova da impontualidade e, dentre outros efeitos, tem por objetivo a interrupção de prazo prescricional.

No entanto, a própria petição do pedido recuperação judicial já caracteriza confissão de impontualidade, devendo ser obrigatoriamente instruída com a relação de credores elaborada pelo devedor, da qual pode divergir o credor.

Complementarmente, o art. 6º da Lei 11.101/05 estabelece que o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende os prazos prescricionais de obrigações exigíveis em face do devedor.

Deste modo, a única vantagem advinda de eventual protesto é a obtenção de interrupção de prazo prescricional, ao invés da suspensão que advém do próprio deferimento do processamento da recuperação.

Contudo, o art. 202, inciso VI, do Diploma Civil já garante a interrupção da prescrição[164] por qualquer ato inequívoco do devedor que importe no reconhecimento do direito, ou seja, o pedido de recuperação judicial, por si só, já garante a interrupção do prazo prescricional, na medida em que a lista de credores apresentada pelo devedor ao instruir a petição inicial amolda-se ao tipo legal descrito acima de "ato inequívoco de reconhecimento do direito" de crédito do credor.

À toda evidência, portanto, a formalização do pedido de recuperação judicial pelo devedor já provoca os mesmos efeitos do protesto no que se refere à interrupção da prescrição e publicidade da dívida, podendo-se questionar apenas a garantia do direito de regresso do credor[165] em virtude do protesto, bem como os efeitos da baixa dos apontamentos para fins de fixação do termo legal[166] em hipótese de falência do devedor.

---

164 Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
(...)
VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

165 LEI Nº 5.474, DE 18 DE JULHO DE 1968. Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite de devolução ou pagamento. (...) § 4º O portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo da 30 (trinta) dias, contado da data de seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

166 Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

A este respeito, para ambas as situações a Lei de Insolvência parece já ter previsto a solução adequada ao exigir que a petição inicial da recuperação judicial seja instruída com a *certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial* (art. 51, inc. VIII, LRF), notadamente quando se considera a pertinente condicionante estabelecida pela Corte Superior no sentido de que a baixa dos protestos ocorrerá com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de que a devedora cumpra todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.

Ora, as informações constantes na petição inicial da recuperação judicial fornecem (ou deveriam fornecer) um "retrato" fidedigno da situação do devedor no momento em que pleiteia a renegociação de suas obrigações, ficando então formalizado nos autos os protestos existentes na data do pedido, informação esta que poderá ser utilizada como referência pelo magistrado para a fixação do termo legal na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, mesmo que se determine a suspensão da publicidade destas no Cartório de Protesto, pois, como bem acentuou o Superior Tribunal de Justiça, tal providência será adotada com a ressalva expressa de que está sujeita a condição resolutiva.

Além disso, é certo que o credor que tirou o protesto antes do pedido de recuperação judicial poderá exercer eventual direito de regresso mesmo com a posterior suspensão de publicidade do apontamento, bastando instruir a ação com a cópia da própria certidão que o devedor instruiu o pedido de recuperação judicial.

As colocações feitas nessa seção se prestam a afastar o argumento de que o credor que protestou seu título ou o inscreveu no cadastro de inadimplentes teria qualquer prejuízo, pois, a rigor, a publicidade da inadimplência é garantida pela recuperação judicial, assim como a interrupção da prescrição, o direito de regresso e a referência para eventual fixação futura de termo legal na falência, inexistindo qualquer prejuízo no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes do protesto.

4. A ausência de interesse econômico do credor no protesto de título sujeito à recuperação judicial

Em virtude da relevância do tema em debate, sobretudo por se tratar de argumentos que visam superar jurisprudência já pacífica na Corte Superior, é importante ter em vista que a tese aqui defendida se sustenta somente em relação aos apontamentos existentes em nome do devedor referentes a créditos sujeitos ao seu procedimento de recuperação judicial.

De início, relembra-se que para fins de inclusão e, portanto, sujeição do crédito à Recuperação Judicial, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento[167] de que importa a data da efetiva prestação do serviço para a verificação da sujeição do crédito, mesmo que o título de crédito correspondente à fatura seja emitido em data posterior.

Nesse sentido, a inexistência de protestos tirados contra o devedor antes do ajuizamento e posterior deferimento do processamento da recuperação judicial é um indício contundente de que os protestos podem haver sido tirados em razão da suspensão de pagamento inerente ao procedimento recuperatório, uma vez que o devedor, por impeditivo expresso da Lei de Falência, não pode realizar pagamento de crédito sujeito, sob pena de praticar ato tipificado como crime falimentar nos termos do art. 172[168].

Como é sabido, o deferimento do processamento da Recuperação Judicial acarreta na *suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor* (art. 6º, *caput*, Lei nº 11.101/05). O que ocorre, portanto, é a

167 *RECURSO ESPECIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO. SENTENÇA TRABALHISTA POSTERIOR. SERVIÇO PRETÉRITO. ART. 49, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005. INTERPRETAÇÃO. (...) 2. O art. 49 da Lei nº 11.101/2005 ao fazer referência a 'todos os créditos existentes na data do pedido', diz respeito àquelas situações essencialmente originadas antes do deferimento da recuperação judicial, quer dizer, débitos contraídos pela empresa antes da sua reconhecida condição de fragilidade. 3. As verbas trabalhistas relacionadas à prestação de serviço realizada em período anterior ao pedido de recuperação judicial, ainda que a sentença condenatória tenha sido proferida após o pedido de recuperação judicial, devem se sujeitar aos seus efeitos. (REsp 1641191/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017)*

168 *Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:*
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo.

suspensão da *exigibilidade* do crédito[169] em face do devedor, uma vez que este pretende reorganizar e reestruturar seu passivo, valendo do procedimento recuperatório como mecanismo para propor aos seu credores novas condições de pagamento que viabilizem o adimplemento das obrigações em conjunto com o soerguimento da atividade empresarial.

A partir de tal contexto estabelece-se que, se o credor está impedido de executar seu crédito em virtude da suspensão imposta por Lei devido ao processamento de Recuperação Judicial do devedor, qual interesse econômico ele teria no protesto do título que sequer pode ser executado, sobretudo quando tal ato é praticado após o deferimento do processamento do procedimento recuperatório.

Tal situação se torna ainda mais contraditória quando observada à luz da própria finalidade da recuperação judicial, uma vez que é de interesse do credor receber seu crédito, que somente poderá ser adimplido no bojo do procedimento de insolvência, sendo certo que o sucesso do pleito recuperacional está diretamente vinculado à efetiva condição de soerguimento do devedor.

Em outras palavras, embora o protesto, via de regra, seja medida drástica diante do inadimplemento, visando forçar o devedor a efetuar o pagamento, tal medida é inócua no bojo de uma recuperação judicial caso o crédito esteja a ele sujeito, pois não será possível que o devedor efetue o pagamento de crédito sujeito à recuperação judicial sob pena de cometimento de crime falimentar nos termos do art. 172 da Lei 11.101/05 em virtude do princípio da *par condictio creditorum*.

Caminhando na estruturação do argumento deste artigo, o credor carece ainda mais de interesse nos casos em que o devedor comumente contrata com grandes empresas cujo *compliance* interno não permite formalização de contratos com empresas protestadas, pois em última análise, isto impede ou inviabiliza a obtenção de recursos que seriam utilizados para fins de pagamento dos próprios credores que efetuaram o protesto.

Diante das considerações desta cessão é possível determinar o seguinte raciocínio: *i)* se já há um pedido de Recuperação Judicial com alteração do

169 Nesse exato sentido fundamenta seu voto o Ministro Luis Felipe Salomão, vejamos: "*Dessarte, nessa fase processual ainda não se alcança, no plano material, o direito creditório propriamente dito, que ficará indene - havendo apenas a suspensão temporária de sua exigibilidade - até que se ultrapasse o termo legal (§ 4° do art. 6°) ou que se dê posterior decisão do juízo concedendo a recuperação ou decretando a falência (com a rejeição do plano)* (REsp 1374259/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015).

nome empresarial do devedor averbada na Junta Comercial, garantido a devida publicidade; *ii)* se a Lei 11.101/05 prevê a publicação de edital que garante a publicidade tanto da recuperação judicial quanto da existência de crédito inadimplido (e portanto sujeito ao concurso de credores) nos termos do art. 52, § 1º; *iii)* se já há processo público, com edital publicado e averbação na Junta Comercial; e *iv)* se a devedora ficará impedida de contratar por conta do protesto; qual a utilidade do protesto diante de tal circunstância?

Em outras palavras, conforme se demonstrou até o momento a manutenção do protesto de título de crédito sujeito ao procedimento recuperatório após o deferimento do processamento é medida em tudo inócua ou, ao menos, redundante, pois todos os efeitos almejados com o protesto são obtido com processamento do procedimento recuperatório, sendo certo que o trâmite de um processo de reestruturação de uma atividade empresarial em crise tem uma relevância econômica e social muito superior à inscrição de um protesto no Cartório de títulos, notadamente pelo fato de no processo estarem envolvidos todos os credores e interessados, bem como contar com a atuação de Administrador Judicial e do próprio juízo para a fiscalização das atividades do devedor.

5. Conclusão: a superação (*overruling*) dos precedentes: a possibilidade de suspensão dos protestos e apontamento em face do devedor com o deferimento do processamento da recuperação judicial

Conforme demonstrado, a homologação do plano e concessão da recuperação judicial não operam a novação de forma plena (mas apenas a antecipação de seus efeitos a teor do art. 127 do Código Civil), estando ela sujeita à condição resolutiva de efetivo cumprimento das obrigações assumidas no plano pelo período de 02 (dois) anos.

No referido lapso temporal de 02 (dois) anos transcorre o período de fiscalização, em que o administrador judicial verifica tanto as atividades quanto os pagamentos previstos no plano, somente vindo a ser encerrada a recuperação judicial após a superação deste período. Diz-se, portanto, que não há novação plena com a concessão da recuperação judicial, mas apenas após transcorrido período de fiscalização.

Deste modo, chegou-se à conclusão que não haveria prejuízo algum

em permitir a baixa do protesto em momento anterior à homologação do Plano, pois, a rigor, mesmo com a autorização ocorrendo somente quando da homologação do plano, os credores estariam sujeitos aos mesmos "riscos" verificáveis no início do procedimento, uma vez que, descumprida qualquer obrigação prevista no plano durante o período de fiscalização, a consequência é a decretação da falência e revogação dos efeitos da novação, retornando a dívida ao *status quo ante*.

Neste contexto, verificou-se aparente incoerência no entendimento da Corte Superior sobre tema, pois, de duas uma, ou se autoriza a baixa dos protestos desde o deferimento da recuperação judicial (ainda que com todas as ressalvas já bem delineadas nos acórdãos que estruturam o precedente quanto a necessidade de incidência da condição resolutiva), ou somente concede-se a autorização após o decurso do prazo de 02 (dois) anos de fiscalização do cumprimento das obrigações previstas no plano aprovado e homologado, uma vez que a novação somente se concretiza e perfectibiliza após a implementação da condição resolutiva.

Mais do que isso, extrapolando a análise da coerência interna dos julgados analisados, evidenciou-se que a suspensão dos protestos em nada prejudica os credores, pois todos os efeitos jurídicos decorrentes do ato de formalização da dívida (publicidade, interrupção da prescrição e direito de regresso) também ocorrem com o deferimento da recuperação judicial, notadamente em virtude da instrução do pedido com certidão dos protestos, da alteração do nome empresarial e da publicação de edital constando a lista de credores do devedor, elementos que garantem ao credor todos os direitos decorrentes do protesto, cumprindo asseverar que mesmo na hipótese de eventual convolação em falência não há dificuldade para a fixação do termo legal justamente em razão da peça de ingresso estar acompanhada da certidão de protestos.

A superação dos precedentes para a hipótese defendida na tese aqui apresentada se funda, pois, em quatro pressupostos: lógico, jurídico, econômico, finalístico.

Pressuposto lógico: a suspensão ocorrerá com envio de ofício aos órgãos competentes para *providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de que a devedora cumpra todas as obrigações previstas no acordo de recuperação* (REsp 1260301/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI,

TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012). Desse modo fica garantida a possibilidade de retorno da dívida ao *status quo ante* na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, atribuindo a necessária coerência interna ao julgado da Corte Superior.

Pressuposto jurídico: são garantidos os mesmos efeitos jurídicos do protesto com o deferimento do processamento da recuperação judicial, notadamente publicidade da dívida, interrupção da prescrição e regresso. Assim sendo, não havendo prejuízo aos credores e tampouco ao procedimento de insolvência, é plenamente viável a suspensão dos apontamentos desde o deferimento do processamento.

Pressuposto econômico: a manutenção do apontamento em nome do devedor em recuperação judicial contraria, portanto, o próprio interesse econômico do credor de recebimento de seu crédito, pois a existência do protesto frustra a possibilidade de manutenção e soerguimento da atividade empresarial desenvolvida pelo devedor[170].

Pressuposto finalístico: adequabilidade da suspensão dos protestos desde o deferimento do processamento da recuperação judicial com o próprio escopo da Lei, uma vez que se garante efetivamente o *fresh start* ao devedor que poderá então obter crédito no mercado junto a fornecedores e financiadores, já que a solução da crise está concentrada no procedimento recuperatório, permitindo que nas outras searas da vida empresarial possam ser obtidos incentivos para a manutenção da atividade empresarial e superação da crise.

Conforme leciona a doutrina processual especializada, a superação ou o*verruling* ocorre quando preenchidos os seguintes requisitos:

> *"(1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra es-*

170 Existem casos, inclusive, que a superação do precedente se evidencia ainda mais latente, notadamente na hipótese de o exercício da atividade empresarial somente se afigurar possível quando o devedor empresário se encontra com o "nome limpo" dada a peculiaridade de seus clientes serem grandes conglomerados empresariais que se pautam em sistemas de *compliance* que vedam a participação de empresários com restrições em seus processos concorrenciais, situação em que a atividade empresarial (empresa) somente pode ser plenamente exercida na hipótese de não existirem restrições e apontamentos em nome do empresário. Na hipótese de a manutenção dos apontamentos e protestos inviabilizar na prática o exercício da atividade empresarial pelo devedor em recuperação judicial, o objetivo precípuo da Lei nª 11.101/05 de preservação da empresa (atividade empresarial) estampado no art. 47 é fulminado e frustrado, evidenciando que a aplicação do precedente se afigura impraticável.

> *tabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade".*
>
> (MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016)

Nesse sentido, considerados os pressupostos lançados neste artigo é certo a superação do precedente se justifica em virtude da regra nele estabelecida se demonstrar impraticável, ao passo que o raciocínio que o fundamenta mostra-se inconsistente, justificando, pois, a sua superação.

Deste modo, concluiu-se pela possibilidade da baixa dos protestos desde o deferimento do processamento da recuperação judicial, ou mesmo no curso da recuperação judicial[171], na medida em que tal ato beneficia o devedor, compatibiliza perfeitamente com o escopo da recuperação judicial e não gera nenhum prejuízo ao credor.

6. Referências

BRASIL. Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968. Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Brasília: DF, [1968].

BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília: DF, [1997].

171 Neste ponto cumpre destacar a situação esdrúxula que se desenha em alguns procedimentos de recuperação judicial nos quais o devedor não tem nenhum protesto tirado em seu nome antes do protocolo da petição inicial, razão pela qual ela é instruída com certidão negativa de protesto, contudo no decorrer do procedimento recuperatório são realizados apontamentos em seu nome em virtude do não pagamento, após o deferimento do processamento, de crédito sujeito à recuperação judicial. Em outras palavras, existem casos em que o devedor é penalizado pelo protesto em razão do fiel cumprimento de sua obrigação legal (art. 172, LRF) de não realizar pagamento de créditos sujeitos antes da aprovação do Plano. Em tal cenário, é evidente que não só a suspensão, mas o efetivo cancelamento do protesto é medida que se impões, pois se o credor não pode executar o crédito (art. 6º, §4º, LRF), certamente não pode protestá-lo, sob pena de prejudicar o devedor de maneira indevida e, pior, submetê-lo a condição mais gravosa em virtude, única e exclusivamente, de ter se valido da recuperação judicial como meio para tentativa de superação da crise.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: DF, [2002].

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: DF, [2005].

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1960.

MOURA, Victória Gouvêa Motta. Da natureza acautelatória da decisão de deferimento do processamento da Recuperação Judicial: uma análise técnico processual da Lei de Insolvências (Lei 11.101/2005) – Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais / PUC MINAS, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

CAPÍTULO 8

Honorários advocatícios sucumbenciais: posição na recuperação judicial. Tema nº 1.051, do stj e irdr nº 60, do TJMG

Maria Celeste Morais Guimarães
Advogada, Mestre e Doutora em Direito Empresarial pela UFMG, Vice-Presidente da Comissão Especial de Recuperação de Empresas e Falência do Conselho Federal da OAB e Presidente da Comissão de Direito Societário da OABMG.

José Marcos Rodrigues Vieira
Advogada, Mestre e Doutora em Direito Empresarial pela UFMG. Vice-Presidente da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial do Conselho Federal da OAB; Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Professor Titular de Direito Procesual Civil da UFMG

1. Introdução

Os honorários advocatícios sucumbenciais, decorrentes de sentença proferida após o pedido de recuperação judicial da devedora, sujeitam-se ou não aos efeitos do processo de recuperação?

Para a Segunda Seção do STJ, só os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação, por força do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, mesmo que não vencidos. Se a sentença for anterior ao pedido recuperacional, o crédito dela decorrente deverá ser tido por *concursal*, devendo ser habilitado e pago nos termos do Plano de Recuperação. Se for posterior, os honorários sucumbenciais têm *natureza extraconcursal*, não se sujeitando à recuperação.

Segundo a decisão do STJ, pelo Voto do Ministro Luís Felipe Salomão, no REsp nº 1.841.960 - SP[172], não há relação de acessoriedade entre o crédito buscado na execução e os honorários de sucumbência resultantes do processo ou de processos relacionados. Isto porque os honorários advocatícios

172 REsp n. 1.841.960/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12/02/2020, DJe 13/04/2020 - EMENTA – Recurso Especial. Recuperação Judicial. Honorários Advocatícios Sucumbenciais. Sentença posterior ao Pedido Recuperacional. Natureza Extraconcursal. Não sujeição ao Plano de Recuperação e a seus efeitos.

remuneram o advogado por seu trabalho e constituem direito autonômo do patrono, segundo o Ministro Relator.

2. Interpretação do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005

Segundo Trajano de Miranda Valverde[173], ao tempo do Decreto-lei nº 7.661/45, com o trânsito em julgado da sentença que concedia a concordata preventiva ou suspensiva, começariam os efeitos dela decorrentes, dos quais o principal era o de obrigar a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, nos termos do então artigo 147. Segundo o Autor, todos os titulares de créditos *anteriores* ao pedido de concordata preventiva ou à sentença declaratória da falência estariam sujeitos aos seus efeitos. Anteriores, diga-se, porque pré-existentes ao pedido.

Segundo o Dicionário Aurélio, "existente" é *adjetivo*, que significa que está presente na realidade, na atualidade, sendo seus sinônimos *efetivo, real, atual, vivo*. Assim, o crédito deve ser presente, efetivo, real, ao tempo do pedido. O vocábulo existente foi escolhido pelo legislador, sem dúvida, para dar sentido de certeza, efetividade, atualidade.

Como se conceber, então, que um crédito que foi submetido a um processo de conhecimento, necessitando de uma cognição exauriente para provar sua existência, possa estar submetido à concursalidade da recuperação?

O doutrinador Yussef Said Cahali é preciso quando afirma que "só com o provimento judicial nascem o direito e a obrigação pelas despesas. A sentença do juiz em relação às despesas é *propriamente* constitutiva. A sentença é sempre constitutiva no tocante à condenação em honorários, porque não certifica a existência de um direito a eles, mas os constitui como direito, provendo-os, ao mesmo tempo, de executoriedade."[174]

A questão submetida a julgamento pelo STJ, no citado REsp 1.841.960/SP, tratou da "interpretação do artigo, 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, de modo a definir se a existência do crédito é determinada pela data de seu fato gerador ou pelo trânsito em julgado da sentença que o reconhece." Antes da referida

173 MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei n.7.661, de 21 de junho de 1945. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 240.

174 CAHALI, Yussef Said, Honorários Advocatícios. 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81.

decisão, havia entendimento no sentido de que os créditos derivados de honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo que decorrentes de sentença proferida em ação julgada posteriormente ao pedido de recuperação, estavam sujeitos aos seus efeitos, como no REsp nº 1.377.764 – MS (2013/0097041-0, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

A controvérsia a respeito da definição acerca do momento em que o crédito passou a existir é desprovida de sentido, de vez que, a título de exemplo, no direito indenizatório, a comprovação do dano, exige a culpa *lato sensu* do agente causador do dano, o nexo de causalidade entre a culpa e o evento danoso. Assim, considerar-se o *evento danoso* como *fato gerador do crédito*, é desconhecer a natureza constitutiva da sentença que o reconhece, eis que somente após o processo de conhecimento, com ampla cognição é que se definirá a ilicitude ou não do ato e que gerará a obrigação de reparação (arts. 186 e 187 do Código Civil). Tal interpretação afronta a *mens legis* do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, que prevê *crédito existente, vale dizer, presente, efetivo, real,* como vimos anteriormente.

Apenas se excepciona o caso de *dano moral* por inscrição ou manutenção indevida do nome em cadastro de devedores inadimplentes – de vez que, segundo a jurisprudência dominante, o dano é *presumido* (*in re ipsa*).

Segundo a melhor doutrina comercialista, pontificada por Miranda Valverde (tratando da concordata), estão sujeitos à Recuperação Judicial os titulares de créditos anteriores ao pedido. Assim, pergunta-se: poderia quem ainda discute seu direito ser considerado *titular* de um crédito, a ponto de estar legitimado a recebê-lo na recuperação? A resposta é clara: não pode. A condição de titular supõe fato constitutivo reconhecido, incontroverso.

3. Premissas. Técnica de aplicação de precedentes. Tema nº 1.051, do STJ e IRDR nº 60, do TJMG

O tratamento dos honorários advocatícios na recuperação judicial de empresas obedece a algumas premissas necessárias, mormente quando se depara na matéria a existência de julgados vinculativos.

Tal discussão fez emergir no STJ, o TEMA nº 1.051, em face do Acórdão da Segunda Seção do STJ, na ProAf no REsp nº, 1.840.531-RS, de Relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que estabelece como sede da discussão do caráter concursal ou extraconcursal de crédito existente contra a empresa

em recuperação, a definição entre o respectivo *fato gerador* e o *trânsito em julgado da sentença que reconhece* o crédito.

Do mesmo modo, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *ex vi* do disposto no artigo 976, §4º, do CPC, o Acórdão da Segunda Seção Cível, em juízo de admissibilidade do IRDR suscitado no âmbito do Agravo de Instrumento n. 1.0261.14.003481-8/002, de Relatoria do Des. Fernando Lins, igualmente, sintetiza a controvérsia na *definição da natureza do crédito constituído por sentença prolatada em data posterior ao deferimento da recuperação judicial, mas oriundo de obrigação (responsabilidade civil) preexistente ao deferimento da recuperação ao devedor.* Trata-se do Tema nº 60, do TJMG.

Embora em ambos os casos, o do Tema 1.051 do STJ e o do IRDR 60 do TJMG não se mencione expressamente a hipótese de honorários advocatícios sucumbenciais, não se pode deixar de considerar que a englobam, por valer-se de genérica alusão aos créditos contra a recuperanda, considerando apenas o momento de sua constituição (fato gerador ou trânsito em julgado de sentença que o reconheça).

O CPC brasileiro contém, no artigo 927, a determinação aos juízes e tribunais de observância da jurisprudência vinculante, porém sob respeito à técnica instituída pelo respectivo parágrafo 1º: *os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.* O percurso de aplicação da jurisprudência vinculativa não é, pois, automático, mas deve observar o iter de formação da coisa julgada: o contraditório prévio e efetivo (inc. II, do §1º, do artigo 503, do CPC), ouvidas as partes (artigo 10, CPC) sobre a aplicabilidade do julgado, a fim de que possam exercitar, sendo o caso, a distinção; e a fundamentação estruturada, exauriente do confronto dos argumentos hábeis a excluir a solução cogitada (artigo 489, §1º, IV e VI, do CPC).

Acresce considerar que o artigo 966 e seus §§5º e 6º, ambos do CPC, tratam como hipótese de ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, a inserir-se no inciso V, do mesmo artigo legal, a indevida aplicação de jurisprudência vinculante. Tais parágrafos estabelecem, de forma analítica, a exigência de o autor demonstrar a distinção do processo (o *distinguishing*), a partir de hipótese fática ou questão jurídica não examinada no padrão decisório em que fundado o julgado rescindendo e, no entanto, hábil a impor outra solução jurídica.

Significa que o dever de observância da jurisprudência vinculante existe nos limites da identidade de casos. *Minima discrepantia facti, maxima*

discrepantia iuris. Também o julgador, tanto que se lhe exige a fundamentação adequada e específica, deve exercitar o *distinguishing*, resultante inarredável do encontro da desconformidade de espécie com o referido padrão decisório.

Impõe-se, pois, ao julgador, o dever de fundamentação sob confronto da *espécie fática* geradora do precedente, para o convencimento da reprodução, no caso, da mesma *ratio*, isto é, do fundamento determinante, como tal o fato jurídico previsto no julgado vinculativo.

Tanto é verdadeira tal exigência, que, a confirmá-la, verifica-se o disposto no parágrafo 2º, do artigo 926, do CPC, no sentido de que, *ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*.

Esta, portanto, uma *primeira premissa* para a discussão da matéria sob exame.

A *segunda premissa*: cuida-se de discutir a fonte dos honorários de sucumbência. E não se pode deixar de considerar que os honorários sucumbenciais são ônus processuais. É necessário, desde logo, assinalar-se o equívoco de se lhes atribuir a mesma origem do direito substancial debatido na lide – o que impõe cuidado no manejo da expressão *fato gerador do crédito*, constante do referido Tema nº 1.051, do STJ.

Porque o que há no processo são ônus, não obrigações. Como leciona Carnelutti, em sua *Teoria Geral do Direito*, ônus é subordinação do interesse próprio a outro interesse próprio, diversamente da obrigação, que é subordinação do interesse próprio a interesse alheio. Assim, o ônus de alegar, o ônus de provar, o ônus de contestar, o ônus de recorrer – para se vencer a demanda. E o ônus de vencer a demanda, para não se dever honorários advocatícios de sucumbência.

4. Histórico dos honorários sucumbenciais: Lei nº 4.215/63 e Lei nº 8.064/94

Os honorários sucumbenciais têm histórico legislativo, a influir sobremodo na concepção de seu destinatário e de sua natureza.

A Lei nº 4.215/63 (o revogado Estatuto da OAB) dispunha que os honorários de sucumbência valiam como reembolso ao titular do direito reconhecido pela sentença, para que fosse reintegrado de tudo que concorreu

para diminuir o seu patrimônio. A prática, porém, revelaria o uso constante de contratos de honorários em que a parte dispunha do direito de reembolso em favor do advogado, quiçá como minoração dos honorários consensuais devidos, quando não por impossibilidade de pagá-los.

A idéia de reparação integral pôde servir à origem comum do crédito da parte e da obrigação da parte adversa de pagar honorários de sucumbência – sob o Estatuto revogado. E, na esteira de tal regramento, dispôs o artigo 20, do CPC de 1973, que *a sentença condenará o vencido a pagar* ***ao vencedor*** *as despesas que antecipou e os honorários advocatícios,* daí a prática de compensação de honorários na sucumbência recíproca, de vez que créditos das partes.

No CPC de 2015 apenas resta a possibilidade de a parte vencedora obter a reparação integral, propondo ação autônoma de indenização (perdas e danos). Em sintonia com a Lei nº 8.906/94, em seu artigo 23 (o vigente Estatuto da OAB), o artigo 85, do CPC de 2015, dispõe que os honorários de sucumbência são crédito do advogado (*a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*), crédito incompensável na sucumbência recíproca e considerado autônomo (§14, do artigo 85, do CPC de 2015), exigível diretamente da parte vencida.

5. Fonte processual e autonomia dos honorários de sucumbência

É, pois, processual, a fonte dos honorários de sucumbência, o que é consentâneo com a realidade. Não há sucumbência prévia e esta é ônus final processual: não tem por origem quer o crédito da parte vencedora, quer a obrigação da parte vencida. Aliás, os honorários de sucumbência podem decorrer de causa exclusivamente, nitidamente ou distintamente processual, como o abandono, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação, o reconhecimento da procedência do pedido e a ausência de condição da ação ou de pressuposto processual.

Considerem-se, ademais, duas peculiaridades a confirmar que os honorários de sucumbência se desconectam da lide, isto é, dos interesses substanciais conflitantes. São pedido implícito, a teor da imperatividade do *caput* do artigo 85, do CPC, e, de conseguinte, elemento (componente, integrativo obrigatório) da sentença.

Cabe dizer, portanto, que o fato gerador dos honorários advocatícios

de sucumbência não é senão a sentença judicial (eventualmente, no caso do artigo 356, do CPC, uma decisão interlocutória). Ora, isto estabelece, para logo, a exclusão de aplicabilidade do Tema nº 1.051, do STJ e (a nosso ver, por nele contido) do Tema n. 60, do TJMG, aos honorários de sucumbência - pela evidência de não poderem significar as expressões – *fato gerador do crédito de honorários de sucumbência* e *trânsito em julgado da sentença que o reconhece* – senão uma só realidade e um só momento.

Registre-se: a sujeição à verba honorária de sucumbência não resulta de nenhuma questão a ser dirimida pelo julgador. É puro efeito legal do ato – processual – de julgamento. Não tem causa substancial, mas apenas deriva do ganho de causa em juízo.

6. Fato gerador do crédito e trânsito em julgado da sentença que o reconheça. Caráter extraconcursal dos honorários de sucumbência

Não há dúvida, portanto, da posterioridade dos honorários de sucumbência relativamente ao pedido de recuperação judicial, para fins e efeitos do disposto no art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/05.

Daí, o *caráter extraconcursal* dos honorários advocatícios sucumbenciais, expressamente reconhecido e justificado no Acórdão do TJMG em AI n. 1.0000.18.038827-4/002[175] (de Relatoria do co-autor destas linhas), em que ressalvada como única hipótese de natureza concursal de honorários de sucumbência, a de existência eventual de cláusula específica de Plano de Recuperação, com expressa renúncia ao direito de não habilitação do crédito sucumbencial.

Entendemos, portanto, que o crédito de honorários advocatícios sucumbenciais não está sujeito à novação operada pela homologação do plano de recuperação judicial. Não existentes antes que proferida a sentença condenatória, não são créditos existentes à data do pedido de recuperação,

175 Agravo de Instrumento – CV nº 1.0000.18.038827-4/002 – Comarca de Varginha – Agravante: OI Móvel S/A – Agravado: Jorge Antonio da Silva Júnior, julgado em 11/03/2020, publicado em 12/03/2020 – EMENTA – Agravo de Instrumento. Ação Indenizatória. Cumprimento de Sentença. Plano de Recuperação Judicial. Aprovação. Honorários Advocatícios de Sucumbência. Crédito posterior ao pedido de recuperação. Necessidade, clausulada no Plano de Recuperação, de habilitação do credor no Juízo Universal. Execução no Juízo de Origem. Impossibilidade. Decisão reformada. Agravo provido.

para fins e efeitos do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/05.

De se lembrar que os referidos honorários tampouco se tratam de crédito advindo de sentença condenatória por ato ilícito praticado anteriormente à aprovação do plano de soerguimento da empresa: a matéria, portanto, refoge ao IRDR nº 60 do TJMG - IRDR – Cv nº 1.0261.14.003481-8/004[176], bem como à espécie decidida pelo STJ no ProAfR no Recurso Especial nº 1.843.382 – RS (2019/0310348-3)[177] de Relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

7. Conclusão

Embora a redação do artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 possa parecer genérica, sujeitando à recuperação judicial *todos os créditos existentes na data do pedido*, está longe de abranger créditos de honorários de sucumbência, os quais, por regra especial, seja do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994, por seu artigo 23, seja do CPC, artigo 85, obedecem a regime diverso do Sistema Recuperacional.

A controvérsia, pois, a respeito da definição do momento em que o crédito passou a existir, se pela data de seu fato gerador ou pelo trânsito em julgado da sentença que o reconhece, não se justifica, de vez que os créditos derivados de honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo que decorrentes de sentença proferida em ação julgada posteriormente ao pedido de recuperação, não têm por que sujeitar-se aos seus efeitos.

De se concluir, assim, que o Tema nº 1.051 do STJ, que pretende distinguir o crédito pelo momento de sua constituição (*fato gerador* ou o *trânsito em julgado da sentença que reconhece o crédito),* bem como o IRDR nº 60 do TJMG, não tem o condão de alcançar a verba honorária advocatícia de sucumbência, cuja origem é sempre e apenas a sentença condenatória, não

176 EMENTA: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – Juízo de Admissibilidade – Causa Piloto: Natureza Concursal ou Extraconcursal do crédito constituído por sentença prolatada em data posterior ao deferimento da recuperação judicial, mas oriundo de obrigação (Responsabilidade Civil) preexistente ao deferimento da recuperação ao devedor – Demandas repetitivas que se relacionam por afinidade de questão de direito – Resoluções jurídicas diversas dentro do próprio Tribunal de Justiça – Risco de ofensa à isonomia jurídica – Ausência de incidenes instaurados nos Tribunais Superiores com o fito de examinar a matéria versada no IRDR – Pressupostos legais para o processamento do Incidente verificados – IRDR admitido.

177 EMENTA: Proposta de Afetação no Recurso Especial. Rito dos Recursos Repetitivos. Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Crédito existente. Data do pedido. Definição.

podendo ser reconhecida sua concursualidade após o deferimento do pedido de recuperação judicial.

8. Referências

CAHALI, Yussef Said, Honorários Advocatícios. 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur de Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

CAPÍTULO 9

Os Problemas Contábeis da Recuperação Judicial nas Microempresas e nas Empresas de Pequeno Porte

Rodrigo Almeida Magalhães
Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor da PUC/MG e da UFMG. Professor do mestrado e doutorado da PUC/MG.

Walter Coelho de Morais
Doutor em Direito pela PUC/MG, Mestre em Administração no Centro Universitário Unihorizontes, Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor do Centro Universitário Unihorizontes e do IBMEC.

1. Introdução

As microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no Brasil assumem um papel relevante na participação do PIB, da geração de emprego e renda brasileira.

Essas empresas, quando em situação iminente de crise econômico-financeira, recorrem ao Direito Recuperacional (LRF) para superá-la. No entanto, percebe-se a que a LRF necessita de ser aperfeiçoada em seus processos, ao tratar da ME e EPP, visto que o regramento especial não vem cumprindo esse objetivo.

Em diversos países, tem-se que o instituto recuperacional para ME e EPP vem sendo modernizado, como é o caso do instituto recuperacional norte-americano, como também o de Portugal. Em especial, o regramento recuperacional de Portugal oferece alternativas como recuperação extrajudicial com a articulação de um mediador, assim como instrumentos para aferir a situação iminente de insolvência e crise econômico-financeira.

No Direito Empresarial brasileiro, as regras dos negócios empresariais, tais como escrituração contábil para a ME e EPP, isentam a escrituração contábil em livro diário, dificultando evidenciar a situação de insolvência da empresa e até mesmo de comprovar, no plano de recuperação judicial, a capacidade de geração de caixa para fundamentar a superação da crise

econômico-financeira da empresa, e permitir a manutenção da sua função social.

O artigo pretende mostrar os problemas contábeis e as soluções para a que a ME e a EPP possam efetivamente recuperar.

2. A Recuperação Judicial para a ME e para a EPP

No contexto recuperacional, verificou-se que a atual LRF trouxe uma definição clara, abrangente de seu objetivo estabelecido no artigo 47, em consolidar a manutenção da sobrevivência empresarial, diante da perspectiva da importância do estímulo da atividade e da função social da empresa, em conjunto com o interesse dos credores e a manutenção do emprego.

Este estudo traz elementos da Contabilidade, seja de cunho científico, seja por atos normativos, instrumentos, métodos e técnicas que certamente contribuem com o aperfeiçoamento do processo da recuperação judicial, das ME e EPP, por meio do plano especial.

Insta relembrar o atual ordenamento especial, que é, entre outros, a simplificação do processo, uma vez que será dispensada a assembleia para a aprovação do plano de recuperação judicial (artigo 72 da LRF). A remuneração do administrador judicial é de 2% (§ 5º do artigo 24 da LRF), menor em relação à recuperação ordinária, que é de 5% (§ 1º do artigo 24 da LRF). No entanto, percebe-se que o plano é fixado em 36 parcelas (inciso II do artigo 71 da LRF), não podendo adotar outros meios de procedimentos no plano de recuperação, igual ao previsto na recuperação ordinária, elencadas no artigo 50 da LRF. Prevê o pagamento da primeira parcela dos credores em até 180 dias, contados da distribuição do pedido da recuperação judicial.

O quantitativo de empresas que buscam o auxílio da Justiça, na tentativa de soerguer-se, uma vez que não se consegue mais estabelecer condições de operar suas operações diante da insolvência instalada. Confirma-se o estudo de Lana (2018, p. 40), que aponta as ocorrências de maior frequência de requerimento de falências entre ME e EPP.

O resultado é o maior para o acumulado do ano desde 2006, após a entrada em vigor da Nova Lei de Falências (junho/2005). Em 2014, foram 828 ocorrências contra 874 em 2013. As micros e pequenas empresas lideraram os requerimentos de recuperação judicial de 2015, com 688 pedidos, seguidas pelas médias (354) e pelas grandes empresas (245). Na análise mês

a mês, o indicador verificou aumento de requerimentos de recuperação judicial em dezembro/2015, em relação a novembro/2015, alta de 23,0% (150 em dezembro contra 122 em novembro). [...] Já na comparação entre dezembro/2015 e dezembro/2014 a alta foi de 183,0%, de 53 para 150. [...] Em relação ao procedimento de falência, em 2015 foram realizados 1.783 pedidos de falência em todo o país, um aumento de 7,3% em relação aos 1.661 requerimentos efetuados em 2014. [...] Dos 1.783 requerimentos de falência efetuados em 2015, 923 foram de micro e pequenas empresas, 415 de médias e 448 de grandes. Na análise mês a mês, o *Indicador* verificou queda de requerimentos de falências em dezembro/2015 em relação a novembro/2015 de 24,6% (129 em dezembro contra 171 em novembro). Já na comparação entre dezembro/2015 e dezembro/2014, a alta foi de 0,8% de 128 para 129. Na verificação mensal de dezembro, as Micro e Pequenas Empresas também ficaram na frente com 73 requerimentos, seguidas pelas médias empresas, com 20, e as grandes com 36.

Este estudo apresentado por Lana predispõe quanto à situação atual do processo recuperacional de ME e EPP brasileiras, infere aqui uma das primeiras fundamentações de necessidade de aperfeiçoamento, com argumentações que aqui se pretendem esboçar. Para tanto, nas palavras de Ayoub (2018), primeiro juiz a processar a recuperação judicial, na atual LRF, convergem as argumentações aqui expostas, com vista a perceber a necessidade de melhoria no processo da recuperação judicial:

Mais de uma década após sua criação, a lei se tornou uma importante aliada na prevenção da falência das empresas, mas o aumento de casos de recuperação judicial registrados torna necessário avançar no aperfeiçoamento da legislação. Dois aspectos passíveis de discussão são a inclusão da sanção segundo a teoria do *deepening insolvency* e a demonstração de requisitos substanciais, bem como a alienação fiduciária (AYOUB, 2018, p. 83).

Quanto à necessidade de aperfeiçoamento fundamentada por Ayoub, os dois aspectos factíveis de serem adotados são: a teoria de *deepenig insolvency* e a demonstração de requisitos substâncias, e o outro é a alienação fiduciária. Neste trabalho, no entanto, propôs-se estudo com vista a questões econômicas e financeiras com o arcabouço científico contábil, e assim alinhar ao preceito de trazer requisitos substanciais que demonstrem a situação econômico-financeira da empresa, como afirma Ayoub (2018, p. 83):

Deepening insolvency e a demonstração de requisitos substanciais
A sanção segundo a teoria do *deepening insolvency* surgiu no direito norte-

americano e consiste na responsabilização pelo prolongamento da existência para além do estado de insolvência de uma empresa. A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, no art. nº 105, afirma que o administrador da empresa "em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência", evitando, de certa forma, que se inicie uma ação de recuperação sem que a empresa atenda aos requisitos formais do art. nº 51. No entanto, por mais que esse artigo exija o preenchimento de um formulário por parte do devedor, como é possível se ter certeza de que o conteúdo reflete a real situação da empresa? Uma possível melhoria, nesse caso, seria a previsão de uma sanção, como no modelo norte-americano, a fim de se evitar que o devedor aja de má-fé. Além disso, a maneira mais aconselhável de se proceder, sobretudo nos casos em que a empresa em questão é estratégica para o país, consiste na realização de uma análise prévia de viabilidade - que, ao contrário de uma perícia, seria executada sempre em um curto prazo pelo profissional nomeado pelo juiz. A partir dos dados coletados pelo especialista, o juiz poderia, então, decidir se a empresa é viável ou não.

Há aqui diversos elementos que fundamentam as argumentações deste estudo, na perspectiva de que, o Direito Recuperacional possa abarcar, nos processos de recuperação judicial, procedimentos que evitem tais sanções, que evitem levar para o Judiciário perda de tempo e gastos em tentar salvaguardar a existência de empresas que não revelam capacidade de sobreviver, visto que ainda, cita a questão da perícia, entende-se que a perícia na recuperação judicial realizar-se-á como apresenta Silva (2018):

Deve ser realizada uma perícia prévia na recuperação judicial, a qual "pode revelar quatro situações distintas: a inexistência de qualquer atividade empresarial; irregularidade ou incompletude documental; fraudes; ou incompetência funcional do juízo" (BASÍLIO SILVA, 2018, p. 1). Não obstante não há previsão expressa na Lei 11.101/2005 que autorize a sua aplicação, sendo esta uma crítica conta a sua utilização, mas é argumentado - pelos que defendem a utilização da perícia prévia, que se basear-se na interpretação do art. 52 da Lei 11.101/2005 (uma vez que, conforme art. 189 da mesma, será aposto o Código de Processo Civil, conforme o caso, aos procedimentos previstos na Lei de Falência e Recuperação Judicial. Para tanto, o art. 156 do CPC expõe que o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico), de forma que o magistrado pode avaliar o conteúdo dos documentos apresentados na petição inicial da forma como considerar melhor.

E ainda nos estudos de Ayoub (2018, p. 83), percebe-se que ele se baseou nos preceitos trazidos das situações estudas no Direito Recuperacional norte-americano, que traz uma importante experiência. No entanto, vê-se que, no Brasil, pouco se aplica dos procedimentos emanados desse estudo.

Nota-se que diversas são as situações trazidas ao processo recuperacional brasileiro, na aplicação do ordenamento especial, que suscita casos, em que os requisitos muitas vezes não são atendidos após o deferimento da recuperação judicial, como é o caso do jugado AI.0543.06.500038-1/001

Agravo de Instrumento - Microempresa - Plano de Recuperação Judicial - Ausência dos Requisitos legais - Decretação da Falência. - Deferida a recuperação judicial requerida por microempresa, deve ser apresentado plano que atenda aos requisitos previstos no art. 71 da Lei 11.101/05, sob pena de decretação da falência. - Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0543.06.500038-1/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/05/2007, publicação da súmula em 05/06/2007)

Consolida-se, então, a proposição de que a recuperação judicial especial, para ME e EPP, deve adotar requisitos substanciais, de verificação de situação de insolvência por meio dos indicadores para estabelecer a proposição aqui exposta.

Cabe salientar que vem sendo cada vez mais comum o surgimento de empresas que desvirtuam a real intenção de se utilizar o instituto da recuperação de empresa, tendo o maior envolvimento do Ministério Público no sentido de emitir sua opinião quanto a requisitos estabelecidos pela legislação. Isso culmina no procedimento de perícia como forma de fundamentar, com base em preceitos técnicos e científicos emanados do laudo pericial, no que tange aos requisitos para deferimento da LRF.

Dessa forma, argumenta-se diante do estudo aqui trazido, que para o processamento da recuperação judicial, quando da pretensão de processar a LRF por meio do plano especial, sejam requisitos para a gestão da empresa e da administração judicial:

a) relatório pericial preliminar, contendo os preceitos indicadores contábeis e de insolvência;

b) os livros contábeis, realizado sob as normas brasileiras de contabilidade, atendendo ainda as exigências fiscais entre outras;

c) evidenciação da riqueza gerada e distribuída por meio da DVA;

d) apresentação da DFC, como forma de aferir a capacidade de geração de caixa; e

e) aplicação deste instrumento no relatório mensal do administrador.

Tais argumentações têm como fundamentação a redução de gastos com processo judicial pelas empresas, evitar que empresários e empresas, revestidos de má-fé, que em alguns casos, se encontram em situação de falência, mas buscam a recuperação judicial. Trazer maior celeridade ao processo em benefício dos devedores. Promover a manutenção da atividade econômica empresarial embasado em dados objetivos. Reduzir a assimetria informacional, evitando procedimentos judiciais protelatórios.

Desta forma, passa-se a estudas os indicadores contábeis como forma de melhorar a assimetria informacional, e apresentar dados objetivos, quanto a mensuração da geração e aplicação de renda, que a empresa veio proporcionando na economia, e que no remente a ao contexto da função social da empresa. Como também da capacidade de geração de caixa diante do plano apresentado, propiciando a adequação análise e interpretação da viabilidade econômico e financeira por todos os agentes envolvido na LRF.

3. Índices Contábeis e de Insolvência no Processo da LRF das ME e EPP

A análise das demonstrações financeiras é uma área de estudo da Ciência Contábil, que permite à Contabilidade apresentar a situação econômico-financeira, de forma a evidenciar, entre outros objetivos, sua evolução patrimonial e o desempenho econômico. Essa área de estudo utiliza em sua metodologia indicadores como forma de uma leitura comparativa entre exercícios sociais, bem como com outras empresas no mesmo seguimento, pois substitui a grandeza monetária por indicadores de fácil comparação. Além disso, os métodos empregados nas análises das demonstrações financeiras, baseados em técnicas testadas por anos dentro das diversas academias de Contabilidade no mundo, permitem aferir, por meio de indicadores, a situação de endividamento, de liquidez bem como de insolvência. Diversos autores, tais como Assaf Neto, Elisabetsky,

Elizeu Martins, Iudícibus, José Miranda, Kanitz, Mário, Silva, utilizam em seus estudos as mais diversas aplicações das análises das demonstrações financeiras.

Infere-se aqui a necessidade de apresentar esses estudos, com vistas a dar suporte a aplicação destes instrumentos no ambiente jurídico da recuperação judicial, como pretensão de auxiliar para melhorias necessárias no procedimento, quando da aplicação do plano especial para as ME e EPP.

Na perspectiva de insolvência no sistema recuperacional, Hoog (2018, p. 47) expõe:

> Os programas de recuperação judicial ou extrajudicial dependem de um estudo de viabilidade para que os credores possam analisar aceitar ou rejeitar a recuperação [...]. Nesta ideia central de um programa de recuperação, deve considerar uma análise de balanço da situação em que se encontra a célula social, e uma projeção das situações patrimoniais, com hipótese de solução para a insolvência, com o fim de vitalizar a retomada dos negócios e preservar a empresa e sua função social [...]. A insolvência é uma situação onde as dívidas de uma sociedade do gênero simples ou de uma pessoa natural superem os seus bens. Para um melhor entendimento da insolvência, ver o conceito das categorias "bens" e dívidas [...]. Para a política contábil, o estado de insolvência é caracterizado pela combinação do efetivo estado patrimonial deficitário com a cessação dos pagamentos regulares das dívidas. A insolvência revela-se pela incapacidade patrimonial, econômica ou financeira, de satisfazer regularmente as obrigações. A declaração de insolvência jurídica produz vários efeitos, como o vencimento antecipado das dívidas do insolvente e a arrecadação de todos os seus bens para a satisfação dos seus credores pela partilha do resultado da liquidação dos bens. O devedor insolvente perdera o direito de administrar e dispor de seus bens, ficando esta administração da

> massa patrimonial do insolvente sob responsabilidade de um administrador, que será escolhido pelo juiz do processo, quiçá, entre os maiores credores de insolvente.

Quanto ao estudo das demonstrações contábeis, temos como conceito inicial a exposição de Silva (2017, p. 51):

> As demonstrações contábeis e demais informações destinadas aos acionistas e aos diversos grupos de usuários interessados no desempenho e na solidez de uma empresa prestam grande contribuição na avaliação dos riscos e das potencialidades de retorno da empresa. As demonstrações contábeis representam o canal de comunicação da empresa com diversos usuários internos e externos. Um relacionamento transparente, com os investidores, credores, analistas e demais interessados em conhecer a empresa, é parte do contexto que transcende a esfera contábil e fiscal e atinge uma dimensão ética. As empresas no relacionamento com acionistas, investidores, credores, fornecedores, clientes, governos e empregados têm procurado cada vez mais municiar esses interessados com informações que sejam facilitadoras de suas tomadas de decisões.

Em relação à contribuição do conceito da análise das demonstrações financeiras Hoog (2018, p. 45) afirma:

> O objetivo é a finalidade que busca identificar fatores positivos ou negativos sobre a saúde financeira, econômica e administrativa de uma célula social. Mediante a interpretação das impulsões patrimoniais ativas, passivas e de resultado [...]. O objetivo da análise de balanços é a observação do comportamento de todos os atos, fatos por meio de uma

> análise técnica e análise científica do patrimônio, sendo que estes pontos de análise têm por desígnio demonstrar a verdade real da situação patrimonial vinculada aos atos e fatos registrados, verdade real.

Silva (2017) acrescenta ainda, sobre as demonstrações quanto à possiblidade de leitura de informações geradas pelos instrumentos, em vistas da aplicação normativa para ME e EPP:

> Seguramente algumas pequenas empresas brasileiras que muitas vezes não dispõem de uma estrutura contábil que lhes possibilite saber quanto custam os produtos que vendem, quanto têm a receber de seus clientes pelas vendas efetuadas a prazo e quanto têm a pagar para seus credores. Essa condição é crítica inclusive do ponto de vista da gestão das próprias empresas. Como decorrência desse contexto, não se pode esperar informações organizadas e claras, provenientes dessas empresas, para atender credores e outros tipos de interessados. O comitê de pronunciamentos contábeis (CPC) emitiu um Pronunciamento Técnico PME - Contabilidade para Pequenas e Médias empresas, que foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade e pela Receita Federal (SILVA, 2017, p. 51).

Como objetivo da análise das demonstrações financeiras, Hoog (2018, p. 45) destaca:

> a) Diagnóstico de desequilíbrio econômico financeira de contratos e onerosidade excessiva;
>
> b) diagnóstico da capacidade de pagamento de haveres de sócios ou acionistas;
>
> c) aquisição ou alienação de ações ou quotas sociais;

d) consentimento de créditos para se vender a prazo;

e) concessão de empréstimos e financiamentos;

f) aplicação em títulos debêntures, entre outros valores mobiliários;

g) avaliação de uma gestão;

h) diagnóstico de exposição de capital;

i) abertura de capital e emissão de debêntures ou outros valores mobiliários;

j) estudos de probabilidade de situações patrimoniais;

k) estudo de ampliação de mercados, abertura de filiais;

l) cisão, fusão, incorporação e liquidação de empresas;

m) perícias judiciais e auditorias;

n) elaboração de propostas de recuperação judicial ou extrajudicial;

o) estudo da estrutura de capitais aplicados no estabelecimento empresarial;

p) análise da capacidade econômico-financeira e avaliação de acervos técnicos para fins de licitações;

q) identificação de patologias patrimoniais; e

r) aferição de capacidade econômica financeira, para fins de licitações e fornecimento de serviços e produtos. A qualificação econômico-financeira, para fins de participação em licitações (a documentação relativa à qualificação econômico-financeira, nas hipóteses de licitações, a exigência de índices, favoráveis, está vinculada à demonstração da capacidade financeira à do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado contrato).

Dessa forma, consolida-se o entendimento de que é vasta a utilidade das análises das demonstrações contábeis, que não exaure na exposição de Hoog (2018 p. 45).

Entre os preceitos da análise das demonstrações financeiras, estudos técnicos e científicos apontam o índice de liquidez como um importante instrumento para aferir a situação líquida do patrimônio de uma empresa. Martins, Miranda e Diniz (2014, p. 129), iniciam pela liquidez geral:

> O índice de liquidez geral mostra o quanto a empresa possui de recursos de curto e longo prazo (ativo circulante + realizável a longo prazo) para cada real de dívidas de curto e longo prazo (passivo circulante + passivo não circulante). Ou seja, mostra a capacidade de pagamento atual da empresa com relação às dívidas a longo prazo; considera tudo o que ela convertera em dinheiro (no curto e longo prazo), relacionado com todas as dívidas assumidas (de curto e longo prazo).

Dessa forma, a liquidez geral, idêntica capacidade de liquidar o passivo patrimonial por meio de realizar o ativo total e ainda abordando a liquidez corrente, Martins, Miranda e Diniz (2014, p. 127) expõem:

> O índice de liquidez corrente mostra o quanto a empresa possui de recursos de curto prazo (ativo circulante) para cada real de dívidas de curto prazo (passivo circulante). Portanto, se o índice de liquidez for maior que 1, significa que o capital circulante líquido (CGL) da empresa será positivo, portanto haverá compatibilidade entre os recursos que se espera receber no curto prazo e aqueles que se espera pagar no curto prazo. Em outras palavras, o índice de liquidez corrente mostra a capacidade de pagamento da empresa a curto prazo. [...] Esse indicador é bastante utilizado pelos analistas, e sua relevância aumenta quando é utilizado juntamente

> com outros indicadores, podendo, nesse sentido, reforçar conclusões a respeito da liquidez da entidade. Como qualquer indicador, sua utilidade também pode ser ampliada se comparado a índices de empresas do mesmo ramo. E, muito importante, é vital analisar sua evolução: duas empresas podem estar com o mesmo índice, mas uma vir melhorando nos últimos 3 anos, e outra pode estar piorando no mesmo período. A análise da tendência é sempre necessária. [...] Uma crítica comumente atribuída ao índice de liquidez corrente se refere aos efeitos das diferenças temporais existentes entre as contas componentes do numerador (ativo circulante) e as contas componentes do denominador (passivo circulante). O índice também sofre os efeitos de diferentes formas de avaliação dos ativos (principalmente estoques). Assim, é necessário que o analista fique atento a qualidade dos itens do ativo circulante (estoques, duplicatas a receber etc.) e a sincronização entre prazos de recebimentos e pagamentos.

Em resumo, a liquidez corrente mede a capacidade de pagamento dos recursos que serão realizados até o exercício social seguinte, por meio de realização do ativo, que também serão realizados no mesmo período. Apresentam também os estudos de Martins, Miranda e Diniz (2014, p. 127) a liquidez seca:

> O índice de liquidez seca mostra a parcela das dívidas de curto prazo (passivo circulante) que poderiam ser pagas pela utilização de itens de maior liquidez no ativo circulante, basicamente disponível e contas a receber. Em outras palavras, mostra quanto a empresa possui de ativos líquidos para cada real de dívida de curto prazo. Suponha que a empresa sofra total paralização de suas vendas, ou que seu estoque se torne obsoleto. Quais seriam

> suas chances de pagar suas obrigações de curto prazo com o disponível e as duplicatas a receber? É o que mostra o índice de liquidez seca [...]
>
> Esse indicador também é bastante utilizado pelo os analistas e sua utilidade aumenta quando é analisado juntamente com outros indicadores, podendo, neste sentido, reforçar conclusões a respeito da liquidez da entidade. Como qualquer indicador, sua utilidade pode ser ampliada se comparado a índices de empresas do mesmo ramo e se verificada qual a sua tendência ao longo prazo do tempo.

A liquidez seca, no entanto, infere em retirar do modelo matemático os valores referentes ao estoque da empresa, como forma de verificar o nível de endividamento, sem mensurar os produtos estocados em fabricação. No Quadro 15 a seguir, pode-se identificar a fórmula matemática utilizada para o apontamento desses índices.

Quadro 1 - Índices financeiros contábeis

Liquidez Corrente (LC) = $\frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$

Liquidez Seca (LS) = aponta a capacidade de pagamento quando da paralisação das vendas

LS= $\frac{\text{Ativo Circulante- estoques}}{\text{Passivo Circulante}}$

Liquidez Geral (LG) = evidencia a capacidade de pagamento a curto prazo, somada a capacidade de pagamento a longo prazo.

LG= $\frac{\text{Ativo Circulante + Ativo não circulante}}{\text{Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo}}$

Fonte: HOOG, 2018, p. 45 (adaptado).

A situação de insolvência de uma empresa é estudada por meio dos indicadores financeiros, a partir da análise de balanços e outras técnicas desenvolvidas por autores estrangeiros e também brasileiros, como o

"Termômetro de Kanitz", estruturado por Stephen Charles Kanitz, cujos estudos indicam a insolvência de uma empresa, como aponta Mário (2002, p. 68). Ainda segundo os estudos brasileiros sobre insolvência patrimonial, Mário (2002, p. 84) apresentou o "estudo do modelo matemático", estruturado por Roberto Elisabetsky, que, na mesma época, era aluno de Engenharia de Produção. José Pereira da Silva, segundo Mário (2002, p. 84), foi outro pesquisador que apresentou, em seu trabalho, um estudo matemático tendo como base a análise discriminante, visando à concessão de crédito. Nesse sentido, Assaf Netto (2012, p. 274) apresenta:

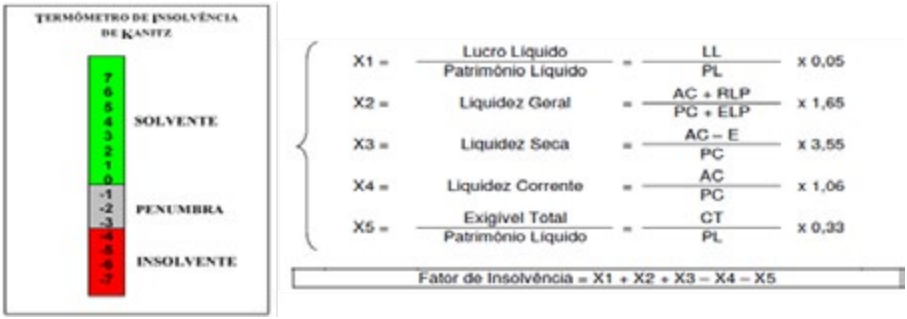
> A técnica de análise por meio de índices, conforme foi desenvolvida em capítulos anteriores, apresenta uma limitação metodológica derivada do fato de cada indicador ser avaliado de forma um tanto isolada. Apesar das propostas apresentadas de uso de diagramas de índices, a combinação de seus vários resultados fica ainda, em grande parte, na dependência de um julgamento subjetivo do analista. Nessa situação, são limitadas as condições, com base em um estudo isolado dos índices, de se estabelecer algum modelo mais adequado de previsão de desempenho futuro da empresa, ou mesmo de identificar mais amplamente suas diversas relações. Para a consecução desses objetivos, é utilizada a técnica estatística de análise discriminante, a qual extrai um comportamento típico das variáveis relacionadas previamente. Em outras palavras, a técnica discriminante identifica características básicas de um universo de variáveis em processo de análise, classificando-o, em consequência, em categorias de desempenho similares. Por exemplo, para a análise de balanços há normalmente grande interesse em classificar as empresas como solventes e insolventes. Assim, por meio de vários indicadores econômico-financeiros das empresas, a aplicação da análise discriminante permite que se conheçam as características típicas de cada grupo empresarial, obtendo-se, com isso, fatores de previsão de solvência e insolvência.

A insolvência patrimonial é o principal fator que gera o estado de falência de uma empresa. Mário e Aquino (2004, p. 187) contribuem com conceitos que visam à interpretação de insolvência "Como estado no qual a empresa torna-se impossibilitada de cumprir determinado compromisso". Diante de diferentes fatores que levaram ao estado de crise econômico-financeira, a situação pode ser estudada e analisada, e até mesmo prevista. Hoog (2018, p. 47) aponta ainda o viés do estudo da insolvência como Ciência Contábil:

> A insolvência para a ciência da contabilidade tem o mesmo sentido de falência. Pois, a distinção baseada na existência de elemento de empresa para a falência; e a ausência do elemento de empresa para a insolvência; é uma simples filigrana de ordem jurídica que verte da política contábil. Pois, para a ciência pura, a forma, elemento de empresa, em nada altera a substância, ou seja: o estado de quebra de uma célula social, seja pela categoria insolvência, seja pela categoria falência (HOOG, 2018, p. 47).

A situação de insolvência de uma empresa é estudada por meio dos indicadores financeiros, pela análise de balanços e outras técnicas desenvolvidas por autores estrangeiros e também brasileiros, como o "Termômetro de Kanitz" (FIG. 1) estruturado por Stephen Charles Kanitz, cujos estudos indicam a insolvência de uma empresa, como aponta Mário (2002, p. 68). Ainda segundo os estudos brasileiros sobre insolvência patrimonial, Mário (2002, p. 84) apresentou o "estudo do modelo matemático", estruturado por Roberto Elisabetsky, que, na mesma época, era aluno de Engenharia de Produção.

Figura 1 - Termômetro Insolvência - Kanitz



Fonte: SILVA, 2005, *apud* MÁRIO, 2002 (adaptado).

José Pereira da Silva, segundo Mário (2002, p. 84), foi outro pesquisador que apresentou em seu trabalho um estudo matemático tendo como base a análise discriminante, visando à concessão de crédito. Martins, Miranda e Diniz (2014, p. 240) acrescenta,

> Stephen Charles Kanitz desenvolveu o que foi o primeiro modelo brasileiro divulgado de análise para determinar previamente, com satisfatória margem de segurança, o grau de insolvência das empresas. Ele criou uma espécie de termômetro financeiro baseado na conjugação de alguns indicadores de liquidez, de endividamento e de rentabilidade. É uma conjunção de índices financeiros que determina a situação ou saúde financeira das empresas. Essa ferramenta atualmente tem seu valor histórico, inclusive para pesquisa, mas não pode ser aplicada a realidade atual porque utiliza alguns coeficientes que guardavam relação com realidade da época em foi desenvolvido, não necessariamente existente hoje em dia.

Mário (2002, p. 100), em sua dissertação de mestrado, incluiu o estudo de Altman, professor e pesquisador norte-americano da área de finanças,

que realizou muitos trabalhos focados no âmbito de crédito de risco sobre a falência no Brasil, em que descreveu a situação financeira das empresas brasileiras, identificando, inclusive, o cenário econômico brasileiro, surgindo daí um modelo de previsão de insolvência. Hoog (2018, p. 53) acrescenta:

> Os procedimentos de valorimetria ligados a um programa de recuperação têm uma forte âncora, na continuidade normal dos negócios deve ser verificada [...]. É importante frisar que a continuidade do negócio é uma premissa com algum grau de abstração vinculada à fonte do direito contábil [...]. Para o diagnóstico de indícios ou evidência de descontinuidade, as inspeções e pesquisas doutrinárias ligadas às ciências, jurídica e contábil, se entrelaçaram com tamanha intensidade que é praticamente impossível imaginar tal diagnóstico, com ausência destas verdadeiras salvaguardas da aplicação do direito contábil, posto que auxiliam a interpretação e a aplicação da norma aos casos concretos. Este diagnóstico, de descontinuidade ou continuidade normal dos negócios, gera responsabilidade do contador avaliador, quanto à característica do desígnio da continuidade operacional dos negócios, o qual será base para a aceitação ou a refutação do plano de recuperação judicial ou extrajudicial.

Alguns dos estudos brasileiros mais recentes que tratam da questão de falência e insolvência foram publicados no livro *Teoria avançada da Contabilidade*, organizado por Iudícibus e Lopes (2004), tendo como autores do capítulo em questão Mário e Aquino (2004). O estudo resgatou o contexto histórico na área de insolvência registrado em toda a esfera científica, enfatizando o contexto da existência de uma lacuna do fenômeno da insolvência, ou seja, do momento do estado da insolvência até o da decretação da falência.

Com base nesses estudos, podem ser identificados os motivos que levam a empresa a chegar a tal quadro e também verificar uma possível previsão dessa situação.

Diante de uma situação de insolvência patrimonial, a interpretação da viabilidade econômica e financeira de uma empresa deve basear-se na identificação de sua visão sistêmica e estratégica do processo como um todo (SILVA, 2005). É importante também estudar as condições estruturais, operacionais e administrativas em que empresa se encontra, antes mesmo de dar prosseguimento ao pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, uma vez que, dependendo da gravidade da situação de sua crise econômico-financeira, já não caberia outro recurso senão sua própria liquidação (CARVALHO, 1997).

A ciência da Contabilidade, segundo Iudícibus (1997), tem como objeto de estudo o patrimônio constituído de bens, direitos e obrigações, com o objetivo de captar, registrar, acumular, resumir e interpretar todos os fenômenos que afetam a situação patrimonial de uma organização (IUDÍCIBUS, 2006). Como ciência, além de acumular registros e de sua técnica milenar de debitar e creditar, também se presta a investigar os fenômenos que os alteram, buscando identificar a melhor forma de interpretar a estrutura patrimonial de uma empresa, do ponto de vista econômico-financeiro. Contribui ainda para a teoria da insolvência Carvalho (1997):

> Diante de uma situação de insolvência patrimonial, a interpretação da viabilidade econômica e financeira de uma empresa deve basear-se na identificação de sua visão sistêmica e estratégica do processo como um todo (SILVA, 2005). É importante também estudar as condições estruturais, operacionais e administrativas em que empresa se encontra, antes mesmo de dar prosseguimento ao pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, uma vez que dependendo da gravidade da situação de sua crise econômico-financeira, já não caberia outro recurso, senão a sua própria liquidação.

Diante do sistema de funcionamento das organizações, Catelli (2001, p. 39) aborda a empresa em relação a seu funcionamento sistematizado, inserida em um ambiente em que, por meio de transformação dos recursos, objetiva a geração de produtos. Dessa forma, Catelli (2001, p. 39) apresenta um sistema dinâmico e aberto, objetivando a transformação desses recursos

diante de vários processos interdependentes, que são as atividades em produtos ou serviços. As irregularidades operacionais na transformação dos recursos no ambiente sistematizado e interdependente podem resultar na crise econômico-financeira, e o agravamento desta situação pode acarretar a extinção da empresa.

A falência do ponto de vista contábil e financeiro é o processo legal em que a empresa estabelece condições para o ressarcimento dos recursos aos credores, diante de uma incapacidade financeira. Mediante os institutos da concordata e falência, Mário e Aquino (2004, p. 222) indicam como "auxiliar na melhoria da situação de empresas em dificuldades financeiras, permanente ou temporariamente em prol do bem-estar social e da melhor utilização dos recursos econômicos". Acrescentam ainda que pode servir como uma decisão da continuidade dos negócios, uma vez que, não se mantendo em continuidade, sua liquidação dar-se-á por meio do processo da falência ou poderá aguardar que um de seus credores tome essa iniciativa. De acordo com Hoog (2018, p. 47),

> Para a política contábil, o estado de insolvência é caracterizado pela combinação do efetivo estado patrimonial deficitário com a cessação dos pagamentos regulares das dívidas. A insolvência revela-se pela incapacidade patrimonial, econômica ou financeira de satisfazer regularmente as obrigações. A declaração de insolvência jurídica produz vários efeitos, como vencimento antecipado das dívidas do insolvente e a arrecadação de todos os seus bens para a satisfação dos seus credores pela partilha do resultado da liquidação dos bens. O devedor insolvente perderá o direito de administrar e dispor dos seus bens, ficando essa administração da massa patrimonial do insolvente sob responsabilidade de um administrador, que será escolhido pelo juiz do processo, quiçá, entre os maiores credores.

Sá (2004, p. 142) assim concebe a falência: "O estado falimentar, motivado pela insolvência ou absoluta incapacidade de pagamento de obrigações, pode decorrer de muitos motivos, inclusive o de intuito de fraude contra terceiros".

Portanto, quando uma empresa encontra-se sem condições para saldar suas dívidas com seus credores, configura-se o estado de insolvência patrimonial.

Para que os credores possam analisar e definir se aceitam ou rejeitam a recuperação de uma empresa, é necessária a realização de um estudo de viabilidade (econômica e financeira) nos programas de recuperação judicial ou extrajudicial. Portanto, com a hipótese de solução para a insolvência - patrimônio líquido a descoberto (a fim de viabilizar a retomada dos negócios, preservando a entidade e sua função social) - deve-se considerar uma análise de balanço da situação em que se encontra a célula social bem como uma projeção das situações patrimoniais (HOOG, 2018).

Os índices mais comuns para avaliação são: "Liquidez Geral; Liquidez Corrente; Solvência Geral; partição de capital de terceiros em relação ao passivo total; Taxa de Retorno do Investimento e valor mínimo do patrimônio líquido" (HOOG, 2018, p. 63).

De acordo com Mário e Aquino (2004), na "previsão de insolvência e de risco", denominada pelos autores como "linha de pesquisa", existem três sublinhas, as quais são apresentadas no Quadro 2 a seguir:

Quadro 2 - Sublinhas da linha de "previsão de insolvência e de risco"

Sublinhas	**Precursores**	**Principal objetivo**
Indicadores contábeis	Beaver e Altman	Encontrar os melhores índices em capacidade de prever insolvência.
Teoria das opções	Black-Scholes e Merton	Prever a probabilidade de insolvência, baseando-se em dados de mercado.
Modelo de mercado	Ball e Brown	Estimar risco.

Fonte: MÁRIO; AQUINO, 2004, p. 193.

Os autores explicam que a Contabilidade desempenha importante papel nesse quesito, subsidiando as informações necessárias em análise com técnicas multivariadas na previsão de insolvência bem como em conjunto com os modelos de mercado na estimativa de risco. Também existe o estudo que, por meio da teoria de opções, estima a insolvência com dados de mercado. Salientam ainda que "a estimativa de risco serve ao gestor (quando

o risco está relacionado aos projetos da empresa) e ao investidor (quando o risco está relacionado à empresa inteira), sempre considerando uma situação em que a empresa esteja operando normalmente" (MÁRIO; AQUINO, 2004, p. 193).[178]

Quadro 3 - Resumo dos principais trabalhos identificados na literatura em "previsão de insolvência e de risco"

Autor	Índice(s)/Equação	Técnica	Considerações
Beaver (1966)	Geração de caixa sobre o exigível total; Lucro sobre ativo total.	a) empresas são aleatoriamente divididas em duas subamostras; b) empresas são aleatoriamente divididas em duas subamostras; c) para dado índice, os dados da primeira amostra são dispostos em ordem crescente; d) busca-se encontrar um índice-limite ou um ponto crítico (tentativa e erro); e) o ponto crítico para a primeira subamostra é usado para dizer a situação de falência das empresas na segunda subamostra; f) semelhantemente, um ponto crítico ideal foi derivado para a segunda subamostra e foi usado para predizer a situação de falência das empresas da primeira amostra; g) completado esse processo, tem-se a capacidade de predição dos índices.	O erro da classificação foi de 13% para um ano antes da falência. O resultado obtido pelo autor contradisse a hipótese inicial de superioridade dos índices correntes. Evidências indicam que medidas de ativos não líquidos predizem a falência melhor do que as de ativos líquidos, nos anos imediatamente antes da falência.

178 "Entende-se por operação normal, aqui, quando a empresa, na consecução de operações e negócios, mesmo com seus resultados e desempenho deteriorando-se, não chegou ao ponto de ser obrigada a entrar em uma negociação pré-falimentar com os credores" (MÁRIO; AQUINO, 2004, p. 193).

Altman (1968)	Zscore = $0{,}012X_1 + 0{,}014X_2 + 0{,}033X_3 + 0{,}006X_4 + 0{,}000X_5$ onde: X1 = Capital Circulante Líquido / Ativo Total; X2 = Lucros Acumulados / Ativo Total; X3 = Lucro Antes de Juros e Impostos / Ativo Total; X4 = Valor de Mercado do Pl / Passivo Exigível a Valores Contábeis; X5 = Vendas / Ativo Total.	Analisou a acurácia da previsão para os cinco anos antes da insolvência, ano a ano. Adotou procedimentos para obter uma função estatística ao teste de um único índice (análise univariada) que utilizasse vários índices de uma só vez. Servindo-se do ferramental estatístico da análise discriminante.	Atingiu um nível de acertos de classificação de 95%, para um ano antes da falência, decaindo até cinco anos antes (36% de acertos). As conclusões dessa pesquisa foram: a) os índices mostraram deterioração o maior quando se aproximam do ano da falência; b) as moires mudanças nos índices ocorrem entre dois e três anos antes da falência.
Deakin (1972)	$\tilde{d}' \sum_{\tilde{}} -1\ \tilde{d}\sim X_{p^2}$ Onde: = vetor de linha dos escores de desvio; = vetor de coluna dos escores de desvio; = matriz de variância-covariância da população; p = graus de liberdade da distribuição qui-quadrado e igual ao número de elementos na pontuação de desvio.	Após analisar os estudos de Beaver (1966) e Altman (1968), o pesquisador identificou os pontos fracos em ambos os modelos (principalmente no que tange ao a acurácia na distância da data de previsão de falência), iniciando com os mesmos 14 índices de Beaver estabelecendo uma relação linear que melhor predizem a falência para cada ano, desenhando uma regra de decisão para ser validade sobre uma amostra representativa (cross sectional). Usou o r de Spearman (por postos) para avaliar o grau de relação entre as amostras no teste dicotômico; e adotou a análise discriminante como forma de combinar as variáveis.	Identificou uma acurácia de 80 % de acertos de classificação para um ano antes da falência na primeira análise. E na segunda fase, identificou níveis baixos de classificações erradas para os três anos antes da falência (3% e 4,5%) e altos para os anos 4 e 5 (21% e 17%).

Altman, Haldeman e Narayanan (1977)	$ZETA_c = In\frac{q_1 c_I}{q_2 c_{II}}$ onde: ZETAc = ponto de corte ótimo; q1 = probabilidade prévia de falência; cI = probabilidade prévia de não falência; q2 = custos dos erros Tipo I; cII = custos dos erros Tipo II. $EC_{ZETA} = q_1 \frac{M_{12}}{N_1} c_I + q_2 \frac{M_{21}}{N_2} c_{II}$ onde: ECZETA = custo esperado do erro; M12 = erros tipo I observados (misses); M21 = erros tipo II observados (misses); N1 = número de observações no grupo falido; N2 = número de observações no grupo não falido.	Com a finalidade de melhorar o primeiro modelo desenvolvido, Z-score por Altman (1968), os autores propuseram cinco elementos no novo modelo: a) mudanças no tamanho médio (ativo) das empresas falidas [...]; b) adaptável às características temporais dos dados (reestimação dos coeficientes); c) modelos concentrados em ramos específicos [...] com ajustes analíticos; d) para aumentar a capacidade preditiva do modelo, anteciparam mudanças nos padrões de demonstrações e princípios contábeis [...] (leasing, reservas de contingência e de revalidação, interesses minoritários e ativos/passivos diferidos, dados não consolidados, goodwill e intangíveis e capitalização de pesquisa e desenvolvimento); e) para testar controvérsias sobre o emprego da análise discriminante.	Acurácia do novo modelo de 90% para um ano antes da falência e 70% para cinco anos antes; trabalho com varejo e manufatura não afetou os resultados negativamente; utilização de critérios a priori de probabilidade de custos de erro de classificação; o modelo linear surpreendentemente superou o modelo quadrático, indicado como mais apropriado, devido a relações não lineares, mas não empiricamente indicado. O modelo final contava com sete variáveis selecionadas por meio de um processo de redução: X1 = Retorno dos ativos (Ebit/Ativo Total); X2 = Estabilidade dos lucros (erro padrão da estimativa de Ebit/Ativo Total); X3 = Serviço da dívida (log Ebit/Juros totais pagos); X4 = Lucratividade acumulada (Lucros Retidos/Ativo Total); X5 = Liquidez (Liquidez Corrente); X6 = Capitalização (Preço de ações ordinárias/Patrimônio Líquido a valor de mercado); X7 = Tamanho (log Ativo Total).

Ohlson (1980)	$l(\beta) \equiv \sum_{i \in S_1} \log P(X_i, \beta) + \sum_{i \in S_2} \log(1 - P(X_i, \beta))$ Onde: β = um vetor de parâmetros desconhecidos; Xi = um vetor de preditores para a i-observação; P(Xi,β) = a probabilidade de falência para qualquer dado Xi e β; P = uma função de probabilidade, 0 ≤ P ≤ 1; S1 = o (índice) conjunto de empresas falidas; S2 = o conjunto de empresas não falidas; X1 = Size (log ativo total/índice de nível de preços GNP); X2 = TLTA (passivo/ativo total); X3 = WCTA (capital de giro/ativo total); X4 = CLCA (passivo circulante/passivo circulante); X5 = OENEG (1 se passivo total excede ao ativo ou 0 em caso contrário); X6 = NITA (lucro líquido/ativo total); X7 = FUTL (geração bruta de caixa/passivo); X8 = INTWO (1 se o lucro líquido foi negativo nos dois últimos anos ou 0 em caso contrário); X9 = CHIN (, onde nit é o lucro do período mais recente).	Para qualquer função especificada P, as estimativas da máxima verossimilhança de β1, β2 ..., são obtidas resolvendo: . Na ausência de uma teoria positiva da falência, não há solução fácil para o problema de selecionar uma classe apropriada de funções P. Como uma questão prática, tudo o que se pode fazer é escolher com base na simplicidade computacional e interpretativa. Uma dessas funções é a função logística: $P = (1 + exp\{-y_i\}^{-1}$, onde $y_i \equiv \sum_j \beta_j X_{ij} = \beta' X_i$. Existem duas implicações que devem ser mencionadas. Primeiro, P está aumentando em y; segundo, y é igual a log[P/(1 - P)]. O modelo é, portanto, relativamente fácil de interpretar, e esta é a sua principal (e talvez única) virtude.	A aplicação do modelo indicou deterioração aos índices entre os grupos de empresas não falidas, com dados de um ano antes e de dois anos antes da falência, o que surpreendeu o autor. As diferenças são significativas ao nível de 5%, com índices likelihood altos para todos os três modelos (84%, 80% e 72%), além de percentuais de acertos de classificação acima de 90%, considerando-se ponto de corte (cut-off) de 0,5, ou seja, Probabilidade P>0,5 indica que a empresa é do grupo das falidas.

Fonte: MÁRIO; AQUINO (2004) (adaptado).

Vale ressaltar que os estudos supracitados no Quadro 3, têm algumas limitações em alguns dos métodos, índices, parâmetros e variáveis e, por isso, "constantemente" surgem novos pesquisadores propondo novo modelo ou ajustes nos anteriores, não obstante já ser possível identificar que há alguns métodos que possibilitem estabelecer previamente a possibilidade de

insolvência, dando contribuições, como apresentado no sinótico do Quadro 4 a seguir:

Quadro 4 - Sinótico: contribuições

Fitz Patrick	- índices-padrão.
Winakor e Smith	- mudanças sofridas individualmente, em todo grupo;
	- deterioração dos índices.
Merwin	- faixa de variação;
	- "média calculada".
Tamari	- "conjunto ponderado";
	- pesos;
	- pontuação particular da empresa;
	- índices eram indicadores;
	- baixas notas não necessariamente indicariam falência.
Beaver	- classificação dicotômica;
	- ponto crítico ideal.
Altman	- análise discriminante;
	- sem a utilização de critérios arbitrários.
Backer e Gosman	- pesquisas sobre o nível de liquidez;
	- entrevistas;
	- contador ou a SEC anunciariam deficiências de liquidez;
	- teste T.
Letícia Topa	- probabilidade subjetiva;
	- pesos deveriam ser atribuídos pelos responsáveis da área de crédito;
	- teorema de Bayes.

Fonte: Adaptado de MÁRIO, 2002, p. 39; MÁRIO; AQUINO, 2004, p. 194.

Uma das formas de se calcular o nível de solvência/insolvência é a análise discriminante, a qual foi utilizada por Mário (2002) em seu estudo, desenvolvendo a equação discriminante com base nos índices X_3 (ativo

circulante menos estoques sobre passivo circulante), X_{14} (estoque sobre ativo total), X_{15} (exigível a curto prazo sobre ativo total) e X_{17} (estoques sobre os custos dos produtos vendidos). Assim, obteve-se a seguinte equação:

$$P2 = 2{,}037428 + 0{,}313786X_3 + 0{,}072495X_3{}^2 - 0{,}451487X_{14} - 1{,}928393X_{15} + 1{,}172752X_{15}{}^2 - 0{,}008916X_{17}{}^2$$

Esse modelo apresentou uma taxa de pouco mais de 84% de acerto na classificação de solvência/insolvências das empresas, valendo salientar que, além prever a insolvência das empresas da amostra, foi possível avaliar se aquelas empresas que estavam em concordata teriam condições de sair desse processo. Dessa forma, é possível esse método ser um subsídio nas decisões de concessão ou não da recuperação judicial.

O autor ressalta que o modelo pode não ser "totalmente" generalizado para ambientes e tempos distintos de sua amostra, mas ele indica possíveis ajustes que devem ser realizados em variáveis de novos estudos e análises.

Há um aspecto muito importante a ser aprofundado que versa quanto ao tratamento contábil dado à ME e EPP, quando observado o Código Civil e ainda na própria LRF, no tocante aos documentos contábeis, regido pelo parágrafo 2º do artigo 51 da LRF: "Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica", de tal forma que, em tese, na petição inicial, dispensaria documentos e informações importantes:

> II - as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
>
> a) balanço patrimonial;
>
> b) demonstração de resultados acumulados;
>
> c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
>
> d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; [...] (artigo 51, Lei nº 11.101/05).

Assim, levaria subjetivamente aos credores a informação quanto à sua situação econômico-financeira, principalmente sua situação patrimonial, e ainda as formalidades dos registros dos eventos registrados em contabilidade. Mas esse é o entendimento de alguns atores, talvez desprovido de conhecimento técnico, no contexto contábil, conforme Toledo Junior (2016, p. 182):

> Por fim, vale lembrar que a micro e pequena empresa está dispensada de alguns documentos contábeis, o que facilita sobremaneira a preparação da documentação para ajuizar o pedido de recuperação, sendo, portanto, uma facilidade considerável, já que a documentação inicial demanda muito tempo para sua preparação.

Do ponto de vista de assegurar informações fidedignas quanto ao patrimonial da empresa, não há outra saída a não ser a apresentação das demonstrações contábeis, visando a dar credibilidade, transparência e segurança aos credores, uma vez que somente pelos procedimentos contábeis, formais e legais, diante das regras impostas pela legislação empresarial, tanto da escrituração tratada pelo Código Cível quanto do arquivamento dos atos empresariais, passando ainda por normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Contabilidade.

> Três instrumentos básicos serviram para fornecer as informações que permitiram identificar os objetivos desta pesquisa. Apesar de ser sua obrigação executar o acompanhamento das atividades da empresa em recuperação judicial e elaborar o RMA, o administrador judicial estabelece condições claras de não auditar as informações financeiras, bastando observar os relatórios apresentados pela gerência das "companhias". Assim, o administrador judicial que implementou esta atividade foi a Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Foi possível identificar que os primeiros RMAs não contem-

> plavam informações tão completas, como as apresentadas no último relatório analisado (janeiro de 2007). Porém, ao observar o RMA de junho de 2006, quando foi apresentado pela última vez este tipo de informação, o resultado era de redução de passageiros transportados nas rotas domésticas (MORAIS; MÁRIO, 2018, p. 11).

Justifica-se, no entanto, que seja adotado no relatório mensal do administrador o procedimento de gerar informações no processo da situação econômica por meio dos índices contábeis, índice de insolvência, pelas DFC e DVA, bem como a análise em conjunto destes, trazendo maior objetividade aos conceitos e técnicas.

Dessa forma, nos estudos que tratam dos indicadores contábeis trazidos da Ciência Contábil para evidenciar a situação patrimonial das empresas utiliza-se de técnicas para analisar cada índice e sua relação com o desempenho patrimonial e de *performance* da empresa, analisando os índices entre dois exercícios sociais.

Tem-se que os indicadores devem ser utilizados em conjunto, para fins de identificação completa e mais assertiva, para avaliar o desempenho patrimonial como um todo. Esses indicadores contribuem, muitas vezes, para respostas específicas quando se quer saber a situação de insolvência da empresa, podendo valer-se de índices, aferindo-os em uma escala, propiciando identificar o grau de insolvência de uma empresa, em que estado de insolvência ela esteve no exercício social anterior e sua evolução. A tomada de decisão ante os indicadores apontados pode levar a uma melhor interpretação pelos agentes econômicos envolvidos no processo de recuperação judicial de uma empresa.

Juntando-se esses instrumentos e enfatizando o contexto do conflito da exigência da escrituração contábil do empresário, bem como dos estudos das demonstrações contábeis, entre elas a DFC e a DVA, fundamenta-se para uma proposição para o aperfeiçoamento do processo de recuperação judicial, em especial para as ME e EPP.

4. Em prol do aprimoramento do Direito Recuperacional para as ME e EPP

As atuais condições dos procedimentos da recuperacional para as ME e EPP, evidenciadas neste estudo, comprovam que as microempresas não utilizam do ordenamento especial ou plano especial.

No universo de empresas que buscam a instituto recuperacional brasileiro percebe-se pelas informações do Serasa (2018), que as microempresas e empresas de pequeno porte tem em média o três vezes mais requerimentos, tanto para falência quanto para recuperação judicial conforme Tabela 1.

Tabela 1 -Requerimento de falência e recuperação judicial

Mês	Falências				Recuperações Judiciais			
	Requeridas				Requeridas			
	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total
Jan-18	46	15	18	79	32	15	16	63
Feb-18	48	29	19	96	83	36	13	132
Mar-18	66	26	29	121	122	40	28	190
Apr-18	63	24	34	121	105	15	13	133
May-18	92	22	37	151	84	30	22	136
Jun-18	57	32	29	118	48	34	17	99
Jul-18	66	34	27	127	52	26	19	97
Aug-18	74	40	39	153	74	33	25	132
Sep-18	69	30	26	125	54	24	12	90
Oct-18	79	33	28	140	68	22	17	107
Nov-18	59	27	37	123	71	28	19	118
Dec-18	42	43	20	105	78	24	9	111
Jan-19	39	20	16	75	62	25	8	95
Feb-19	59	39	24	122	36	17	20	73
Mar-19	44	25	20	89	47	24	8	79
Apr-19	70	29	32	131	74	27	23	124
May-19	84	33	46	163	48	28	27	103
Jun-19	51	30	17	98	92	24	28	144
Jul-19	88	39	44	171	120	36	20	176
Aug-19	71	23	31	125	94	24	24	142
Sep-19	84	18	24	126	60	21	13	94

Fonte: Serasa adaptado (dez /2019)

Os números apontados pelo Serasa vêm demonstrando a redução das empresas em requerer a recuperação judicial sem se beneficiarem do ordenamento especial o que se observa ao longo do período analisado Gráfico 1.

Gráfico 1- Requerimento e deferimento de recuperação judicial

Fonte: Serasa, 2018 (adaptado).

Há indícios de que a adoção da recuperação ordinária em substituição do ordenamento especial pode ser, num primeiro momento, pela determinação de quantidade de parcelas a serem liquidadas aos credores.

No instituto recuperacional, tem-se que os aspectos contábeis podem ser aplicados de forma mais específica, visando a atender as proposições, observando inicialmente os principais procedimentos do processo especial. Nesse sentido, as proposições aqui apresentadas versam para que sejam atendidas de acordo com o observado e realizado na fase postulatória do processo, pois sua eficiência gera efeito na fase deliberativa e de execução, porque preventivamente as proposições permitirão o devido aperfeiçoamento do processo da LRF.

Inicialmente cabe abordar aqui que os tratamentos dados pelo Conselho Federal de Contabilidade quanto aos preceitos da profissão e da

Contabilidade não são abrangidos ;como normas no Direito Empresarial, nesse sentido, percebe-se um conflito de procedimentos adotados na Contabilidade, pelo contador em relação ao administrador/representante legal da empresa. A administração deve cumprir as regras comerciais emanadas do contexto empresarial, seja ela empresarial (Código Civil), fiscal (Código Tributário). No entanto, o empresário não está adstrito a estabelecer as regras do CFC, mas, ao contratar o profissional de contabilidade para realizar os registros contábeis, o contador deverá cumprir não apenas a regra prevista nos ordenamentos de Direito, mas também aos determinados pelas Normas Brasileiras de Contabilidade.

Nesse contexto, gera-se um conflito diante das premissas da AED, na teoria do conflito de agência, na figura do administrador se depara com exigências da Contabilidade, na figura do contador, uma vez que, para fazer cumprir a escrituração contábil, determinada da NBC, deverá requerer mais informações e documentos da gestão dos negócios. A exigência da escrituração da empresa dispensa o livro diário, por consequência, dispensa toda a gestão dos documentos oriundos da administração, assim como apresenta que Pimenta (2006, p. 105):

> Deste modo, devem acompanhar a petição inicial da recuperada todos os livros e documentos contábeis exigidos por lei do empresário ou sociedade empresária requente, sob pena de inadmissibilidade do pedido de recuperação dada a irregularidade do requerente e consequente omissão do requisito previsto pelo art. 48,I.

Dessa forma, a legislação específica regula ainda a necessidade dos livros contábeis para que possa cumprir o requisito quanto ao requerimento da recuperação judicial. Dessa forma, partimos para as seguintes proposições:

a) relatório pericial preliminar, contendo os preceitos indicadores contábeis e de insolvência;

b) os livros contábeis, realizados conforme as Normas Brasileiras de Contabilidade, atendendo ainda as exigências fiscais, entre outras exigências;

c) evidenciação da geração de riqueza gerada e distribuída por meio da DVA;

d) apresentação da DFC, como forma de aferir a capacidade de geração de caixa; e

e) aplicação desses instrumentos no relatório mensal do administrador.

No contexto da perícia preliminar, esta se fundamenta na jurisprudência que surgiu na jurisdição de São Paulo e vem sendo aplicada, mesmo diante de diversos recursos contra tal decisão, uma vez que o magistrado o aplica sem ter previsão legal no ordenamento recuperacional.

No Estado de Minas Gerais, nas duas Varas Empresariais, há também a mesma necessidade de conferir ao magistrado, por meio da perícia contábil, se os preceitos do artigo 51 vêm sendo estabelecidos. Isso até surgir uma recomendação técnica por meio da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no sentido de contar o cumprimento dos pressupostos e requisitos do artigo 51 por meio de perícia prévia.

> RECOMENDAÇÃO Nº 9/2017 Recomenda a produção de prova pericial prévia ao pedido de recuperação judicial, nos casos em que não for possível verificar, de plano, os requisitos do artigo 51 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como sobre o prazo máximo para apresentação do laudo pericial ao juízo. O CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso das atribuições que lhe conferem incisos XIV e XVII do art. 32 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aprovado pela Resolução do Tribunal Pleno nº 3, de 26 de julho de 2012, CONSIDERANDO que a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, "regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", determinando os requisitos e pressupostos para o pedido e o processamento da recuperação judicial; CONSIDERANDO os poderes instrutórios do juiz de

> direito na busca da verdade real e a segurança jurídica que se espera do Direito Positivo; CONSIDERANDO a necessidade de coibir eventual abuso do direito de recuperação judicial; CONSIDERANDO a orientação da Corregedoria Nacional de Justiça, extraída das Inspeções nº 0001029 56.2016.2.00.0000 e nº 0005806 21.2015.2.00.0000; CONSIDERANDO a decisão do Comitê de Assessoramento e Deliberação da Corregedoria Geral de Justiça, exarada na reunião realizada em 9 de junho de 2017; CONSIDERANDO o que ficou consignado no processo do Sistema Eletrônico de Informações SEI nº 0050252 77.2017.8.13.0000, RECOMENDA aos juízes de direito da Justiça de Primeiro Grau do Estado de Minas Gerais, para fins de deferimento do pedido de recuperação judicial, a produção de prova pericial, quando, pela análise da documentação anexada à petição inicial, não for possível constatar, de plano, os pressupostos e requisitos exigidos pelo art. 51 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que "regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária". RECOMENDA, ainda, diante da necessária celeridade para avaliar o pedido de recuperação judicial, que a nomeação do expert seja imediata, estabelecendo se o prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contados do ato de nomeação, para a apresentação do laudo pericial ao juízo. Belo Horizonte, 22 de junho de 2017. Desembargador ANDRÉ LEITE PRAÇA, Corregedor-Geral de Justiça (MINAS GERAIS, 2017).

Dessa forma, vê-se fundamento para que a perícia possa ser realizada antes mesmo da petição inicial requerendo a recuperação judicial, a qual evitaria que o processo já tivesse andamento dos prazos recursais, evitando protelação e gastos extras com procedimento da perícia e ainda com possíveis conflitos processuais. Dentro desse procedimento, o parecer deve ser construído de forma a apresentar os indicadores patrimoniais e de insolvência, permitindo assim uma informação objetiva, pois, sem dados

quantitativos, não se pode aferir a exposição de causa econômico-financeira, requerida no comando da LRF (inciso I do artigo 51).

Quanto à escrituração contábil, deve-se ter o entendimento, por parte do devedor, de que o principal instrumento para aderir a diversas informações comerciais, patrimoniais está resguardado pela escrituração contábil, sob a égide contábil e da exigência normativa de registro público, conferindo aos livros contábeis e ao que neles se encontra registrado fé pública aos dados ali contidos. Essas informações contemplam o balanço patrimonial e de resultados, conforme normatização do CFC. Tais preceitos reduzem gatos com procedimento pericial e ainda reduz a assimetria informacional quanto ao levantamento da dívida aos credores, a informações financeiras, entre outras questões extraídas desses livros contábeis.

A demonstração do valor adicionado (DVA), que visa a indicar a riqueza gerada e distribuída, é um dos mais importantes instrumentos que conferem segurança ao magistrado, ao se deparar com as informações de quanto aquela empresa contribui com a geração econômica aos funcionários, ao fisco, bem como aos credores e aos próprios investidores. A DVA deve ser apresentada também com base nos três últimos exercícios, propiciando a comparação e evolução deste. Contribui, portanto, com a simetria informacional eficiente, tendo como parâmetro a condição de perceber a função social daquela empresa pela geração de riqueza distribuída.

Em relação à proposição de apresentação da demonstração do fluxo de caixa (DFC), esse relatório individual contribui para evidenciar a geração de caixa líquido do período das atividades operacionais da empresa, bem como a gestão de recursos utilizados como investimento e financiamento. Também é um importante instrumento para verificarem-se sistematicamente os exercícios passados, assim como identificar a previsão de fluxo de caixa apresentado no plano de recuperação.

Por fim, tem-se ainda a proposição, que visa a ajustar o relatório da administração (letra "c", inciso II do artigo 22 da LRF) com os demais instrumentos descritos como aprimoramentos aqui expostas, de forma a prover o Judiciário da simetria informacional do devedor, de maneira que os números apresentados possam trazer entendimento mais dinâmico aos olhos do Judiciário, assim como aos credores.

5. Conclusão

Pretende-se, portanto, que com as ponderações citadas o Judiciário receba o requerimento do pedido de recuperação judicial, incluído um parecer pericial preliminar.

Para tanto, o parecer estaria balizado pelos modelos contábeis dos indicadores de insolvência, de liquidez, bem como a exposição do fluxo de caixa gerado nos três últimos anos pelo relatório contábil de demonstração de fluxo de caixa. Ainda, seria necessário haver, no parecer pericial preliminar, a informação da riqueza gerada e distribuída por meio do balanço social, que seria o relatório contábil das demonstrações de valor adicionado.

Tais procedimentos auxiliam, de forma objetiva, a evidenciar o princípio da preservação da empresa, baseado na função social da empresa: a riqueza gerada por esta e quanto ela distribui no contexto de funcionários, de tributos, de credores, bem o lucro gerado aos investidores.

A aplicação dos indicadores financeiros e contábeis também guarda as condições de estes serem apresentados na perícia preliminar, com inerência nos métodos a serem apresentados de forma padrão estudados nas academias, com resultados aplicados diante de diversos métodos científicos estudados mundialmente pelas Ciências Contábeis.

6. Referências

ASSAF NETO, Alexandre. Estrutura e análise de balanços: um enfoque econômico-financeiro. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto. A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: do caso Varig às reflexões contemporâneas. Cadernos FGV Projetos, Rio de Janeiro, a. 13, n. 33, p. 74-85, set. 2018. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/recuperacao-de-empresas. Acesso em: 25 ago. 2019.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. Análise de balanço: diagnóstico e qualificação econômico-financeira: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2018.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). Teoria avançada da Contabilidade. São Paulo: Altas, 2004.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. Contabilidade introdutória. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. Teoria da Contabilidade. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

LANA, Henrique Avelino. Depois de mais de uma década de vigência da Lei de Recuperação de Empresas e Falência: ponderações empíricas e a imperiosidade de sua alteração. Meritum: Revista de Direito da Universidade Fumec, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, 2018.

MÁRIO, Poueri do Carmo; AQUINO, André Carlos Busanelli de. Falências. In: IUDÍCIBUS, Sérgio de; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Teoria da avançada da Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2004. p. 187-222.

MÁRIO, Poueri do Carmo. Contribuição ao estudo da solvência empresarial: uma análise de modelos de previsão - estudo exploratório aplicado em empresas mineiras. 2002. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: doi:10.11606/D.12.2002.tde-06012006-152208. Acesso em: 29 jan. 2019.

MARTINS, Eliseu; MIRANDA, Gilberto José; DINIZ, Josedilton Alves. Análise didática das demonstrações contábeis. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Walter Coelho de; MÁRIO, Poueri do Carmo. Recuperação Judicial da Varig. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 25., 2018, Vitória. Anais [...].São Leopoldo: CBC, 2018. p. 11-12.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falência. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SÁ, Antônio Lopes de. Perícia contábil. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Aline Pinheiro Basilio. A perícia prévia na recuperação judicial. Repórter MT – Mato Grosso em um clique. Cuiabá, 26 nov. 2018. Disponível em: http://www.reportermt.com.br/opiniao/a-pericia-previa-na-recuperacao-judicial/86526. Acesso em: 27 nov. 2018.

TOLEDO JUNIOR, José Antônio Bueno de. De microempresas e empresas de pequeno porte localizadas no interior. In: SIQUEIRA, Júlio Teixeira de (coord.). Recuperação judicial de empresas médias e pequenas: guia prático para o credor e o devedor. São Paulo: Trevisan, 2016. p. 179-183.

SILVA, José Pereira da. Análise financeira das empresas. 13. ed. rev. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

CAPÍTULO 10

A (in)eficiência do procedimento falimentar: Considerações e Evidências acerca de aspectos que podem levar ao elevado custo dos processos de falência[179]

Fernanda Bernardes Monteiro de Castro
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

1. Introdução

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.

Todavia, para que o mercado se desenvolva de maneira saudável e possa trazer o máximo de bem-estar aos consumidores e à dinâmica da economia nacional, mostra-se necessário assegurar um ambiente hígido de competitividade entre empreendimentos comerciais em todos os setores da economia (primário, secundário e terciário). Com efeito, conforme afirma o jurista Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2006), "é consenso em diversos países que a economia de mercado com a garantia de livre concorrência é a melhor forma de maximizar o bem-estar social (ou, em termos mais adequados, a eficiência econômica)" (RAGAZZO, 2006, p. 85).

De fato, num contexto de economia de mercado em que impera o princípio da livre concorrência enquanto balizador e limitador da livre iniciativa, os agentes econômicos recebem constantes estímulos para aprimorar ao máximo sua eficiência alocativa (consistente na capacidade

179 O presente artigo foi produzido sob orientação da Prof.ª Dr.ª Natália Cristina Chaves no âmbito do Projeto de Pesquisa "Um Novo Olhar sobre o Direito Empresarial", devidamente registrado perante a Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais (PRPq UFMG).

de adequar com perfeita correspondência a produção, qualitativa e quantitativamente, e o preço à demanda e expectativa dos consumidores), sua eficiência produtiva (definida como sendo a habilidade de maximizar a produção e a distribuição em conjunto com a minimização dos custos) e sua capacidade de inovação (consistente na eficiência dinâmica, responsável por gerar evolução tecnológica, metodológica e científica). Dessa forma, a necessidade de atendimento dos anseios dos consumidores, imprescindíveis para a manutenção do ciclo econômico-produtivo gerador de riqueza, gera incentivos para que as empresas invistam em novas tecnologias, aumentem sua produtividade, melhorem suas técnicas de distribuição de produtos, ampliem a variedade de mercadorias e reduzam os preços, resultando em maior bem-estar para a população em geral.

Entretanto, tal modelo econômico que enaltece a concorrência tem como consequência natural o crescimento daqueles agentes que conseguem se adequar às exigências de progressivas e constantes melhoras na eficiência e, em contrapartida, a ruína das empresas que não obtém sucesso na tentativa de atuar eficientemente no mercado e suplantar seus competidores.

> Necessariamente do processo de disputa oriundo do modelo concorrencial há vencedores e vencidos. E os efeitos da concorrência se tornam desastrosos para os vencidos, que são obrigados a deixar o mercado, paralisando atividades, em virtude do sucesso de outros agentes econômicos. A concorrência pressupõe um ataque (por meios lícitos, é claro) de um competidor ao outro, seja pela introdução de estratégias de mercado mais eficientes ou mesmo pelo já habitual binômio melhores produtos por menores preços. [...] Dessa forma, o objetivo da livre concorrência é preservar o processo de competição e não os seus competidores. O processo de competição, no modelo concorrencial, é o que possibilita a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, contribuindo para a justiça social. (RAGAZZO, 2006, p. 86 - grifamos).

É nessa perspectiva que se insere o instituto da falência, cuja função

ontológica consiste em excluir da dinâmica do mercado os agentes que se revelaram ineficientes e incapazes de contribuir para o crescimento e desenvolvimento da economia da melhor maneira possível. Com efeito, entram em estado de quebra as empresas que, pelos mais variados motivos que implicaram ineficiência, não conseguem adimplir com seus débitos nem a longo prazo, tornando-se insolventes e, por conseguinte, economicamente inviáveis.

Sendo tal condição de inviabilidade econômica contrária aos interesses capitalistas acima explanados, 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.

Não obstante a falência seja um elemento essencial da economia de mercado baseada na livre concorrência, 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. Nesse sentido, para minorar os prejuízos advindos da bancarrota de um agente econômico mostra-se indispensável garantir a eficiência do procedimento falimentar, que 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, bem como 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.

Seguindo tal linha de raciocínio, o presente artigo tem como intuito o estudo dos custos do processo falimentar no Brasil, visando, primeiramente, a identificar alguns dos pontos que podem acarretar a ineficiência desse procedimento e prejudicar o sistema como um todo e, em segundo lugar, apresentar possíveis soluções para melhorar a efetividade do processo falimentar no cumprimento de sua finalidade social. Para tanto, foram utilizados como base teórica os dados estatísticos sobre a tramitação e o desenvolvimento de ações de falência, coletados mediante pesquisa de campo, bem como pareceres econômicos e jurídicos sobre o supracitado tema.

2. Função e finalidade do procedimento falimentar

Em princípio, para que seja possível identificar os elementos de ineficiência no procedimento falimentar e especificar quais poderiam ser as medidas adequadas para solucionar tais problemas, revela-se imprescindível determinar qual é o objetivo do procedimento de falência, sua função perante a sociedade e, a partir disso, seu ideal de eficiência a ser atingido.

Conforme explicitado alhures, o instituto da falência tem como **finalidade** promover a exclusão de um agente economicamente inviável do mercado e ressarcir credores. Contudo, conforme explicam os economistas Philippe Aghion, Oliver Hart e John Moore (1992), cujo posicionamento é apoiado por Araújo e Funchal (2006), nota-se que, para tanto, não seria estritamente necessário que o ordenamento jurídico previsse regras específicas de execução concursal.

Com efeito, o ordenamento jurídico prevê, além da falência, outros meios lícitos de promover a coerção estatal dos devedores ao adimplemento de seus débitos, tais como a ação cognitiva de cobrança, a ação monitória, a execução de títulos executivos extrajudiciais ou o procedimento de cumprimento de sentença para títulos executivos judiciais, nos quais o devedor receberá ordem de pagamento sob pena de penhora e alienação judicial de seus bens para satisfação dos credores. Ademais, em um mundo ideal de pleno exercício da autonomia privada, seria possível, também, que as regras a serem seguidas no caso de insolvência do devedor fossem estabelecidas contratualmente, de forma a refletir as particularidades de cada caso concreto (AGHION, HART e MOORE, 1992, p. 06).

Então, qual seria a função da existência do procedimento falimentar? Apesar de serem aplicáveis ou, ao menos, teoricamente cogitáveis (no caso da solução contratual), as soluções acima mencionadas, pode-se perceber que essas não se revelam eficientes e viáveis diante de uma situação de insolvência. De fato, no que concerne às supracitadas vias judiciais de cobrança de créditos, insta salientar que elas não foram pensadas e moldadas para coordenar adequadamente a hipótese de existência de uma multiplicidade de credores em face de um devedor cujos recursos são insuficientes para satisfazer a todas as suas obrigações e, portanto, sua utilização para lidar com casos de bancarrota acabaria por demonstrar-se demasiadamente custosa.

Primeiramente, ressalta-se que a "corrida desordenada" de cada credor para assegurar a satisfação de seus próprios direitos em ações individuais

pode levar a um desmantelamento ineficiente dos ativos do devedor empresário e, por conseguinte, a uma perda para todos os credores e para o mercado em geral (AGHION, HART e MOORE, 1992, p. 06). Com efeito, tais feitos independentes entre si acabam por impedir a venda conjunta de todo o patrimônio do devedor, pois em cada processo almejar-se-á apenas os bens necessários para a satisfação do crédito que lhe é objeto (art. 831 do Código de Processo Civil de 2015), dando-se preferência à coisa dada em garantia nos créditos com garantia real (art. 835, §3º, do Código de Processo Civil de 2015). Dessa forma, caso os bens da sociedade empresária ou do empresário individual apresentem maior valor agregado quando alienados em conjunto em vez de separadamente, menos recursos serão angariados para adimplir os débitos e mais dificilmente o patrimônio do devedor será realocado de forma rentável e eficiente entre os demais agentes do mercado, pois não será possível que um agente adquira todos os ativos do devedor insolvente e dê continuidade à atividade econômica interrompida de maneira mais eficiente e competitiva.

Além disso, a adoção de meios individuais de execução do devedor insolvente na hipótese de multiplicidade de credores também acaba por gerar uma competição desleal e injusta entre os diversos interessados na satisfação de seus créditos. De fato, apenas seriam satisfeitos os credores protegidos por garantias reais e aqueles cujos processos judiciais atingissem mais rapidamente a fase de penhora de bens (art. 797, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015), deixando completamente desamparados os demais.

Por sua vez, no que concerne à alternativa contratual para solução do problema de inaptidão patrimonial do devedor para solver seus débitos perante os variados credores, insta salientar que esse método, além de não ser eficaz para que um empresário seja declarado falido no ordenamento jurídico brasileiro e da maior parte dos países ocidentais (onde o status de "falido" depende da prolação de sentença constitutiva no âmbito do procedimento falimentar), revelar-se-ia extremamente difícil e custoso para as partes contratantes, haja vista exigir uma análise muito profunda de riscos e capacidade econômica dos envolvidos. Ademais, à medida que o devedor fosse firmando novos contratos com novos credores, mostrar-se-ia cada vez mais complexa a delimitação da forma mais adequada de divisão dos ativos em caso de insolvência, uma vez que, diante da eficácia meramente *inter partes* dos negócios jurídicos, tal tarefa exigiria uma rede intricada de conexões entre todos os agentes do mercado com os quais o

devedor assumisse obrigações para assegurar sua eficácia futura. Portanto, na prática, ainda que a tratativa privada das regras aplicáveis na hipótese de insolvência fosse eficaz para a decretação da falência, não seria comum que houvesse tal estipulação nos contratos firmados, tornando essencial que o Estado estabelecesse a maneira de lidar com as execuções concursais nos casos omissos ou de incompatibilidade entre contratos.

Nesse sentido, resta patente que a função do procedimento de falência definido em lei é estabelecer uma forma organizada, justa e eficiente de promover a exclusão de um agente economicamente inviável do mercado, alienar seus ativos e realizar o pagamento de seus credores, ou seja, a função do procedimento falimentar enquanto sequência predefinida de atos é de assegurar maior eficiência e coordenação para a obtenção da finalidade à qual visa o instituto da falência. Segundo explicita Fernanda Karoliny Nascimento Jupetipe, "a utilidade de o Estado estabelecer regras mínimas na falência e na recuperação decorre da necessidade de se evitar perdas durante os processos e de conduzi-los de forma organizada" (JUPETIPE, 2014, p. 10 – grifamos). Dessa forma, vale destacar que o delineamento prévio do procedimento de execução concursal no caso de insolvência não apenas assegura a realização ordenada dos ativos do falido, evitando maiores perdas patrimoniais, mas também garante maior previsibilidade e isonomia substancial para os credores no recebimento de seus créditos: "a intervenção do Estado por meio da legislação falimentar garante o direito de todos os credores aos bens do devedor e que a divisão desses bens entre eles seja feita de forma organizada centralizada e sob uma ordem preestabelecida" (JUPETIPE, 2014, p.14).

Seguindo essa linha de raciocínio, para que o procedimento falimentar, explicitado no Direito brasileiro pela Lei 11.101/2005 (recentemente alterada pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020), cumpra adequadamente sua função, atinja sua finalidade e se revele realmente útil no contexto social, torna-se necessária a máxima redução de seus próprios custos congênitos, que são classificados pela literatura jurídica e econômica como diretos, quando relacionados diretamente com as despesas administrativas e judiciais para a tramitação do processo de falência, e indiretos, quando consistentes em despesas que não decorrem da condução em si do feito falimentar perante o judiciário, mas sim de seus impactos colaterais no valor dos ativos e na dinâmica do mercado (custos de oportunidade).

> Os primeiros [custos diretos] são gastos relacionados diretamente ao processo jurídico, tais como honorários do administrador judicial e de peritos e custas judiciais; os últimos [custos indiretos] são os custos de oportunidade nos quais as empresas incorrem por participarem de um processo falencial ou de recuperação, como o tempo despendido no processo, dificuldade de obtenção de crédito, queda da receita operacional, recebimento da dívida com deságio, dentre outros. (JUPETIPE, 2014, p. 10).

Conforme demonstram estudos conduzidos por Warner (1977); Weiss (1990); Djankov, La Porta, Lopez-de-Silvanes e Shleifer (2003); Bris, Welch e Zhu (2006); Djankov, Hart, McLiesh e Shleifer (2008); Jupetipe (2014); Fundação Getúlio Vargas (2010 - Série "Pensando o Direito") e o Banco Mundial (2019 - *Doing Business*), entre outros autores e instituições, os custos diretos e indiretos do procedimento falimentar podem e costumam representar percentuais extremamente elevados dos ativos das empresas insolventes, o que acaba por acarretar ineficiência, diminuição dos recursos destinados ao ressarcimento dos credores e externalidades negativas *ex ante* para a concessão de crédito no mercado.

Dessa forma, visando a minimizar os aspectos ineficientes do procedimento falimentar e, por conseguinte, reduzir seus custos e maximizar a consecução de seus benefícios para resolução de casos de insolvência de um devedor perante uma multiplicidade de credores, estudiosos da área jurídica e econômica se dedicaram a identificar quais seriam as características básicas para assegurar que uma ação de falência se revele eficiente na prática e seja apta a cumprir sua função. Nessa perspectiva, o professor da escola de economia da Universidade de Harvard, Oliver Hart (2000), elaborou três metas fundamentais a serem almejadas na condução de procedimentos falimentares para dar concretude ao seu ideal de eficiência procedimental, quais sejam, (1) Meta 1: *Ceteris paribus*, um bom procedimento falimentar deve apresentar um resultado *ex post* eficiente; (2) Meta 2: Um bom procedimento falimentar deve preservar a obrigatoriedade de adimplemento dos débitos, apenando adequadamente os administradores e sócios da falida; (3) Meta 3: Um bom procedimento falimentar deve preservar a prioridade absoluta dos créditos, ressalvada a possibilidade de reservar parte dos ativos para os

sócios (HART, 2000, p. 4-5)[180].

Com o intuito de esquematizar os supracitados ensinamentos de Oliver Hart, vale colacionar o seguinte quadro sinótico, que segue o modelo elaborado pela economista Jupetipe (2014), mas conta com algumas adaptações pessoais:

META 1: Ceteris paribus, um bom procedimento na insolvência deve entregar um resultado ex post eficiente (HART, 2000 apud JUPETIPE, 2014).	"O procedimento falimentar deve maximizar o valor total (medido em termos monetários) disponível a ser divido entre os devedores, credores e outras possíveis partes interessadas" (HART, 2000 apud JUPETIPE, 2014). É nesse ponto que surge a necessidade de avaliar qual é a maneira mais adequada de valorizar ao máximo o patrimônio da falida para fins de ressarcimento dos credores, selecionando-se, por exemplo, entre extinção ou prosseguimento dos contratos da sociedade falida (art. 117 e art. 118, ambos da Lei 11.101/2005), entre permitir ou não a aquisição ou adjudicação dos bens por parte dos credores (art. 111 da Lei 11.101/2005), entre a remoção ou não dos bens arrecadados (art. 112 da Lei 11.101/2005), entre promover ou não a venda antecipada dos bens (art. 113 da Lei 11.101/2005), entre celebrar ou não novos contratos referentes aos bens da falida (art. 114 da Lei 11.101/2005) ou entre os diversos modos autorizados por lei para alienação dos ativos da falida (art. 140, incisos e §1º, da Lei 11.101/2005).

180 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Hart (2000). Excerto original: *(1) Goal 1: Ceteris paribus, a good bankruptcy procedure should deliver an ex post efficient outcome; (2) Goal 2: A good bankruptcy procedure should preserve the bonding role of debt by penalizing managers and shareholders adequately in bankruptcy states; (3) Goal 3: A good bankruptcy procedure should preserve the absolute priority of claims, except that some portion of value should possibly be reserved for shareholders.*

META 2: Preservar a obrigatoriedade de adimplemento dos débitos, apenando adequadamente os administradores e sócios da falida (HART, 2000).

A segunda meta, diferentemente da primeira, é concernente à eficiência ex ante do procedimento falimentar (HART, 2000). Com efeito, segundo Hart, é necessária a previsão de algum tipo de punição para incentivar as empresas a pagar os débitos contraídos mediante empréstimos, como por exemplo a inabilitação para exercício da atividade empresarial (art. 102 da Lei 11.101/2005). "Uma forma simples de punir acionistas na falência é respeitar a prioridade absoluta dos credores [ver meta 3]. Isso ajuda a garantir que os credores recebam razoavelmente seus direitos e os encoraja a conceder empréstimos. Essa também seria uma forma de fazer com que obrigações contratuais sejam cumpridas, dentro ou fora da falência" (JUPETIPE, 2014, p. 15).

META 3: Preservar a prioridade absoluta dos credores, exceto quando alguma porção do valor, se possível, seja reservada aos acionistas (HART, 2000 apud JUPETIPE, 2014).

No que tange a tal meta, cumpre ressaltar que há divergências quanto a qual seria a ordem absoluta de credores ideal a ser seguida. De acordo com a maioria dos autores da área econômica, cujo modelo de eficiência consiste em proteger ao máximo o bom funcionamento do mercado de créditos, os credores com garantia real (secured creditors) devem ser os primeiros na lista de prioridade absoluta, de forma a estimular a concessão de empréstimos a juros menores. Para Araújo e Funchal (2006), adotando a teoria do desenvolvimento, a maioria dos países desenvolvidos dá prioridade a credores com garantia real, mantendo intactos seus direitos contratuais, o que demonstraria o sucesso econômico de tal modelo. Outrossim, Djankov, Hart. McLiesh e Shleifer (2008) afirmam que priorizar os créditos trabalhistas e fiscais em detrimentos daqueles de garantia real gera consequências negativas para o mercado de concessão de crédito. A mesma opinião é adotada por Davidenko e Franks (2008). Entretanto, tal posicionamento é questionável do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, em que a eficiência não se resume a aspectos econômicos, mas também se refere à garantia do mínimo substancial para uma vida digna por meio do pagamento de verbas de natureza alimentar. Dessa forma, pode-se asseverar que relegar trabalhadores, por exemplo,

a um segundo plano na prioridade de pagamento implicaria um dano direto muito mais prejudicial do que os possíveis danos reflexos ao mercado de crédito, minando o ideal de eficiência almejado pelo procedimento falimentar.

Ademais, insta salientar que há divergência na doutrina internacional quanto aos prejuízos ou benefícios decorrentes do desrespeito da prioridade absoluta dos credores.

"Um argumento contrário à ordem de prioridade dos credores é que os gestores, atuando em lugar dos sócios, podem ter incentivos para deixar a empresa falir e não agir de modo a evitar uma falência, investindo em projetos de alto risco. Por essa razão, seria interessante reservar alguma parte do valor da massa para os acionistas" (HART, 2000 apud JUPETIPE, 2014).

"[...] não há convergência de opiniões na literatura econômica sobre o procedimento falimentar ótimo, especialmente no que concerne à conveniência ou não de violação das regras de prioridade absoluta (RPA). A violação das RPAs ocorre quando a ordem especificada pela Lei de Falências não é seguida, destinando uma porção do valor da firma aos acionistas (que têm a prioridade mais baixa), mesmo quando demandas de maior prioridade – geralmente dos credores segurados – não são pagas integralmente. Apesar de grande parte da pesquisa inicial sobre o procedimento de bancarrota ter assumido que seguir as RPAs seria a divisão ótima do valor da firma, [...] uma ampla investigação a respeito das violações da RPA tem sido feita, ressaltando que efeitos ex ante de desvios da RPA são na verdade benéficos. Em particular, essa linha de pesquisa tem mostrado que desvios da RPA encorajam ex ante investimentos desejáveis em capital humano específico à firma, como em Berkovitch, Israel e Zender (1997); facilitam a transferência de informação aos credores, melhorando o tempo de decisão em decretar insolvência, para liquidar, ou se recapitalizar, como em Povel (1999) e Berkovitch e Israel (1999); desencorajam a tomada de risco excessivo pelas firmas que estão com problemas financeiros, como em Eberhart e Senbet (1993). Em direção contrária, Bebchuck (2002) argumenta que desvios da RPA também promovem efeitos negativos nas decisões dos acionistas na etapa inicial de vida da firma. Tais desvios provocariam um efeito adverso nas decisões de gerenciamento feitas antes de a firma estar em dificuldades financeiras. A presença de desvios da RPA agravaria o problema de azar-moral, mas o efeito final de tais desvios ainda é inconclusivo" (ARAÚJO e FUNCHAL, 2006, p. 213).

TABELA 1 – Fonte: Hart (2000), Jupetipe (2014), Araújo e Funchal (2006) e autora deste artigo.

Feitas essas considerações acerca da finalidade do instituto da falência, da função atribuída à existência de um procedimento falimentar delineado pelo Estado por meio de lei e das metas a serem almejadas por tal procedimento para que cumpra, com a maior eficiência possível, seus propósitos sociais, passa-se a discorrer brevemente acerca dos custos do procedimento de falência, com foco em seus impactos para o mercado de crédito e para a economia como um todo, bem como em dados estatísticos colhidos por pesquisadores ao redor do mundo.

3. Estudos acerca dos custos da falência

Conforme já pontuado no presente artigo, o procedimento falimentar apresenta custos a ele intrínsecos, de natureza direta (custos administrativos, como taxas judiciais e honorários advocatícios ou periciais, por exemplo) e indireta (custos de oportunidade, como o tempo despendido para conclusão do processo e perda do valor inicial dos ativos, por exemplo), cuja minimização se mostra essencial para assegurar o desenvolvimento sadio da economia nacional.

Há uma série de estudos, especialmente internacionais, que tentam quantificar o percentual de eficiência dos procedimentos falimentares por meio da análise estatística de seus custos diretos e indiretos. Todavia, como asseveram Djankov, Hart, McLiesh e Schleifer (2008), "apesar da importância de se assegurar o adimplemento dos débitos, os institutos de insolvência são normalmente percebidos como tendo um ruim desempenho mesmo em avançadas economias de mercado, mas especialmente nos países em desenvolvimento" (DJANKOV, HART, MCLIESH e SHLEIFER, 2008, p. 1106)[181]. De fato, nota-se que a maior parte de tais estudos revela resultados muitas vezes aterradores acerca do percentual dos ativos da falida consumidos pelos custos do procedimento falimentar, o que acaba por desfavorecer o alcance dos objetivos de tal instituto.

Segundo Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003), há três teorias amplas que tentam explicar as ineficiências do Poder Judiciário na condução de procedimentos para resolução de casos de insolvência e que são utilizadas como marco teórico para os estudos e pesquisas práticas acerca dos custos do procedimento falimentar:

181 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, Hart, McLiesh e Shleifer (2008). Excerto original: *Despite the importance of debt enforcement, insolvency institutions are generally perceived to perform poorly, even in advanced market economies but especially in developing countries.*

• **Teoria do Desenvolvimento (*Development Theory*):** "Cortes, como muitas outras instituições, funcionam melhor em países dotados de população mais rica e instruída" (DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e SHLEIFER, 2003, p. 454)[182]. De acordo com essa teoria, conforme explicitado pelos supracitados autores, há certos custos para organização e funcionamento de instituições que são fixos e, para que valha a pena o dispêndio de recursos para arcar com tais custos, mostrar-se-ia necessário que a demanda social por eles se tornasse alta o suficiente, estando o aumento dessa demanda intrinsecamente correlacionado ao nível de desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, aqueles que apoiam esta teoria entendem que uma sociedade pobre consegue resolver seus problemas de maneira informal, enquanto populações mais ricas precisam de tribunais para solucionar conflitos decorrentes de seus contratos mais complexos. Outrossim, uma população com maior nível de escolaridade contribuiria para elevar a eficiência das cortes e a demanda por elas.

• **Teoria do Incentivo (*Incentive Theory*):** "A eficiência das cortes é delineada por incentivos dos participantes na resolução de um conflito, incluindo os juízes, os advogados e os litigantes" (DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e SHLEIFER, 2003, p. 455)[183]. De acordo com essa teoria, conforme explicitado pelos supracitados autores, o Poder Judiciário apresenta um desempenho negativo quando os incentivos para que os participantes do processo ajam eficientemente são poucos ou inexistentes (por exemplo, quando os juízes não precisam se importar com o cumprimento de prazos, quando advogados são pagos para prolongar a tramitação dos feitos ou quando os réus procuram evitar o julgamento e seu comportamento protelatório não é passível de punição). Dessa forma, fatores como prazos próprios para juízes (cujo desrespeito acarreta ônus imediatos aos magistrados) e a previsão de multas por comportamento protelatório e litigância de má-fé têm a tendência de melhorar a performance das cortes.

182 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003). Excerto original: *courts, like many other institutions, work better in countries that have richer and more educated populations.*

183 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003). Excerto original: *the efficiency of courts is shaped by the incentives of the participants in dispute resolution, including the judges, the lawyers, and the litigants.*

- **Teoria do Formalismo Procedimental (*Procedure Formalism Theory*):** "A performance das cortes é determinada pela forma como a lei regula sua operacionalização" (DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e SHLEIFER, 2003, p. 455)[184]. De acordo com essa teoria, conforme explicitado pelos supracitados autores, quanto maiores forem as formalidades e os protocolos exigidos para a condução válida do procedimento judicial, mais custoso e ineficiente este será. Seguindo essa perspectiva, Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer apresentam uma série de variáveis que, em sua opinião, determinam a presença ou não de excesso de formalismo prejudicial à eficiência. Entre elas, vale citar aquelas mais significativas para o presente estudo, cujo foco é apenas, em específico, o procedimento falimentar brasileiro[185], quais sejam, (1) existência ou não de cortes especializadas - defendem os mencionados autores que a presença de cortes especializadas reduz o formalismo e aumenta eficiência; (2) proeminência da manifestação oral ou da manifestação escrita a cada fase do processo judicial, desde seu princípio até as instâncias recursais - afirmam os autores que a prevalência da oralidade reduz o formalismo e aumenta a eficiência processual; (3) presença ou não de efeito suspensivo automático associado aos recursos - segundo os autores, a atribuição de efeito suspensivo automático para recursos implica exagero de formalismo e ineficiência processual; e (4) flexibilidade das normas relativas à realização de atos de comunicação processual - asseveram os autores que o aumento das possíveis vias de comunicação dos participantes do processo favorece a eficiência e reduz o formalismo.

Tendo sido brevemente explicadas as supracitadas teorias, cabe apresentar alguns resultados estatísticos sobre os custos da falência, obtidos por autores estrangeiros, em que tais pensamentos foram adotados como marco teórico para a formulação e confirmação das hipóteses das pesquisas

184 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003). Excerto original: *performance of courts is determined by how the law regulates their operation.*

185 Conforme se explanará brevemente mais adiante, os autores Djankov, La Porte, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003) apresentam variáveis que almejam ao *neighbor model* de resolução de conflitos delineado por Shapiro (1981), cuja efetividade e respeito às garantias fundamentais é questionável. Nesse sentido, algumas das variáveis não foram mencionadas nesse momento pelo fato de as considerarmos inadequadas sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

conduzidas. Desse modo, havendo uma adequada contextualização dos dados a serem colacionados, mostrar-se-á possível realizar críticas e determinar quais informações parecem se revelar mais fidedignas para subsidiar a pesquisa de campo feita para fins do presente artigo e as conclusões a serem nele atingidas. Cumpre reiterar que, na realização das supracitadas críticas, o presente artigo adotará como parâmetro o já mencionado paradigma de eficiência que não se resume à salvaguarda dos interesses econômicos mercadológicos, preocupando-se, também, com outros interesses relevantes para sociedade nos termos da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, a garantia de trabalho digno e a proteção dos mais vulneráveis.

Nessa lógica, vale mencionar os resultados alcançados pelas pesquisas efetuadas por Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003), por Davydenko e Franks (2008) e por Djankov, Hart, McLiesh e Shleifer (2008).

Primeiramente, no que tange ao estudo de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003), explicitado no artigo acadêmico intitulado "Courts", este tomou como fundamento a teoria do formalismo procedimental e consistiu em uma pesquisa empírica sobre a efetividade do Poder Judiciário como mecanismo de resolução de simples disputas relacionadas ao inadimplemento contratual em 109 países (não obstante os processos analisados tivessem por objeto o despejo de inquilinos inadimplentes e a cobrança de cheques sem fundos, nota-se que as variáveis analisadas são aplicáveis aos procedimentos em geral para cobrança de débitos e, portanto, têm relevância para mensurar a eficiência do procedimento de falência). Para a obtenção dos dados relativos ao sistema processual de cada país, bem como para o levantamento de informações sobre a "qualidade da sistema legal de resolução de disputas" (visando a mensurar tal qualidade, os autores utilizaram variáveis como o tempo de duração dos processos; consistência, honestidade e justiça do sistema; corrupção e capacidade de obrigar as partes ao cumprimento das obrigações) em cada Estado, foram elaborados questionários e estes foram respondidos por advogados das empresas integrantes do *Lex Mundi* e do *Lex Africa*[186].

Nesse estudo, chegou-se à conclusão de que "maior formalismo procedimental é um forte indicador de maior duração da resolução de disputas. Maior formalismo também indica menor capacidade de forçar o

186 De acordo com o disposto em seu site oficial, o *Lex Mundi* é a maior rede de escritórios de advocacia independentes do mundo. Da mesma forma, o *Lex Africa* é a maior rede de escritórios de advocacia independentes do continente africano.

cumprimento dos contratos, maior corrupção, bem como menor honestidade, consistência e justiça do sistema" (DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e SHLEIFER, 2003, p. 456)[187]. Ademais, os autores também constataram a existência de uma conexão entre a origem do sistema jurídico e o nível de ineficiência constatado, asseverando que países de *civil law* tendem a ser mais formalistas que países de *common law* e, portanto, mais ineficientes. Além disso, perfazendo um liame entre as teorias do formalismo e do desenvolvimento, os autores identificaram que países mais ricos tendem a apresentar sistemas menos formais e mais eficientes, mas, ao mesmo tempo, chegaram à conclusão de que a duração do processo, apesar de ser maior nos países mais formalistas, não guarda relação com o nível de desenvolvimento econômico.

> Coerentemente com a literatura sobre direito comparado, descobrimos que o formalismo judicial é sistematicamente maior nos países de *civil law*, e especialmente nos países de *civil law* francês, do que nos países de *common law*. O formalismo também é menor nos países mais ricos. A duração esperada da resolução de disputas geralmente é extraordinariamente alta, sugerindo ineficiências significativas. A duração esperada é maior nos países com procedimentos mais formalizados, mas é independente do nível de desenvolvimento. (DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e SHLEIFER, 2003, p. 510)[188].

187 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003). Excerto original: *higher procedural formalism is a strong predictor of longer duration of dispute resolution. Higher formalism also predicts lower enforceability of contracts, higher corruption, as well as lower honesty, consistency, and fairness of the system.*

188 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003). Excerto original: *Consistent with the literature on comparative law, we find that judicial formalism is systematically greater in civil law countries, and especially French civil law countries, than in common law countries. Formalism is also lower in the richest countries. The expected duration of dispute resolution is often extraordinarily high, suggesting significant inefficiencies. The expected duration is higher in countries with more formalized proceedings, but is independent of the level of development.*

De maneira semelhante, os economistas Sergei A. Davydenko e Julian R. Franks (2008), em seu artigo intitulado "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K.", ao pesquisarem acerca da influência das leis falimentares no mercado de concessão de empréstimos bancários, entenderam que a origem do sistema jurídico está intimamente ligada com a eficiência da legislação sobre bancarrota e, nesse sentido, gera consequências para a atuação bancária na concessão de crédito, sendo que as tentativas das instituições financeiras de suprir os prejuízos decorrentes dos sistemas mais ineficientes com a exigência de garantias colaterais não são aptas a compensar todas as perdas. Dessa forma, por meio da coleta de dados relativos a 2.280 empresas de pequeno a médio porte que se revelaram inadimplentes perante bancos na França, na Alemanha e no Reino Unido, os autores concluíram que o sistema Francês é o menos eficiente e mais prejudicial ao mercado, enquanto o sistema alemão se encontra no meio-termo e o sistema inglês se revela mais eficiente do ponto de vista mercadológico, acarretando melhores resultados *ex ante* e *ex post*.

> Primeiro, descobrimos que os bancos ajustam significativamente suas práticas de empréstimos e reorganização em resposta à lei falimentar do país. Em particular, as exigências de garantias na concessão do empréstimo refletem diretamente a capacidade do banco de realizar ativos nos casos de inadimplência. Assim, como os recursos provenientes das vendas de garantias são mais baixos na França, na concessão dos empréstimos, os bancos franceses exigem níveis mais altos de garantia por dólar de dívida. Além disso, a combinação de diferentes tipos de garantias reflete seu valor esperado nos casos de inadimplência. Embora a garantia real seja a fonte mais importante de recuperação dos bancos na Alemanha e no Reino Unido, ela é muito menos valiosa na França, tanto porque o produto das vendas é diluído pelos credores preferenciais, como salários dos funcionários e custos diretos da falência, quanto porque as cortes falimentares francesas tendem a vender ativos abaixo de seus preços potenciais de mercado, a fim de preservar

os empregos. Por outro lado, as contas a receber e as garantias pessoais podem ser realizadas diretamente pelos bancos franceses e os recursos não estão sujeitos à diluição pelos credores preferenciais. Como resultado, esses tipos de garantias são usados com mais frequência do que as garantias reais na concessão de empréstimos na França.

Em segundo lugar, os ajustes observados atenuam, mas não eliminam, o efeito das leis falimentares nos resultados da inadimplência. As perdas dos bancos em decorrência da insolvência dos devedores permanecem acentuadamente diferentes, com taxas médias de recuperação, não descontadas, de 92% no Reino Unido, 67% na Alemanha e 56% na França. Não obstante essas diferenças, elas teriam sido ainda maiores na ausência de ajustes endógenos. As diferenças nas recuperações são devidas a resultados muito diferentes em caso de falência, onde a influência da lei de falências é a maior possível. (DAVYDENKO e FRANKS, 2008, p. 566-567 - grifamos)[189].

189 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Davydenko e Franks (2008). Excerto original: *First, we find that banks significantly adjust their lending and reorganization practices in response to the country's bankruptcy code. In particular, collateral requirements at loan origination directly reflect the bank's ability to realize assets upon default. Thus, because the proceeds from collateral sales are lower in France, at loan origination French banks demand higher levels of collateral per dollar of debt. Moreover, the composition of different types of collateral reflects their expected value in default. While real estate collateral is the most important source of banks' recovery in Germany and the United Kingdom, it is far less valuable in France, both because sales proceeds there are diluted by preferential creditors such as employee wages and bankruptcy fees, and because French bankruptcy courts tend to sell assets below their potential market prices in order to preserve employment. By contrast, accounts receivable and personal guarantees can be realized by French banks directly, and the proceeds are not subject to dilution by preferential creditors. As a result, these collateral types are used more often than real estate at loan origination in France.*
Second, the observed adjustments mitigate but do not eliminate the effect of bankruptcy codes on outcomes of default. Banks' losses in default remain sharply different, with median undiscounted recovery rates of 92% in the United Kingdom, 67% in Germany, and 56% in France. Notwithstanding these differences, they would have been even larger in the absence of endogenous adjustments. The differences in recoveries are due to very different outcomes of bankruptcy, where the influence of the bankruptcy code is greatest.

Ainda nessa linha de raciocínio, os acadêmicos Djankov, Hart, McLiesh e Shleifer (2008), em seu trabalho intitulado "Debt Enforcement around the World", apesar de apresentarem um foco maior na teoria do desenvolvimento, também chegaram à conclusão de que o formalismo, mais acentuado em países pobres e que adotam o modelo francês de *civil law*, é causa de ineficiência do procedimento falimentar. Tais resultados foram obtidos por meio de uma pesquisa empírica na qual os supracitados autores elaboraram um caso hipotético de insolvência de determinada sociedade empresária e estudaram como seria conduzido seu procedimento falimentar ou de recuperação no âmbito de 88 diversos países.

> Descobrimos que a coerção para adimplemento das dívidas é altamente ineficiente no mundo inteiro, mesmo no caso relativamente simples que consideramos. A ineficiência advém de altos custos administrativos e longa duração dos processos [...]. A ineficiência está ligada ao subdesenvolvimento, que provavelmente representa uma fraca capacidade do setor público de um país, e à origem legal francesa, que provavelmente representa um excesso de formalismo no processo de execução da dívida. A ineficiência também está relacionada a aspectos estruturais da aplicação da dívida, como sistemas de garantias ineficazes, recursos mal estruturados, interrupções de negócios durante a falência e votação ineficiente entre credores. A ineficiência se correlaciona com os mercados de dívida subdesenvolvidos, consistente com a visão de que falhas na execução da dívida desencorajam os empréstimos. (DJANKOV, HART, MCLIESH e SHLEIFER, 2008, p. 1146)[190].

190 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Djankov, Hart, McLiesh e Shleifer (2008). Excerto original:*We have found that debt enforcement around the world is highly inefficient, even in the relatively simple case we consider. The inefficiency comes from high administrative costs and long delays, but also from excessive piecemeal sales of viable businesses. The inefficiency is linked to underdevelopment, which probably proxies for poor public-sector capacity of a country, and to French legal origin, which probably proxies for excessive formalism of the debt enforcement process. The inefficiency is also related to such structural aspects of debt enforcement as ineffective collateral systems, poorly structured appeals, business interruptions during bankruptcy, and inefficient voting among creditors. The inefficiency correlates with underdeveloped debt markets, consistent with the view that fail-*

Diante de tais resultados obtidos em diversas pesquisas internacionais sobre a eficiência de procedimentos falimentares, é possível notar uma tendência dos estudos jurídicos e econômicos a condenarem os formalismos processuais como sendo os principais responsáveis pelos altos custos do procedimento de falência, sendo tais formalismos amplamente associados a modelos de *civil law*. Entretanto, não obstante o exagero de forma acarrete complexidades processuais desnecessárias, prolongação do trâmite e ineficiência geral da coerção estatal para pagamento dos débitos, mostra-se temerário associar todo e qualquer tipo de formalidade à ideia de ineficiência, haja vista que tal entendimento acaba por restringir o conceito de ineficiência ao âmbito puramente econômico, ignorando suas várias perspectivas dentro de um Estado Democrático de Direito. De fato, um procedimento legal que maximiza os ativos da falida e gera resultados positivos *ex ante* ao preço de violar a isonomia, a segurança, a ampla defesa e o contraditório jamais poderia ser considerado eficiente no atual contexto brasileiro, uma vez que almejaria cumprir sua função e atingir sua finalidade em desrespeito a preceitos constitucionais básicos. É sempre necessário ter em mente que o devido processo legal é uma garantia dos indivíduos contra arbitrariedades e contra o condicionamento da efetivação dos direitos à situação econômica ou às influências políticas dos requerentes e requeridos.

Dessa forma, os dados apresentados nos supramencionados estudos devem ser analisados com cautela, haja vista que algumas das variáveis usadas para sua obtenção podem ter sido elaboradas em dissonância do sistema constitucional brasileiro. A título exemplificativo, vale pontuar que, para os autores Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2003), baseados no *neighbor model* de resolução de conflitos apresentado por Shapiro (1981), o modelo de processo atual deveria excluir a necessidade de representação por advogado em todas as hipóteses, a possibilidade de interpor recursos e até mesmo a obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões judiciais. Um posicionamento do gênero acaba por esvaziar completamente as garantias da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, criando um grande risco de decisões arbitrárias prejudiciais à segurança jurídica e à toda a lógica do sistema jurídico brasileiro.

Portanto, para atingir a eficiência almejada, é imprescindível que se busque eliminar formalismos exagerados e desnecessários, bem como comportamentos processuais de morosidade e protelação, sem que isso implique eliminação completa do devido processo legal.

---

ures of debt enforcement discourage lending.

Cabe colacionar, ainda, de maneira mais concisa e esquematizada, outros dados obtidos em pesquisas brasileiras e estrangeiras sobre custos dos procedimentos falimentares. Primeiramente, mostra-se importante fazer breve menção aos estudos empíricos mais tradicionais acerca dessa temática, desenvolvidos por autores estadunidenses desde a segunda metade do século XX. Nesse sentido, cita-se, em princípio, a pesquisa pioneira conduzida por Jerold B. Warner (1977), intitulada "Bankruptcy Costs: Some Evidence", na qual foram mensurados os custos de falência de 11 empresas do setor ferroviário estadunidense que foram à bancarrota entre 1933 e 1955. Em tal estudo, em que foram perquiridos apenas os custos falimentares diretos, chegou-se à conclusão de que os custos são de 5,3%, em média, do valor de mercado das empresas no momento da falência, havendo um decréscimo de, em média, 78,9% de tal valor de mercado das empresas no período de 84 meses anteriores à quebra. Acerca do tempo de tramitação, o autor obteve uma média de 12,5 anos para conclusão dos processos. Além disso, Warner constatou a existência de uma relação entre o valor de mercado das empresas e os custos falimentares. Com efeito, conforme os dados coletados, os custos se revelaram maiores quanto mais valorizadas fossem as sociedades empresárias. Visando a ilustrar tal ponto, o autor apresenta o seguinte exemplo:

> Por exemplo, as duas ferrovias da amostra com os menores valores de mercado, Minneapolis, St. Paul e Sault Ste Marie e Chicago, Indianapolis e Louisville, tinham valores de mercado de cerca de US $ 10 milhões e custos de falência inferiores a US $ 1 milhão. As duas maiores ferrovias, Chicago e Northwestern e Chicago, Rock Island e Pacífico, tinham valores de mercado de cerca de US $ 100 milhões e custos de falência de cerca de US $ 2 milhões. (WARNER, 1977, p. 343)[191].Todavia, como pode-se perceber pelos valores acima demostrados, notou o economista que tal vínculo não é de proporcionalidade direta, o que implica que parte substancial

191 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Warner (1977). Excerto original: *For example, the two railroads in the sample with the smallest market values, the Minneapolis, St. Paul and Sault Ste Marie and the Chicago, Indianapolis and Louisville, each had market values of about $10 million and bankruptcy costs of under $1 million. The two largest railroads, the Chicago and Northwestern and the Chicago, Rock Island and Pacific, each had market values of about $100 million, and bankruptcy costs of about $2 million.*

> dos custos falimentares é fixa.
>
> Enquanto as ferrovias com maior valor de mercado geralmente incorrem em custos mais altos de falência, os custos não parecem ser diretamente proporcionais ao valor de mercado. [ ] As duas menores ferrovias, em termos de valores de mercado, tinham custos de falência que eram 9,1 e 6,6% de seus valores, enquanto as duas maiores ferrovias tinham custos de falências que representavam 2,7 e 1,7% de seus respectivos valores. (WARNER, 1977, p. 345)[192].

Outro estudo que deve ser mencionado é aquele conduzido por Lawrence A. Weiss (1990), no qual foram analisadas as falências de 37 empresas da Bolsa de Valores de Nova Iorque e da Bolsa de Valores Americana decretadas entre novembro de 1979 e dezembro de 1986. Quanto a tal projeto acadêmico, que também se limitou a mensurar os custos diretos dos procedimentos falimentares, Jupetipe (2014) realizou um adequado compilado dos resultados obtidos:

> Como resultado foi obtido que, em média, os custos diretos de falências são de: 20,6% do valor de mercado as ações (variando entre 2,0% e 63,6%); 3,1% do valor contábil da dívida adicionada do valor de mercado (variando entre 1,0% e 6,6%) e 2,8% do valor total dos ativos (variando entre 0,9% e 7,0%). Nesse estudo, os custos apareceram altamente correlacionados com o total de ativos. (JUPETIPE, 2014, p. 34).

192 Tal trecho consiste em uma tradução livre de Warner (1977). Excerto original: *While the higher market-value railroads generally did incur higher bankruptcy costs, the costs do not appear to be directly proportional to market value. [...] The two smallest railroads, in terms of market values, had bankruptcy costs which were 9.1 and 6.6 percent of their values, while the two largest railroads had bankruptcy costs which represented 2.7 and 1.7 percent of their respective values.*

Vale fazer referência, ainda, ao trabalho de Arturo Bris, Ivo Welch e Ning Zhu (2006), que, diferentemente daqueles já mencionados, se propõe a mensurar não apenas os custos diretos da falência, mas também os indiretos. Sua pesquisa, intitulada "The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reogarnization" baseou-se na análise de 61 processos de falência (submetidos ao procedimento do Capítulo 7 do Código de Falências estadunidense) e 225 processos de recuperação judicial (submetidos ao procedimento do Capítulo 11 do Código de Falências estadunidense) que tramitaram nas cortes dos estados de Nova Iorque e Arizona entre 1995 e 2001. No que concerne aos custos diretos, "a amostra teve, em média, custos de 8,15% em relação ao ativo antes da falência nos casos de liquidação; [...] Os custos diretos também foram comparados aos valores pós-falência[193] (taxa de recuperação dos credores multiplicada pela dívida total acrescida das taxas judiciais e honorários) e, nesses casos, os custos foram em média de 80,4% nos processos de falência [...]" (JUPETIPE, 2014, p. 37). Por sua vez, no que se refere aos custos indiretos, os autores evidenciaram que, nas falências, o valor dos ativos da falida tende a sofrer uma significativa queda de 64% a 84% e a taxa de recuperação dos credores é muito exígua, limitando-se a 5,4%.

Para finalizar a exposição dos resultados alcançados por estudos estrangeiros sobre a temática dos custos falimentares, mostra-se imprescindível discorrer sobre os dados contidos no projeto "Doing Business 2019", produzido pelo Banco Mundial. Em tal projeto, faz-se uma análise completa de uma série de elementos aptos a influenciar na qualidade dos mercados de cada país, determinando onde pode ser encontrado um ambiente mais proveitoso para empreender e investir. Entre esses elementos, inclui-se a facilidade e os custos para a resolução de casos de insolvência, medidos por meio das variáveis como os custos dos procedimentos falimentares (determinados em porcentagem do valor patrimonial das empresas falidas no momento da quebra – valor pré-falimentar), o tempo de tramitação (determinado em anos) e a taxa de recuperação dos credores (determinada em centavos de dólares americanos, ou seja, quantos centavos os credores recuperam por cada dólar de seus créditos). Na tabela a seguir, é possível vislumbrar os dados obtidos para o Brasil, cuja classificação no ranking de 190 países para o tópico de resolução de insolvências é a posição número 77 (revelando uma grande ineficiência do sistema falimentar nacional):

193 Os valores pós-falência, denominados pelos autores de *Post-Bankruptcy Costs*, correspondem ao ativo final das falidas após a conclusão do procedimento falimentar, ou seja, ao valor efetivamente pago aos credores.

Resolving insolvency (rank)	77
Score for resolving insolvency (0–100)	48.48
Time (years)	4.0
Cost (% of estate)	12.0
Recovery rate (cents on the dollar)	14.6

TABELA 2 - Fonte: Doing Business 2019 – World Bank, p. 159.

Analisando os supracitados dados, percebe-se que a taxa de recuperação dos credores é ínfima, sendo inferior a 1/6 do valor total de seus créditos (a cada dólar que lhes é devido, esses conseguem ser ressarcidos em apenas 14,6 centavos de dólar). Ademais, os custos de falência se revelam elevados (12% do valor do patrimônio da falida no momento da quebra, ou seja, antes da realização efetiva dos ativos), tendo sido consignado na tabela um percentual maior do que aqueles alcançados por Warner (que relatou um percentual de 5,3%) e por Bris, Welch e Zhu (que relataram um percentual de 8,15%), mas equivalente àquele alcançado por Jupetipe (2014) no que tange aos custos diretos efetivamente pagos (os resultados obtidos por Jupetipe serão apresentados a seguir). No que tange ao tempo de tramitação, cabe salientar que o período de 4 anos se mostra consideravelmente menor que os interregnos de duração obtidos na pesquisa feita para fins do presente artigo, na pesquisa conduzida por Jupetipe (9,2 anos em média) e no estudo de Warner (12,5 anos), conforme demonstrar-se-á adiante. Todavia, tal redução na duração do processo provavelmente se relaciona ao fato de que o *Doing Business* não faz distinção entre os procedimentos de recuperação judicial e falência, analisando-os conjuntamente para mensurar a eficiência de cada país na resolução de insolvências. Dessa forma, tendo em vista que a recuperação judicial não pode se estender por mais de dois anos após a data de sua concessão pelo juiz, nos termos do art. 61 da Lei 11.101/05 (a jurisprudência tem flexibilizado essa norma e permitido que o trâmite da recuperação supere esse prazo em alguns casos[194]), e que o número de

194 De acordo com a jurisprudência adotada até o ano de 2020 por diversos Tribunais de Justiça ao longo do território brasileiro, tais como o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), o prazo de 02 anos estabelecido para duração do processo de Recuperação Judicial posterior à aprovação do plano deveria ter sua contagem iniciada somente após o transcurso do período de carência estabelecido no respectivo Plano de Recuperação Judicial, de maneira a assegurar a efetiva fiscalização do procedimento recuperatório pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, vale mencionar o enunciado n. 02 do Grupo de Câmaras Reservadas de

recuperações judiciais concedidas nos últimos 3 anos (2016, 2017 e 2018) corresponde a um alto percentual (cerca de 65,5%) do número de falências decretadas de acordo com os dados divulgado pelo *Serasa Experian* (tabela abaixo), resta patente que tais procedimentos de reorganização empresarial acarretaram uma drástica redução na média de tempo de tramitação dos processos relacionados à Lei 11.101/05, apesar de os processos de falência apresentarem duração muito mais elevada.

Análise: JAN a DEZ			
Instrumento / Porte	jan-dez/16	jan-dez/17	jan-dez/18
Falência Requerida	1.852	1.708	1.459
Micro e Pequena Empresa	994	910	761
Média Empresa	426	392	355
Grande Empresa	432	406	343
Falência Decretada	721	928	930
Micro e Pequena Empresa	492	632	640
Média Empresa	161	208	214
Grande Empresa	68	88	76
Recuperação Jud. Requerida	1.863	1.420	1.408
Micro e Pequena Empresa	1.134	860	871
Média Empresa	470	357	327
Grande Empresa	259	203	210
Recuperações Jud. Deferida	1.514	1.196	1.215
Micro e Pequena Empresa	890	675	739
Média Empresa	397	324	290
Grande Empresa	227	196	186
Recup. Jud. Concedida	470	614	606
Recup. Extrajud. Requerida	25	24	49
Recup. Extrajud. Homologada	15	34	49

TABELA 3 - Fonte: Serasa Experian, 2019. (Grifamos)

No contexto brasileiro, por outro lado, não há muitos estudos acerca dos custos dos procedimentos falimentares. Entre os principais, vale comentar acerca dos trabalhos de Jupetipe (2014), Fundação Getúlio Vargas

Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como as seguintes decisões judiciais: *TJSP, Agravo de Instrumento 2131912-96.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Atibaia - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2017; Data de Registro: 29/11/2017* e *TJSC, Apelação Cível 0000279-80.2011.8.24.0058 São Bento do Sul; Relator: Gilberto Gomes de Oliveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Comercial; Data do Julgamento: 07/05/2020*. Entretanto, vale ressaltar que, com a entrada em vigor da Lei 14.112/2020, a redação do art. 61 da Lei 11.101/2005 foi alterada, passando a determinar expressamente que o prazo de 02 anos de duração do processo de Recuperação Judicial deve ser contado independentemente do eventual período de carência.

(2010 - Série “Pensando o Direito”) e Araújo e Funchal (2006).

Em sua dissertação de mestrado defendida em 2014 perante a Universidade de São Paulo (USP), Fernanda Karoliny Nascimento Jupetipe fez um estudo aprofundado sobre os custos do procedimento de falência, tendo por base uma pesquisa de campo na qual foram analisados 103 feitos falimentares, nas comarcas de Belo Horizonte (MG), Contagem (MG) e São Paulo (SP), que já houvessem atingido as fases de liquidação dos ativos, pagamento dos credores e encerramento. Como alguns dos processos não possuíam informações relevantes para mensuração dos custos diretos ou indiretos da falência, nem todos foram considerados para o alcance dos resultados apresentados, tendo sido utilizadas as seguintes amostras básicas:

Processos de falência		
Variáveis	***Proxies***	**Tamanho da amostra**
Custos Diretos	Custos diretos sobre o ativo inicial da falida	29
	Custos diretos sobre o ativo final da falida	35
Custos Indiretos	Variação do valor do ativo da falida	29
	Taxa de recuperação do total de credores	38
	Taxa de recuperação dos credores por classe	35
	Tempo despendido no processo	96

TABELA 4 - Fonte: JUPETIPE, 2014, p. 44.

Os dados obtidos por Jupetipe (2014) ao final de sua pesquisa empírica se revelam estarrecedores e demonstram grande ineficiência do procedimento falimentar no âmbito brasileiro: há grande decréscimo no valor dos ativos, o ressarcimento dos credores é bem limitado e o tempo de tramitação é demasiadamente longo. Tais resultados foram resumidos pela supracitada autora no seguinte quadro sinótico:

Processos de falência			
Variáveis	***Proxies***	**Resultados**	**Ref. no apêndice A**
Custos Diretos	Custos diretos totais sobre o ativo inicial da falida	39% em média	Tab.3
	Custos diretos pagos sobre o ativo inicial da falida	12% em média	Tab. 4
	Custos diretos totais sobre o ativo final da falida	90% em média	Tab.5
	Custos diretos pagos sobre o ativo final da falida	35% em média	Tab.6
Custos Indiretos	Variação do valor do ativo da falida	- 47% em média	Tab.8
	Variação do valor do ativo da falida líquido dos custos diretos	-59% em média	Tab.9
	Taxa de recuperação do total de credores	12% em média	Tab.10
	Taxa de recuperação dos credores por classe	Mínimo de 3% e máximo de 59%	Tab.11
	Tempo despendido no processo	9,2 anos em média	Tab.7

TABELA 5 - Fonte: JUPETIPE, 2014, p. 46.

Pela leitura da tabela acima, é possível apreender a magnitude dos custos falimentares, especialmente quando calculados em relação ao ativo final da falida, ou seja, ao ativo da falida após sua liquidação e realização no processo, que sofre um considerável decréscimo em comparação ao valor de avaliação do ativo no momento de sua arrecadação (diminuição de 59%, em média, quando excluídos os custos diretos pagos). Com efeito, além da longa duração dos feitos (9,2 anos, em média), foram identificados custos diretos efetivamente pagos no importe de 12% do valor de avaliação do ativo da falida e no importe de 90% do valor do ativo após sua realização, o que demonstra quão elevados são os gastos com despesas judiciais e processuais, bem como quanto o patrimônio das sociedades falidas sofre desvalorização ao longo do feito até sua liquidação. Ademais, percebe-se que a taxa de recuperação dos credores é muito baixa (12%, em média) e mesmo as classes com maior prioridade (extraconcursais e trabalhistas) não obtiveram satisfação dos créditos superior a 59%. Dessa forma, resta incontroverso que o procedimento falimentar brasileiro necessita de revisões práticas que visem a aumentar sua eficiência e permitam que ele seja apto a cumprir adequadamente sua função e a alcançar seus objetivos.

Não obstante a flagrante ineficiência apresentada, nota-se que a atual lei de falências já representou um grande avanço quando comparada ao antigo Decreto-Lei 7.661/45. Conforme demonstra a pesquisa conduzida pela

Fundação Getúlio Vargas, com apoio do Ministério da Justiça, no âmbito do volume nº 22 da Série "Pensando o Direito" em 2010, intitulado "Análise da Nova Lei de Falências" (Equipe pesquisadora e organizadora: Bruno Funchal, Cássio Machado Cavalli, Ligia Fabris Campos, Rafael de Vasconcelos Xavier Ferreira, Andréa Romualdo Lavourinha, Eduarda Nascimento Tavares, Rafaela Monteiro Montenegro e Tainá de Oliveira Inácio), o tempo de duração dos procedimentos concursais (falência e recuperação judicial) sofreu considerável redução após a vigência da Lei 11.101/05.

No estudo realizado, foram analisados processos iniciados e concluídos entre os anos de 2000 e 2009 nos Estados brasileiros de São Paulo, Santa Catarina e Pernambuco, tendo sido considerados apenas os processos com duração máxima de 4,5 anos para evitar vieses positivos em razão do fato de que os processos conduzidos sob a legislação antiga poderiam ter até 9 anos de duração, enquanto aqueles conduzidos sob a nova legislação poderiam ter, no máximo, 4,5 anos de duração à época da pesquisa. No que tange, primeiramente, ao Estado de São Paulo, chegou-se à conclusão de que "os processos iniciados pós-nova Lei são, em média, 397 dias mais rápidos que os processos sob a antiga Lei, apontando um ganho em termos de agilidade e eficiência" (FGV, 2010, p. 22).

> Assim, se, por exemplo, tivermos uma taxa de depreciação anual dos ativos de empresas em falência em torno de 25%, firmas com ativos de R$ 10.000.000 teriam um valor de liquidação de aproximadamente R$ 6.700.000 antes da nova lei, contra R$ 8.420.000 pela nova lei de falências. Isso permite uma maior recuperação dos recursos emprestados por parte dos credores e, portanto, tenderia a fazer com que os credores reduzissem o custo do empréstimo. (FGV, 2010, p. 22).

Por sua vez, no que concerne ao Estado de Santa Catarina, o estudo demonstrou que "O impacto médio no tempo do processo trazido pela nova Lei de Falências indica que os processos iniciados pós-nova Lei são, em média, 720 dias mais rápidos que os processos sob a antiga Lei, apontando um ganho em termos de agilidade e eficiência, assim como em São Paulo" (FGV, 2010, p. 22).

> Utilizando o mesmo exemplo da seção anterior, para uma taxa de depreciação anual dos ativos de empresas em falência em torno de 25%, firmas com ativos de R$ 10.000.000 teriam um valor de liquidação de aproximadamente R$ 5.027.000 antes da nova lei, contra R$ 5.900.000 pela nova lei de falências. Isto permitiria um maior valor recuperado por parte dos credores e, portanto, tenderia a fazer com que os credores reduzissem o custo do empréstimo. (FGV, 2010, p. 22).

Em relação ao Estado de Pernambuco, a pesquisa conduzida levou ao resultado de que "Os processos iniciados pós-nova Lei de Falências são em média 1403 dias mais céleres do que os processos regidos pela antiga Lei, apontando um ganho em termos de agilidade e eficiência, assim como em São Paulo e Santa Catarina. Ademais, Pernambuco é o Estado em que houve, proporcionalmente, o maior ganho, reduzindo o tempo de duração do processo em quase quatro anos" (FGV, 2010, p. 23).

> Voltando ao exemplo das seções anteriores, para uma taxa de depreciação anual dos ativos de empresas em falência em torno de 25%, firmas com ativos de R$ 10.000.000 teriam um valor de liquidação de aproximadamente R$ 5.280.000 antes da nova lei, contra R$ 6.842.000 pela nova lei de falências. Note que a implementação da nova lei aponta um ganho maior de eficiência para o estado de Pernambuco se comparado com Santa Catarina. (FGV, 2010, p. 23).

Finalmente, tendo como referência o Brasil como um todo, os dados obtidos pela Fundação Getúlio Vargas demonstraram que os processos conduzidos sob a égide da Lei 11.101/05 são, em média, 168 dias mais curtos que aqueles conduzidos sob o Decreto-Lei 7.661/45. Ademais, no tocante ao número de falências requeridas e decretadas, o estudo concluiu que a atual lei falimentar provocou sua redução. De fato, entre junho de 2004 e junho de

2005, houve uma queda de cerca de 30% no número de falências requeridas e decretadas.

Por fim, mostra-se necessário discorrer sucintamente acerca do estudo dos autores brasileiros Aloísio Araújo e Bruno Funchal (2006) sobre os custos da falência. Publicado no artigo "A Nova Lei de Falências Brasileira e seu Papel no Desenvolvimento do Mercado de Crédito", tal estudo, diferentemente dos demais, apresenta uma abordagem mais teórica sobre os custos indiretos da falência para o mercado de crédito nacional. Nesse sentido, os acadêmicos analisaram algumas variáveis que estabelecem a relação entre a eficiência do procedimento falimentar e a eficiência do mercado de crédito, asseverando, em consonância com a teoria do desenvolvimento, que "a recente literatura empírica de *law and economics* reconhece a existência de uma forte ligação entre as características do sistema falimentar e o crescimento econômico, a distribuição de renda e a redução da pobreza" (ARAÚJO e FUNCHAL, 2006, p. 211). De fato, para os supracitados autores, os sistemas jurídicos que garantem uma forte proteção legal aos credores nas hipóteses de bancarrota aumentam a probabilidade de ressarcimento dos créditos no caso de quebra e, em face dessa maior segurança, estimulam os bancos a concederem empréstimos com melhores condições, fomentando a entrada e a atuação dos agentes no mercado.

Além dessa consequência mais intuitiva, os autores também mencionam consequências de segunda ordem da eficiência do procedimento falimentar em relação à distribuição de renda e a diminuição da pobreza, decorrentes da manutenção de um ambiente de bom desenvolvimento financeiro por meio da elaboração de legislações falimentares mais protetivas aos credores. Com efeito, para Araújo e Funchal, com base nos ensinamentos de Greenwood e Jovanovic (1990), "o efeito distribucional do desenvolvimento financeiro é [...] adverso para os pobres nos estágios iniciais, mas positivo depois de um certo ponto crítico" (ARAÚJO E FUNCHAL, 2006, p. 212), quando o mercado financeiro já está desenvolvido e eles também conseguem obter crédito em boas condições. Ademais, os autores também mencionam as pesquisas de Beck, Demirgüç-Kunt e Levine (2004), segundo os quais o "desenvolvimento financeiro influi na taxa de crescimento do coeficiente de Gini de desigualdade de renda, na taxa de crescimento da renda do quintil mais pobre da sociedade e na fração da população vivendo em pobreza" (ARAÚJO E FUNCHAL, 2006, p. 212). Entretanto, conforme já mencionado no presente artigo, é importante que tais dados acerca do liame entre a eficiência da legislação falimentar e o combate à pobreza sejam analisados com cautela, evitando-se

que necessidades alimentares prementes e atuais das parcelas mais carentes da população sejam suprimidas ou relegadas a segundo plano (por meio da priorização de créditos com garantia real em detrimento dos trabalhistas, por exemplo) em prol do árido desenvolvimento econômico que, em um futuro incerto, poderá, indiretamente, gerar benefícios para essas pessoas mais vulneráveis. Dessa forma, é importante atingir um equilíbrio ideal na formulação da legislação falimentar, de forma que sejam assegurados aos mais necessitado tanto uma vida digna na atualidade, quanto uma perspectiva de melhoria com o passar dos anos.

Nesse sentido, tendo por base a ideia dos benefícios mercadológicos e sociais de um procedimento falimentar eficiente, os autores apresentam como variáveis que demonstram a relação entre a qualidade da lei de falências e a eficiência do mercado, entre outras, (1) o investimento, (2) o problema do azar-moral; (3) o problema de apostas em investimentos de risco; (4) problema do atraso em decretar a insolvência.

No que tange ao investimento e ao problema do azar-moral, primeiramente, cumpre destacar que esses elementos consistem em aspectos anteriores à crise econômico-financeira da sociedade empresária que são influenciados pela eficiência falimentar. Em relação ao investimento, como já explanado, a ausência de segurança dos agentes concedentes de crédito no ressarcimento dos valores emprestados dificulta a obtenção de capital em condições favoráveis ao empreendimento, prejudicando a dinamicidade do mercado. Em relação ao problema do azar-moral, por sua vez, este consiste no "nível de esforço que as firmas financiadas com dívida escolhem quando estão trabalhando em seus projetos" (ARAÚJO e FUNCHAL, 2006, p. 223), sendo necessário ter em mente que "o nível de esforço, apesar de aumentar a probabilidade de sucesso da firma, é custoso para o gerente" (ARAÚJO e FUNCHAL, 2006, p. 223). Segundo os autores, o aumento dos valores a serem pagos no estado de solvência em razão das condições desfavoráveis de concessão de créditos (remissão à variável do investimento) implica menor lucro para os gerentes, que tenderão a se esforçar menos pelo sucesso da empresa. Ademais, práticas de inversão da prioridade absoluta de pagamento dos credores no procedimento falimentar também podem enfatizar o problema do azar-moral, uma vez que, sendo assegurado um montante do ativo para remunerar o gerente e os sócios da falida em detrimento dos credores, estes não terão incentivo para evitar ao máximo a situação de insolvência.

Finalmente, no que concerne ao problema de apostas em investimentos de risco e ao problema do atraso em decretar a insolvência, insta salientar

que esses elementos consistem em aspectos posteriores à crise econômico-financeira da sociedade empresária que são influenciados pela eficiência falimentar. Em relação ao problema de apostas em investimentos de risco, os autores afirmam que tais investimentos, que os gerentes tendem a fazer para tentar evitar a bancarrota, são prejudiciais aos credores, pois normalmente acarretam enorme depreciação patrimonial e dificultam em demasia o pagamento dos créditos caso não sejam bem-sucedidos.

> Isso se refere ao fato de que gerentes de firmas com problemas financeiros têm incentivos a investir em projetos com risco excessivo, como meio para evitar a falência. Se o investimento de risco for bem-sucedido, seus altos retornos possibilitam que a firma evite a falência, ao menos temporariamente; caso o sucesso não aconteça, a firma vai à bancarrota, mas os gerentes não estarão piores do que estariam se não tivessem feito esse investimento, já que não podem ganhar menos do que 0, que é o que obteriam em caso de bancarrota. Acionistas também são a favor dos investimentos de risco em tal situação, uma vez que as ações valerão 0 caso a falência ocorra. As perdas do investimento de risco vão integralmente para os credores em forma de menores retornos nos estados de bancarrota, com o mesmo retorno nos estados de solvência. (ARAÚJO e FUNCHAL, 2006, p. 225).

Seguindo essa linha de raciocínio, na perspectiva do problema de apostas em investimentos de risco, a inversão da prioridade absoluta dos credores em prol da reserva de um valor para os gerentes e sócios no caso de quebra teria um efeito positivo, diferentemente do que ocorreria na perspectiva do problema de azar-moral. De fato, caso os administradores recebessem algo na falência, estes evitariam a realização de investimentos demasiadamente arriscados, de forma a assegurar um patrimônio mínimo apto a satisfazer-lhes e, também, satisfazer aos credores. Em adendo, os administradores teriam estímulos não apenas para evitar investimentos de alto risco, mas também para efetivamente realizar investimentos mais seguros, pois ainda teriam

alguma renda garantida mesmo se tais investimentos fossem malsucedidos e a sociedade empresária fosse à bancarrota.

Por sua vez, em relação ao problema de atraso em decretar a insolvência, este consiste no incentivo dos administradores em adiar a entrada em processos de bancarrota pelo fato de que não terão nenhum benefício caso tal entrada ocorra. Os autores se referem a esse problema especialmente no que tange à recuperação judicial, pontuando que a demora em sua busca pode gerar gastos desnecessários de recursos e impedir a reestruturação da empresa. Porém, tal raciocínio também pode ser aplicado ao caso de autofalência, pois o atraso na declaração da quebra acarreta dilapidação do patrimônio. Nesse caso, a inversão da prioridade absoluta dos credores também poderia ser uma solução viável.

Apresentados os posicionamentos e os dados obtidos em pesquisas nacionais e estrangeiras sobre a temática dos custos falimentares e seus impactos no mercado e na sociedade, estabeleceu-se uma base teórica adequada para analisar e contextualizar os resultados alcançados na pesquisa de campo feita para fins do presente artigo. Dessa forma, cabe colacionar os dados encontrados e fazer breves considerações a seu respeito à luz das teorias e dos fatos já expostos.

4. Pesquisa de campo, metodologia e resultados

Visando a perquirir alguns dos aspectos que contribuem para os custos falimentares previamente reportados e para a ineficiência generalizada do procedimento de falência, de modo a permitir a busca de possíveis soluções para tais entraves processuais, procedeu-se a uma pesquisa de campo para a coleta de dados empíricos estatísticos. Nesse sentido, foram analisados 65 processos de falência ainda em trâmite perante as Varas Empresariais de Belo Horizonte/MG e Contagem/MG. Tal análise se deu mediante a leitura dos autos e o preenchimento, para cada processo, de um questionário especialmente elaborado para fins do estudo ora em questão, no qual foram incluídas perguntas pertinentes à coleta dos dados empíricos necessários para a condução da pesquisa.

A pesquisa de campo pautou os processos selecionados em dois marcos temporais específicos, tendo sido analisados somente os feitos nos quais a decretação da falência tenha ocorrido a partir de 09 de junho de 2005

(data da entrada em vigor da Lei 11.101/2005, que hoje rege os procedimentos de falência e recuperação de empresas) até 31 de dezembro de 2015, ainda que o requerimento tenha sido anterior a junho de 2005. Tal lapso temporal foi delimitado de maneira a focar os estudos nos processos que tramitaram conforme os preceitos da legislação atual sobre falências (as alterações trazidas pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, ainda não estavam em vigor durante a coleta dos dados empíricos) e de forma a evitar a análise de processos que, sendo muito recentes, não possam fornecer os dados almejados. Além disso, selecionou-se como termo final para a análise do andamento processual das falências a data de 31 de dezembro de 2017, para fins de uniformização dos dados coletados.

Feitas essas considerações metodológicas preliminares, seguem os resultados obtidos por meio da pesquisa de campo:

Visando a perquirir alguns dos aspectos que contribuem para os custos falimentares previamente reportados e para a ineficiência generalizada do procedimento de falência, de modo a permitir a busca de possíveis soluções para tais entraves processuais, procedeu-se a uma pesquisa de campo para a coleta de dados empíricos estatísticos. Nesse sentido, foram analisados 65 processos de falência ainda em trâmite perante as Varas Empresariais de Belo Horizonte/MG e Contagem/MG. Tal análise se deu mediante a leitura dos autos e o preenchimento, para cada processo, de um questionário especialmente elaborado para fins do estudo ora em questão, no qual foram incluídas perguntas pertinentes à coleta dos dados empíricos necessários para a condução da pesquisa.

A pesquisa de campo pautou os processos selecionados em dois marcos temporais específicos, tendo sido analisados somente os feitos nos quais a decretação da falência tenha ocorrido a partir de 09 de junho de 2005 (data da entrada em vigor da Lei 11.101/2005, que hoje rege os procedimentos de falência e recuperação de empresas) até 31 de dezembro de 2015, ainda que o requerimento tenha sido anterior a junho de 2005. Tal lapso temporal foi delimitado de maneira a focar os estudos nos processos que tramitaram conforme os preceitos da legislação atual sobre falências (as alterações trazidas pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, ainda não estavam em vigor durante a coleta dos dados empíricos) e de forma a evitar a análise de processos que, sendo muito recentes, não possam fornecer os dados almejados. Além disso, selecionou-se como termo final para a análise do andamento processual das falências a data de 31 de dezembro de 2017, para fins de uniformização dos dados coletados.

Feitas essas considerações metodológicas preliminares, seguem os resultados obtidos por meio da pesquisa de campo:

1. Qual foi o motivo da crise que levou ao processo de falência?	**%**
Convolação de recuperação judicial em falência.	10,77
Dívidas acima de 40 até 100 salários mínimos.	18,46
Dívidas acima de 100 até 150 salários mínimos.	12,31
Dívidas acima de 150 até 200 salários mínimos.	9,23
Dívidas acima de 200 salários mínimos.	15,38
Não pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora em execução.	16,92
Realização de um dos atos previstos no inciso III do art. 94 da Lei 11.101/2005.	0,00
Autofalência	13,85
Decreto-Lei 7.661 – Dívida inferior a 40 salários mínimos	3,08
2. Qual é a natureza da dívida que resultou no pedido de falência da sociedade devedora?	**%**
Trabalhista.	4,61
Garantia Real.	3,08
Tributária.	0,00
Privilégio especial	0,00
Privilégio geral.	0,00
Quirografária.	67,69
Multa.	0,00
Subordinada	0,00
Não se aplica.	24,62
3. Tempo transcorrido entre o AJUIZAMENTO DA AÇÃO e a DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA?	**%**
Até 1 ano.	21,54
Acima de 1 ano até 2 anos.	27,69
Acima de 2 anos até 3 anos.	16,92
Acima de 3 anos até 4 anos.	13,85

Acima de 4 anos.	20,00
4. No momento da prolação da sentença que decretou a falência, o estabelecimento principal do devedor empresário ainda se encontrava em funcionamento?	**%**
Sim.	23,08
Não.	76,92
5. Houve arrecadação de bens após a decretação da falência?	**%**
Sim.	53,85
Não.	46,15
6. Tempo transcorrido entre a DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA e o INÍCIO DA ARRECADAÇÃO.	**%**
Até 1 ano.	38,46
Acima de 1 ano até 2 anos.	10,77
Acima de 2 anos até 3 anos.	1,54
Acima de 3 anos até 4 anos.	0,00
Superior a 4 anos.	3,08
Não se aplica.	46,15
7. Lapso temporal transcorrido entre a ARRECADAÇÃO DE BENS e sua VENDA.	**%**
Até 1 ano.	15,38
Acima de 1 ano até 2 anos.	7,69
Acima de 2 anos até 3 anos.	0,00
Acima de 3 anos até 4 anos.	0,00
Superior a 4 anos.	3,08
Não se aplica.	73,84
8. Qual foi a modalidade de alienação de bens adotada?	**%**
Leilão.	23,08
Propostas Fechadas.	1,54
Pregão.	0,00
Outra modalidade.	1,54
Não se aplica.	73,84

9. Quantos administradores juduciais atuaram no processo ?	**%**
1	80,00
2	10,77
3	7,69
4	1,54
Acima de 4	0,00
10. Lapso temporal transcorrido entre a prolação da SENTENÇA de decretação da falência e o INÍCIO DO PAGAMENTO dos credores.	**%**
Até 2 anos.	4,61
Acima de 2 anos até 4 anos.	0,00
Acima de 4 anos até 6 anos.	3,08
Acima de 6 anos até 8 anos.	0,00
Superior a 8 anos.	3,08
Não se aplica.	89,23
11. Houve pagamento integral dos credores?	**%**
Sim, sem juros.	0,00
Sim, com juros para todos.	1,54
Sim, com juros para alguns.	0,00
Não.	98,46
12. Quais foram as classes (art. 83 e 84, Lei 11.101/2005 – anteriores à Lei 14.112) pagas, não computados os juros?	**%**
Não se aplica.	89,23
Até credores extraconcursais.	1,54
Até credores trabalhistas.	1,54
Até credores com garantia real.	0,00
Até credores tributários.	6,15
Até credores com privilégio especial.	0,00
Até credores com privilégio geral.	0,00
Até credores quirografários.	1,54

Até credores de multas contratuais, penas pecuniárias por infrações penais ou administrativas, inclusive multas tributárias.	0,00
Até credores subordinados.	0,00
13. Quais foram as classes (art. 83 e 84, Lei 11.101/2005 – anteriores à Lei 14.112) pagas, computados os juros?	**%**
Não se aplica.	98,46
Até credores extraconcursais.	0,00
Até credores trabalhistas.	0,00
Até credores com garantia real.	0,00
Até credores tributários.	1,54
Até credores com privilégio especial.	0,00
Até credores com privilégio geral.	0,00
Até credores quirografários.	0,00
Até credores de multas contratuais, penas pecuniárias por infrações penais ou administrativas, inclusive multas tributárias.	0,00
Até credores subordinados.	0,00
14. Houve valores/bens retirados da massa falida por meio de ação de restituição?	**%**
Sim	4,61
Não	95,39
15. Qual o embasamento para a restituição?	**%**
Propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis.	1,54
Comodato.	0,00
Arrendamento mercantil.	0,00
Fundo garantidor de crédito.	0,00
Outro.	3,07
Não se aplica	95,39

16. Houve apresentação de denúncia por parte do Ministério Público em razão de crime falimentar?		**%**
Sim	**GERAL**	**15,38**
	Art. 178 (Lei 11.101/2005)	7,69
	Art. 12 (Lei 7.429)	3,07
	Art. 168 + Art. 178 (Lei 11.101/05)	1,54
	Art. 168 + 171 + 178 (Lei 11.101/05)	1,54
	Art. 178 + Art. 176 (Lei 11.101/05)	1,54
Não		84,62

17. Nos casos em que não houve apresentação de denúncia, houve a identificação de indícios de algum crime ou a instauração de inquérito?		**%**
Sim	GERAL	40,00
	Art. 178 (Lei 11.101/2005)	14,54
	Art. 168 (Lei 11.101/2005)	1,82
	Art. 168 + Art. 178 (Lei 11.101/05)	9,09
	Art. 168 + 171 + 178 (Lei 11.101/05)	1,82
	Artigo não especificado	12,73
Não		60,00

18. Em caso de apresentação de denúncia pela prática de crime falimentar, houve condenação?	**%**
Sim	0,00
Não	3,08
Não se aplica	96,92
19. Lapso temporal transcorrido entre a data do AJUIZAMENTO da ação de falência e DEZEMBRO DE 2017.	**%**
2 anos (ajuizamento em 12/2015)	0,00
Acima de 2 anos até 4 anos (ajuizamento entre 12/2013 até 11/2015).	7,69
Acima de 4 anos até 6 anos (ajuizamento entre 12/2011 e 11/2013).	12,31
Acima de 6 anos até 8 anos (ajuizamento entre 12/2009 e 11/2011).	18,46

Acima de 8 anos até 10 anos (ajuizamento entre 12/2007 e 11/2009).	21,54
Acima de 10 anos até 12,5 anos (ajuizamento entre 06/2005 e 11/2007).	21,54
Acima de 12,5 anos (ajuizamento anterior a 05/2005, incluso).	18,46
20. Houve alteração do quadro de sócios da sociedade falida no termo legal da quebra?	**%**
Sim	18,46
Não	81,54
21. MÉDIA do LAPSO TEMPORAL durante o qual o processo permaneceu em secretaria e/ou concluso, considerando o tempo de tramitação entre o ajuizamento da ação e dezembro de 2017.	**MÉDIA**
2 anos (ajuizamento em 12/2015)	0,00
Acima de 2 anos até 4 anos (ajuizamento entre 12/2013 até 11/2015).	1 anos e 10 meses
Acima de 4 anos até 6 anos (ajuizamento entre 12/2011 e 11/2013).	2 anos e 8 meses
Acima de 6 anos até 8 anos (ajuizamento entre 12/2009 e 11/2011).	3 anos e 10 meses
Acima de 8 anos até 10 anos (ajuizamento entre 12/2007 e 11/2009).	4 anos e 10 meses
Acima de 10 anos até 12,5 anos (ajuizamento entre 06/2005 e 11/2007).	5 anos e 7 meses
Acima de 12,5 anos (ajuizamento anterior a 05/2005, incluso).	8 anos e 5 meses
22. Presença de desconsideração da personalidade jurídica, a extensão dos efeitos da falência, e/ou a responsabilização dos sócios por meio de ação de responsabilidade.	**%**
Ocorrência	26,15

23. Presença de suspensão do feito ou dos atos executórios		%
Sim	**GERAL**	**30,77**
	Suspensão para julgamento de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ação de responsabilidade ou extensão dos efeitos da falência	9,23
	Suspensão para julgamento de embargos de terceiros	3,08
	Suspensão para julgamento de prestação de contas	1,54
	Suspensão para julgamentos de outras ações	6,15
	Suspensão de atos executórios em razão de recursos com efeito suspensivo	10,77
Não		69,23

TABELA 6 – Fonte: elaborada pela autora

Analisando a tabela, é possível identificar resultados preocupantes quanto ao tempo de tramitação processual, quanto ao tempo em que os autos restam conclusos com o juiz ou aguardando diligências na secretaria do juízo, quanto à organização dos autos, quanto à eficiência do procedimento na persecução de bens a serem arrecadados e quanto ao comportamento dos indivíduos envolvidos na dinâmica processual.

Conforme já explanado no presente artigo, a literatura econômica e jurídica sobre os custos da falência assevera que a demora na conclusão dos feitos falimentares acarreta desvalorização dos ativos e, portanto, contribui para a ineficiência do procedimento. Colocada essa premissa e diante dos dados acima explanados, nota-se, primeiramente, que o tempo de tramitação dos processos de falência é muito extenso, especialmente se comparado ao número de procedimentos bem-sucedidos, em que se conseguiu proceder ao pagamento, ainda que parcial, dos credores. Com efeito, a maior parte dos feitos analisados já se encontra em trâmite, até o marco temporal de análise fixado para a pesquisa (31 de dezembro de 2017), por 8 a 12,5 anos (21,54% para os feitos que já tramitam de 8 a 10 anos e 21,54% para os feitos que já tramitam de 10 a 12,5 anos) sem alcançar o encerramento e parte considerável apresenta trajetória processual mais extensa do que 12,5 anos (18,46%). A divisão dos processos analisados em faixas de tempo de tramitação teve como intuito evitar vieses negativos ou positivos acerca da duração das falências,

uma vez que a data de ajuizamento das ações varia consideravelmente, não sendo possível avaliar de maneira equivalente os feitos ajuizados em 2015 e aqueles ajuizados antes do advento da Lei 11.101/05, por exemplo.

Além disso, foi possível constatar que os processos permaneceram por longos períodos de tempo inertes no Judiciário, o que provocou atraso em sua tramitação e conclusão. De fato, considerando as faixas de tempo de tramitação de cada processo, percebe-se que em cerca de metade da duração dos feitos estes permaneceram parados na secretaria do juízo ou conclusos com o magistrado. Tal morosidade deu-se, principalmente, (1) em função das adversidades nas tentativas de localizar tanto os sócios das sociedades falidas, quanto bens para serem arrecadados e leiloados a fim de pagar os credores; (2) em razão da complexidade das decisões a serem tomadas tanto no processo principal da falência, quanto nos incidentes e processos conexos, que exigiriam maior conhecimento técnico específico das áreas de economia, finanças e administração; (3) por força da dificuldade e da burocracia na alienação do ativo arrecadado; (4) e em decorrência da dificuldade em realizar uma leitura integrada dos autos, dada sua extensão (os processos apresentam, no mínimo, 4 a 9 volumes de 200 a 300 páginas cada, podendo chegar a mais de 100 volumes, sem prejuízo dos incidentes a eles vinculados), o que facilita a prática repetida dos mesmos atos e a demora na determinação de novos: dessa forma, ainda que os juízes se dediquem a proferir decisões de forma célere, normalmente poucos dias após a conclusão dos autos, não conseguem promover a rapidez na tramitação do processo.

Portanto, diante dessas considerações é possível notar que o formalismo legal, alvo de duras críticas na literatura econômica sobre a eficiência do feito falimentar, parece gerar maiores prejuízos, no caso brasileiro, especialmente no que tange ao procedimento de alienação do ativo e aos casos de suspensão processual apenas, sendo grande parte da morosidade relacionada a uma questão administrativa e organizacional dos órgãos decisórios e de seus auxiliares, ao comportamento normalmente inidôneo dos sócios falidos (que na maioria dos casos procuraram ao máximo fugir de suas obrigações, dilapidando o patrimônio societário, mudando de domicílio e, em 76,92% dos casos, encerrando suas atividades sem notificar a junta comercial) ou ao patrimônio diminuto das sociedades em bancarrota (conforme demonstra a Tabela nº 3 do presente artigo, a maior parte das falências decretadas refere-se a microempresas e empresas de pequeno porte: em média, 68,38% das falências decretadas em 2016, 2017 e 2018 referem-se a tais tipos de empreendimentos).

No que tange à supracitada má-fé dos sócios de muitas das sociedades falidas e às suas consequências danosas para a eficiência processual, insta salientar que em 26,15% dos casos foi necessário adotar medidas como desconsideração da personalidade jurídica, extensão dos efeitos da falência ou ações de responsabilidade para a obtenção de algum ativo, acarretando atrasos na tramitação do feito, e na maioria dos casos em que não foram adotadas essas medidas, estavam presentes os requisitos para tanto, mas a dificuldade em encontrar os sócios ou em provar a existência do grupo econômico desestimulava o administrador judicial e o Ministério Público a adotá-las. Além disso, nota-se que a previsão de crimes falimentares não exerce, na maior parte das vezes, seu papel de desestimular condutas inadequadas por parte dos sócios, pois, não obstante indícios de seu cometimento tenham sido identificados em 40% dos casos, apenas em 15,38% foi proposta denúncia por parte do Ministério Público e em 96,92% dos casos não foi noticiado nos autos o andamento da ação penal proposta, o que impedia o magistrado de aplicar as consequências decorrentes de eventual condenação (como por exemplo, o aumento do prazo para extinção das obrigações, previsto no antigo inciso IV do art. 158 da Lei 11.101/05, ora revogado pela Lei 14.112/2020).

Em particular, no que concerne ao alegado formalismo na venda dos bens das sociedades falidas, cumpre ressaltar ter sido constatado um apego exagerado da lei e de seus aplicadores à alienação por hasta pública, especialmente na modalidade do leilão (em 23,08% dos feitos falimentares analisados, o patrimônio foi vendido por meio de leilão, enquanto somente em 1,54% adotou-se a modalidade das propostas fechadas e em 1,54% permitiu-se a venda por outra modalidade autorizada pelo juiz - saliente-se que nos demais procedimentos não havia ativos ou tais ativos não consistiam em bens diversos do dinheiro, enquadrando-se na categoria "não se aplica" prevista no questionário). Esse apego à hasta pública, não obstante tenha como intuito garantir o melhor retorno na venda dos bens e evitar conluios para fraudar a execução por meio da venda desvalorizada e prejudicial do ativo, foi causa de ineficiência em muitos dos processos analisados, nos quais identificou-se uma insistência desmedida em designar diversos leilões, sendo que a cada certame designado, mais tempo transcorre e mais depreciado se torna o patrimônio da falida. Ademais, o longo lapso temporal entre a avaliação prévia dos bens e a efetiva realização das hastas acaba por frustrar os certames, uma vez que os bens acabam se revelando supervalorizados no momento da venda e não são encontrados pretendentes para sua aquisição por valor superior à metade do preço de avaliação. O que se visa a criticar no presente artigo não é a preferência legal pelas modalidades de alienação

previstas na redação original do art. 142 da Lei 11.101/05, mas sim a enorme resistência de todos aqueles que atuam e interagem no ambiente do processo falimentar em aplicar o art. 144 da Lei 11.101/05. Com efeito, mesmo após o primeiro leilão frustrado, dificilmente são adotadas vias privadas de venda dos bens por parte do administrador judicial, não obstante este seja uma pessoa de confiança do juízo e, portanto, presumidamente idônea na condução de seus atos. Essa resistência, também relacionada à ausência de especialização econômica e financeira dos agentes atuantes no processo falimentar (que apresentam dificuldades em identificar quando a opção pela hasta pública mostrar-se-á ineficiente), acaba por atrasar a realização do ativo ou até mesmo inviabilizá-la nos casos de bens com maior dificuldade de recepção pelo mercado, acarretando ineficiências no ressarcimento dos credores por força de uma ligação desmedida a formalismos.

Entretanto, com o advento da recente Lei 14.112/2020, a Lei 11.101/2005 sofreu algumas alterações no tocante aos meios de alienação patrimonial, cujo intuito claramente consiste em corrigir os problemas acima apontados e, por conseguinte, tentar conferir maior eficiência à realização dos ativos arrecadados. Nesse âmbito, vale citar, em especial, as novidades trazidas para a redação do art. 142 da Lei 11.101/2005, que trata das modalidades de alienação dos ativos arrecadados na falência. Primeiramente, nota-se que foram excluídas do texto legal as modalidades do pregão e das propostas fechadas (revogação dos incisos II e III do aludido art. 142), haja vista consistirem em procedimentos mais complexos e demorados, caracterizados por raríssima aplicação prática e pouca efetividade. Ademais, foram introduzidos dois novos meios expropriatórios, dispostos nos incisos IV e V do referido artigo, cujos conteúdos demonstram grande relevância dada a meios privados e mais céleres para a venda do patrimônio. Veja-se (destaques não originais):

> Art. 142. A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades:
>
> I - leilão eletrônico, presencial ou híbrido;
>
> II - (revogado);
>
> III - (revogado);
>
> IV - processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada,

> cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso;
>
> V - qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta Lei.

Com efeito, por meio da inclusão dos supracitados incisos IV e V, percebe-se que todas as possíveis modalidades de realização do ativo foram alçadas ao *status* equivalente àquele do leilão, dando maior confiança e credibilidade à adoção de vias expropriatórias alternativas que se revelem mais adequadas no caso concreto. Seguindo tal linha de raciocínio, pode-se concluir que a alteração legal ora em comento flexibilizou e modernizou a alienação de ativos falimentares, tornando "regra" a previsão excepcional do art. 144 da Lei 11.101/2005 (à qual os atores do processo falimentar demonstravam grande resistência) e, consequentemente, abrindo espaço para a utilização mais consciente do mecanismo do leilão. Além disso, ainda no tocante ao art. 142 da Lei 11.101/2005, cabe enaltecer a revogação de seu §1º, que previa formalismos exagerados, custosos e obsoletos para a designação de leilões[195], e a introdução do §2º-A, responsável por positivar, em seus cinco incisos, certas diretrizes voltadas para a potencialização da eficiência e da celeridade na alienação dos bens da sociedade falida. Tais diretrizes estabelecidas são as seguintes (apresentadas na exata ordem dos incisos do aludido §2º-A):

> **I -** A alienação dos ativos dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda;
>
> **II** - A alienação independerá da consolidação do quadro-geral de credores;
>
> **III** - A alienação poderá contar com serviços de terceiros como consultores, corretores e leiloeiros;

195 Para conhecimento, segue a redação do revogado §1º do art. 142 da Lei 11.101/2005: ***§ 1º*** *A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.*

IV - A alienação deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da lavratura do auto de arrecadação, no caso de falência;

V - A alienação não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil.

Analisando as alternativas supra arroladas, nota-se que os comandos dispostos nos incisos I e IV têm como essência a conferência de celeridade ao procedimento expropriatório na seara falimentar e a delimitação do prazo máximo para a sua concretização[196], visando a evitar a drástica desvalorização sofrida pelo patrimônio em razão da atual morosidade em sua alienação e, por conseguinte, pretendendo reduzir os altos custos falimentares correlatos.

Por sua vez, os incisos II e III apresentam como cerne a eliminação de formalismos desnecessários (como a necessidade de aguardar a consolidação do quadro geral de credores para proceder à realização dos ativos) e a introdução de medidas aptas a tornar o procedimento falimentar mais especializado e condizente com a realidade econômica (de fato, a utilização de serviços prestados por terceiros especializados na área de vendas de bens pode propiciar a maximização dos ativos e reduzir o tempo de alienação).

Por fim, quanto ao inciso V, cumpre asseverar que seu teor pode suscitar controvérsias, uma vez que a determinação de inaplicabilidade do conceito de preço vil acarreta tanto benefícios, quando analisada do ponto de vista da otimização, aceleração e racionalização do procedimento de alienação patrimonial, quanto malefícios, quando examinada na perspectiva do direito de defesa da devedora falida e das condutas oportunistas de adquirentes de má-fé. Nesse sentido, no que concerne às vantagens potencialmente associáveis ao inciso V do §2º-A da nova redação do art. 142 da Lei 11.101/2005, considerando que o Código de Processo Civil de 2015, no parágrafo único de seu art. 891, reputa como preço vil qualquer quantia inferior ao valor mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital ou, no caso de omissão, abaixo de 50% do valor de avaliação, a inaplicabilidade do aludido conceito permite que a venda seja realizada com base nas propostas existentes na prática,

196 Cumpre destacar que o legislador demonstrou grande preocupação com a necessidade de agilizar o procedimento de alienação dos ativos falimentares, tendo reiterado em três ocasiões a obrigatoriedade de promoção da expropriação no interregno máximo de 180 dias contados a partir da juntada de cada auto de arrecadação: art. 22, inciso III, alínea "j"; art. 99, §3º; e art. 142, §2º-A, inciso IV, todos da Lei 11.101/2005, alterada pela Lei 14.112/2020.

o que promove maior adequação do processo de expropriação à regra mercadológica da oferta e da demanda, tornando-o mais racional, rápido e eficiente, bem como evitando as despesas decorrentes da reiteração de avaliações dos bens e de inúmeras tentativas infrutíferas de venda. Por outro lado, a simples exclusão da noção de preço vil do contexto falimentar pode estimular o comportamento de má-fé dos eventuais interessados na compra dos bens, principalmente nos casos de omissão acerca do valor mínimo de venda e de ausência de muitos interessados na aquisição, propiciando o oferecimento tão somente de valores ínfimos para a celebração da alienação. Nesse caso, estariam sendo prejudicados não apenas a meta básica de maximização dos ativos falimentares, mas também os meios processuais disponíveis aos devedores para evitar a dilapidação infrutífera de seu patrimônio, haja vista que lhes seria negada a defesa com base na alegação de invalidade da expropriação em razão de preço vil. Portanto, para minimizar os riscos latentes na aplicação do dispositivo legal ora em comento e acentuar suas benesses, mostra-se essencial que sempre haja a estipulação do preço mínimo de venda por parte dos magistrados, com auxílio do administrador judicial, das partes e, se necessário, de terceiros.

Com o intuito de concluir a breve explanação acerca das recentíssimas alterações sofridas pelo art. 142 da Lei 11.101/2005, cabe discorrer sobre seu novel §3º-A, que estabelece parâmetros para a designação de leilões no âmbito dos feitos falimentares. De acordo com o parágrafo em questão, os leilões presenciais, eletrônicos ou híbridos dar-se-ão em três chamadas distantes de 15 dias entre si, sendo que, na primeira, o valor mínimo de alienação será aquele de avaliação do bem; na segunda, o preço mínimo será de 50% do valor de avaliação; e, na terceira, o bem poderá ser vendido por qualquer quantia. Não obstante seja identificável, nessa esfera, uma tentativa do legislador de aumentar as chances de venda dos bens arrecadados por montantes pecuniários os mais elevados possíveis, cumpre destacar que a imposição de designação de três chamadas para as hastas públicas coloca-se na contramão da tendência de valorização da celeridade, da eficiência e da maximização dos ativos observada nas demais mudanças introduzidas no art. 142 da Lei 11.101/2005. Com efeito, tal previsão legal tende a aumentar o tempo de duração dos editais de leilão, haja vista a propensão dos potenciais arrematantes a comparecem em hasta somente na terceira chamada, onde terão liberdade de lances. Ademais, note-se que a redação do inciso III do aludido §3º-A se limita a determinar que a venda do patrimônio poderá ocorrer por qualquer valor em terceira chamada, sem fazer ressalva expressa à possibilidade de determinação de lance mínimo pelo juiz. Tal conjuntura

normativa, combinada com a inaplicabilidade do conceito de preço vil (art. 142, §2º-A, V, da Lei 11.101/2005), incentiva ainda mais o comportamento oportunista dos participantes do leilão, que tenderão a se aproveitar da abertura legal e apresentar ofertas descabidas, dificilmente contestáveis com base na legislação falimentar positivada. Insta salientar, ainda, que a obrigatoriedade de previsão, nos editais dos certames, de diversas chamadas com preços mínimos variados remonta à tradição do Código de Processo Civil de 1973 (art. 686, VI), que já havia sido superada pelo advento do Código de Processo Civil de 2015[197] e é incompatível com a modalidade de leilão eletrônico.

Ainda no tocante ao tempo de tramitação dos feitos, outro aspecto que influencia negativamente essa variável e que está ligado à teoria do formalismo consiste nos longos períodos de suspensão processual em razão, principalmente, da interposição de recursos com efeitos suspensivos (ainda que não automáticos) ou em relação aos quais o juiz preferiu aguardar o desfecho e da demora no julgamento de ações conexas à falência, das quais o feito principal depende para obter algum ativo apto a ressarcir credores ou para ter plena certeza se determinado bem compõe ou não o patrimônio da falida. Em geral, percebeu-se que 30,77% das ações analisadas sofreram suspensões por força dos motivos elencados, sendo que 10,77% desse percentual decorre da interposição de recursos e 9,23% desse percentual é decorrente de incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, ação de responsabilidade dos sócios ou extensão dos efeitos da falência.

Por sua vez, no que se refere à arrecadação do ativo e ao ressarcimento dos credores, vale pontuar que em quase metade dos casos analisados (46,15%) não foi encontrado nenhum ativo para satisfação dos créditos, tendo sido as falências completamente frustradas. Ademais, em 98,46% dos processos não houve pagamento integral dos credores ou qualquer pagamento com cômputo de juros e no único feito em que esse pagamento foi efetuado tal se deu por iniciativa dos sócios, que excepcionalissimamente decidiram, após a decretação da falência, quitar integralmente as dívidas da sociedade. Em 89,23% das ações, até o marco temporal de sua análise (31 de dezembro de 2017), não havia sido procedido ao pagamento de nenhum credor, mesmo sem considerar os juros. Todavia, mesmo nos casos em que algum ativo havia sido arrecadado, esse só se mostrava suficiente para pagar parte dos créditos

197 O Código de Processo Civil de 2015 prevê a necessidade de designação de duas chamadas apenas para os leilões presenciais (art. 886, V) e não estabelece valores de alienação mínimos diferentes: em todas as chamadas, o bem poderá ser arrematado por qualquer lance, desde que não consista em preço vil.

extraconcursais ou, no máximo, para quitá-los e pagar parcialmente ou integralmente os credores da classe com maior prioridade existente no caso concreto (nem sempre estavam presentes credores trabalhistas, o que explica o fato de o percentual de pagamento até os créditos tributários ser superior ao percentual de pagamento somente até os créditos trabalhistas). Em adendo, percebeu-se que a ação de restituição não costuma ser uma causa recorrente de diminuição do patrimônio arrecadado, tendo sido tal medida ausente em 95,39% dos casos e, quando presente, sua procedência ocorreu em apenas 1,54% dos casos.

Ainda no que tange à temática da arrecadação de ativos, mostra-se relevante correlacionar os dados supramencionados com aqueles referentes à duração média dos processos de falência. De fato, pode-se perceber a presença de uma combinação que denota grande ineficiência, qual seja: apesar da ausência de bens suficientes à satisfação dos credores, os procedimentos falimentares continuam a tramitar por diversos anos, provocando o aumento despropositado dos créditos extraconcursais a serem adimplidos e dos custos diretos e indiretos da falência. Nesse contexto, insta salientar que a Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, trouxe inovações aptas a contrapor tal ciclo de ineficiência por meio da delimitação do tempo de tramitação processual e da realocação de despesas nos casos em que credores requeiram a continuação do procedimento falimentar mesmo após a constatação da ausência de patrimônio suficiente para a quitação de todos os débitos. Seguindo essa linha de raciocínio, vale citar o teor do novo art. 114-A e a inédita redação do art. 158, ambos da Lei 11.101/2005. Primeiramente, quanto ao art. 114-A, este dispõe acerca das medidas a serem tomadas na hipótese em que não forem arrecadados bens ou em que tais bens forem insuficientes:

> **Art. 114-A.** Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o administrador judicial informará imediatamente esse fato ao juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, fixará, por meio de edital, o prazo de 10 (dez) dias para os interessados se manifestarem.
>
> **§ 1º** Um ou mais credores poderão requerer o prosseguimento da falência, desde que paguem a quantia necessária às despesas e aos honorários

> do administrador judicial, que serão considerados despesas essenciais nos termos estabelecidos no inciso I-A do *caput* do art. 84 desta Lei.
>
> **§ 2º** Decorrido o prazo previsto no *caput* sem manifestação dos interessados, o administrador judicial promoverá a venda dos bens arrecadados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para bens móveis, e de 60 (sessenta) dias, para bens imóveis, e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dispostos neste artigo.
>
> **§ 3º** Proferida a decisão, a falência será encerrada pelo juiz nos autos.

Pela leitura do dispositivo acima colacionado, verifica-se que, a partir da constatação da ausência ou insuficiência de ativos a serem arrecadados, a continuidade do feito estará subordinada à vontade dos credores de manter a busca por patrimônio alienável, sendo tal desígnio condicionado ao fato de que os credores em questão passem a arcar com as despesas processuais e com os honorários do administrador judicial. Dessa maneira, evitar-se-á a tramitação protelatória das falências e o acúmulo de mais débitos em nome da falida, promovendo-se a realocação dos gastos para os interessados no prosseguimento dos atos processuais. Outrossim, em relação ao art. 158 da Lei 11.101/2005, a nova redação conferida pela Lei 14.112/2020 também contribuiu para minimizar as ineficiências apontadas alhures, promovendo não apenas a redução do tempo de tramitação dos feitos falimentares, mas, também, maior facilidade para a consecução da extinção das obrigações do falido e, por conseguinte, da perspectiva de *fresh start*. Com efeito, o referido artigo, em seu inciso II, reduz de 50% para 25% o percentual de quitação dos créditos quirografários necessário para a extinção das obrigações do devedor e, em seu inciso V, determina que tais obrigações serão extintas após o decurso do curto prazo de 03 anos, cuja contagem se inicia no ato de decretação da falência e não a partir de seu encerramento, como ocorria no caso dos revogados incisos III e IV. Conclui-se, portanto, que as alterações introduzidas no art. 158 da Lei 11.101/2005 pretendem causar uma drástica e repentina redução no tempo de tramitação das falências e de responsabilização dos falidos pelas obrigações a elas correlatas, dando prioridade ao soerguimento da economia e à possibilidade de reintrodução

de bens e agentes no mercado. Nesse sentido, optou-se por abrandar ou até mesmo abandonar o viés punitivo que a legislação falimentar brasileira ainda carregava[198] (como resquício da forma pela qual o instituto era visto em seus primórdios), conferindo ao procedimento de falência um caráter mais objetivo e neutro, enquanto sequência de atos voltados para a liquidação do patrimônio do devedor, satisfação dos credores e realocação dos bens e agentes para aplicabilidade mais eficiente no contexto mercadológico.

Quanto ao motivo de requerimento das falências, cumpre destacar que em 55,38% dos casos esses se basearam na presença de dívidas acima de 40 salários mínimos consubstanciadas em títulos líquidos devidamente protestados, sendo 18,46% dos pedidos decorrentes de dívidas entre 40 e 100 salários mínimos. Malgrado consistam em montantes aparentemente muito baixos para acarretar a decretação de uma falência, vale ressaltar que, na maioria dos casos, a ausência de pagamento desses valores indicava que o devedor empresário já se encontrava em uma situação econômica difícil e a total inexistência de pedidos defensivos de recuperação judicial na amostra analisada demonstra que os próprios sócios já possuíam ciência da inviabilidade do negócio.

Finalmente, mostra-se importante pontuar que a maioria das falências analisadas foi decretada a pedido de credores quirografários, que se revelam os maiores atingidos pela ineficiência dos procedimentos falimentares. Tal dado pode conduzir à conclusão de que a elevada quantia de falências frustradas determina um desamparo ainda maior dos credores sem garantias especiais e privilégios, que se veem sem nenhum método eficaz para o adimplemento de seus créditos. Com efeito, essa classe de credores tende a recorrer mais ao procedimento falimentar (conduta de *ultima ratio*), haja vista terem maior dificuldade de obter o pagamento por parte do devedor, e, caso até mesmo tal procedimento não se mostre rápido e eficaz na tentativa de garantir o cumprimento das obrigações pactuadas, os credores quirografários estarão inseridos em um sistema de grande insegurança jurídica. Uma situação do

198 De acordo com os incisos III e IV do art. 158 da Lei 11.101/2005, ora revogados pela Lei 14.112/2020, as obrigações da sociedade falida só poderiam ser extintas 05 anos após o encerramento da falência ou, no caso de condenação por crime falimentar, 10 anos após tal encerramento. Considerando o extenso interregno de duração dos feitos falimentares na atualidade, resta claro que a consecução da mencionada extinção das obrigações tornava-se um fato quase impossível para os devedores empresários, que, por força da incidência do art. 102 da Lei 11.101/2005, se viam inabilitados para o exercício regular da atividade empresarial por tempo indeterminado. Tal conjuntura provocava ineficiências *ex post* nas falências, pois priva o mercado de novos empreendimentos, estimula a informalidade, impede o *fresh start* e cria dificuldades financeiras intermináveis para inúmeros indivíduos.

gênero dificulta as transações comerciais, determina o aumento dos preços e dos juros e, também, acaba por determinar maior exigência de concessão de garantias para a realização de negócios, o que tende a estimular a exclusão dos menos abastados nas relações mercadológicas e a manutenção da desigualdade social.

5. Propostas de minimização de alguns dos fatores de ineficiência procedimental identificados

Tendo em vista a pesquisa de campo realizada e os resultados acima apresentados, nota-se haver grandes desafios para tornar o procedimento falimentar mais eficiente e apto a atingir suas finalidades sociais. Com efeito, foram identificados diversos fatores causadores de ineficiência e alguns, como a má-fé dos sócios de muitas das sociedades falidas, extrapolam o âmbito processual, impossibilitando sua minimização somente pela adaptação de normas e de técnicas de gestão. Todavia, é possível apontar algumas possíveis soluções para a melhoria da eficiência dos procedimentos de bancarrota, especialmente no que concerne aos problemas de administração dos autos demasiadamente extensos, de escolha do melhor meio de realização dos ativos e de redução do tempo para tomada de decisões relativas a conteúdos de alta complexidade, não apenas jurídica, mas também econômica e financeira.

Primeiramente, no que concerne aos últimos dois problemas supracitados, relativos à escolha do meio de alienação do patrimônio da falida e à morosidade no proferimento de decisões complexas, uma possível forma de reduzi-los ou resolvê-los consiste na disponibilização de treinamentos especializados para os magistrados, promotores e administradores judiciais nas áreas de economia, finanças, contabilidade e particularidades mais herméticas do direito falimentar. De acordo com estudos feitos pelo Banco Mundial e relatados no Projeto *Doing Business* 2019:

> Um judiciário bem preparado e robusto é fundamental para o Estado de Direito. O treinamento de juízes facilita a rápida resolução de conflitos e pode levar a decisões judiciais de maior qualidade. O treinamento também pode promover maior

> uniformidade e previsibilidade das decisões e pode aumentar a confiança do público na capacidade do sistema de lidar efetivamente com assuntos especializados. Juízes bem treinados mantêm o Estado de Direito através de princípios duradouros e processos previsíveis, ao mesmo tempo em que respondem a uma sociedade em rápida mudança. (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 53)[199] (grifamos).

Nesse sentido, cabe ressaltar que a promoção de treinamentos para os juízes, membros do Judiciário e ocupantes de funções essenciais à justiça de uma maneira geral tem se tornado uma exigência mundial para a garantia da eficiência processual, especialmente no que concerne aos casos de bancarrota, cuja complexidade torna o treinamento ainda mais necessário. Seguindo tal lógica, há iniciativas internacionais, advindas principalmente da União Europeia, de estabelecer princípios comuns para guiar e informar essa "formação complementar" dos aplicadores da lei, tendo sido elaborados, entre outros, os seguintes princípios (apesar de estes se referem apenas para juízes, devem ser usados também para outros membros e partícipes da dinâmica do exercício da função jurisdicional): (1) O treinamento judicial deve ser multidisciplinar e incluir tanto conhecimentos jurídicos, quanto não jurídicos, habilidades profissionais e valores; (2) Juízes têm de receber treinamento prévio para exercer sua função (esse princípio é bem interessante para o âmbito falimentar, sendo válido pontuar que em 38 países do 190 analisados no projeto *Doing Business* 2019, como a França, o Peru e Madagascar, é requisito para se tornar juiz falimentar a comprovação de experiência e conhecimento pregresso em Direito Empresarial, finanças e/ou mercado de capitais); (3) O treinamento contínuo é um direito e um dever dos juízes; (4) Visando a manter a independência e imparcialidade dos juízes, o conteúdo dos treinamentos deve ser definido apenas pelas instituições nacionais responsáveis unicamente por tal treinamento; (5) O treinamento de juízes deveria ser feito, prioritariamente, por outros juízes, haja vista compreenderem melhor os pontos a serem trabalhados para melhorar o

199 Tal trecho consiste em uma tradução livre de *Doing Business - World Bank* (2019). Excerto original: *A well-prepared and robust judiciary is fundamental to the rule of law. The training of judges facilitates the prompt resolution of trials and can lead to judicial decisions of higher quality. Training can also foster greater uniformity and predictability of decisions and can increase public confidence in the legal system's ability to deal effectively with specialized matters. Well-trained judges maintain the rule of law through enduring principles and predictable processes, while also responding to a rapidly changing society.*

exercício da função jurisdicional; (6) Deve-se utilizar métodos de ensino adequados, modernos e focados na aplicação prática; (7) Deve-se alocar recursos públicos especialmente para o fim de promover o treinamento dos juízes; (8) Os desembargadores e ministros, que também devem receber treinamentos, têm de dar apoio e participar do treinamento dos juízes. Esses princípios são resumidos em uma tabela elaborada pelo Banco Mundial no projeto *Doing Business* 2019:

TABLE 6.1 Principles of judicial training

Common principle	European Judicial Training Network principles	International Organization for Judicial Training principles
Judicial training is multidisciplinary and includes legal and non-legal knowledge, professional skills and values.	Judicial training is a multidisciplinary and practical type of training, essentially intended for the transmission of professional techniques and values complementary to legal education.	Acknowledging the complexity of the judicial role, judicial training should be multidisciplinary and include training in law, non-legal knowledge, skills, social context, values and ethics.
Judges need to receive initial training.	All judges should receive initial training before or on their appointment.	All members of the judiciary should receive training before or upon their appointment.
Continuous training is a right and responsibility for judges.	All judges should have the right to regular continuous training after appointment and throughout their careers and it is their responsibility to undertake it. They should have time for it as part of their working time. Every Member State should put in place systems that ensure judges are able to exercise this right and responsibility.	All members of the judiciary should also receive regular training throughout their careers. It is the right and the responsibility of all members of the judiciary to undertake training. Each member of the judiciary should have time to be involved in training as part of their judicial work.
Institutions responsible for judicial training should determine the content.	In accordance with the principles of judicial independence the design, content and delivery of judicial training are exclusively for national institutions responsible for judicial training to determine.	To preserve judicial independence, the judiciary and judicial training institutions should be responsible for the design, content, and delivery of judicial training.
Judges should train judges.	Training should primarily be delivered by judges who have been previously trained for this purpose.	Training should be judge-led and delivered primarily by members of the judiciary who have been trained for this purpose.
Adequate education techniques should be used.	Active and modern educational techniques should be given primacy in judicial training.	Judicial training should reflect best practices in professional and adult training program design. It should employ a wide range of up-to-date methodologies, involving new technologies, distance/online learning (complementary when appropriate) and electronic media.
Appropriate funding should be allocated.	Member States should provide national institutions responsible for judicial training with sufficient funding and other resources to achieve their aims and objectives.	All states should provide their institutions responsible for judicial training with sufficient funding and other resources to achieve their aims and objectives.
The senior judiciary should support training.	The highest judicial authorities should support judicial training.	Judicial leaders and the senior judiciary should support judicial training.

Sources: Adapted from European Judicial Training Network 2016 and International Organization for Judicial Training 2017.

TABELA 7 – Fonte: *Doing Business* 2019.

Nessa perspectiva, ressalte-se que, conforme dados constantes do *Doing Business* 2019, a realização de treinamentos para os juízes e outros atores essenciais para a prestação jurisdicional acarretou resultados positivos sobre o tempo de duração do processo, que foi reduzido nos países que implementaram o sistema de treinamento, e sobre a qualidade e previsibilidade das decisões judiciais, cujo percentual de reformas nos Tribunais sofreu diminuição. Nesse sentido, vale mencionar o exemplo do Chile que, após implementar o treinamento de juízes com uma reforma legislativa na regulação falimentar em 2014, conseguiu promover a redução

do tempo de duração em processos de falência no importe de 3,2 anos. Outro exemplo interessante foi observado nos Emirados Árabes, em que os treinamentos judiciais reduziram o número de recursos e, principalmente, o número de decisões efetivamente reformadas pelos Tribunais.

Além da disponibilização de treinamentos especializados para os agentes atuantes no processo falimentar, mostra-se imprescindível apresentar uma possível solução para o problema de administração dos autos demasiadamente extensos, que é um dos principais responsáveis pelos atrasos na tramitação processual. Com efeito, a dificuldade de manejar inúmeros volumes, de entender os pontos principais da lide e as diligências a serem determinadas, bem como de encontrar as informações indispensáveis para proferir decisões merece especial atenção para promover a melhoria de gestão das Varas Empresariais.

Nesse ponto, é interessante mencionar a iniciativa tomada pela juíza da 1ª Vara Empresarial de Belo Horizonte/MG, Cláudia Helena Batista, cuja inspiração adveio da observação da pesquisa de campo realizada para fins do presente artigo. A magistrada, visando a facilitar, melhorar e acelerar a análise dos longos processos falimentares e de recuperação judicial, desenvolveu, com a ajuda dos professores Lídia Caixeta Batista e Celso Godinho da Costa, o SAIE (Sistema Acelera 1ª Empresarial), consistente em um programa eletrônico que permite organizar as fases do trâmite processual, controlar prazos judiciais, inserir arquivos (como as decisões publicadas) e comentários com resumos do conteúdo das decisões, das petições e dos pareceres. Dessa forma, com a alimentação desse sistema, restaria mais fácil e rápido para os juízes e para seus auxiliares compreender o estado do processo, suas particularidades e a fase em que se encontra, além de diminuir consideravelmente o trabalho da secretaria de deslocamento de volumes dos autos e poupar tempo para o exercício de atribuições mais importantes. Ademais, o SAIE permite a inclusão do nome do administrador judicial designado para cada falência ou recuperação judicial, o que não apenas propicia maior facilidade na identificação do profissional nomeado para fins de comunicação, mas também permite e favorece a fiscalização de sua performance processual e o respeito a critérios de meritocracia e proporcionalidade no momento de nomear administradores para novas falências e recuperações (evita-se a beneficiação desmedida de um profissional em detrimento dos demais).

Dessa forma, resta claro que o sistema SAIE se insere na perspectiva de aperfeiçoamento da gerência das varas empresariais e de aumento da eficiência dos feitos falimentares, haja vista ter como intuito reduzir a duração

dos processos, promover o respeito a prazos (ainda que impróprios), aumentar a qualidade das decisões e fiscalizar a atuação dos administradores judiciais, sendo uma solução viável para o problema de dificuldades no manuseio dos autos falimentares. Ademais, tal iniciativa se revela coerente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo e se mostra condizente com o dever do juiz de liderar sua equipe e buscar ferramentas de eficiência que, na medida do possível, promovam o envolvimento de todos os colaboradores, tanto do gabinete (assessor e estagiário), quanto da secretaria. Inclusive, vale notar que iniciativas semelhantes têm se difundido ao redor do mundo e podem se proliferar ainda mais com a disseminação dos treinamentos judiciais na área de tecnologia: nos Emirados Árabes, por exemplo, conforme dados do *Doing Business* 2019, um sistema parecido foi instalado nas varas empresariais em 2014, contribuindo significativamente para o aumento da eficiência.

Por fim, mostra-se indispensável asseverar que, conforme demonstrado ao longo do presente artigo, a entrada em vigor da recente Lei 14.112/2020 trouxe inúmeras alterações positivas para os dispositivos da Lei 11.101/2005, tendo como intuito fundante a premente necessidade de tornar mais eficiente e menos custoso o procedimento falimentar brasileiro. Em uma análise complessiva das mudanças atinentes ao tema deste trabalho, a Lei 14.112/2020 introduziu novidades consideráveis, aptas a abrandar abrupta e imediatamente algumas das graves ineficiências constatadas nos procedimentos de falência. Não obstante seja utópica a pretensão de corrigir todos os possíveis problemas causadores de custos falimentares, o legislador, ao elaborar a Lei 14.112/2020, preocupou-se não apenas em estabelecer regras concretas e aplicáveis de imediato, mas também em construir uma base principiológica positivada que fosse capaz de orientar os aplicadores do Direito no suprimento de lacunas e na intepretação tanto dos dispositivos antigos, quanto daqueles recém incluídos na legislação. Tais normas balizadoras encontram-se condensadas principalmente no art. 75 da Lei 11.101/2005[200] e, conforme poderá ser evidenciado pela leitura da sua transcrição abaixo, essas diretrizes refletem com primazia as noções de finalidade, função e metas do procedimento falimentar, em consonância com

200 Além do art. 75 da Lei 11.101/2005, também é interessante fazer menção ao art. 22, II, alíneas "f" e "g", da Lei 11.101/2005 (alterada pela Lei 14.112/2020). De fato, tais dispositivos incluem entre os deveres do administrador judicial aquele de evitar que as partes adotem expedientes protelatórios, inúteis ou prejudiciais, bem como aquele de estimular soluções autocompositivas que acarretem maior efetividade econômico-financeira e proveito social para os agentes econômicos envolvidos. Nota-se que tais responsabilidades estão intrinsecamente correlacionadas com a promoção de uma falência mais eficiente, rápida e economicamente viável.

as explanações teóricas conduzidas na parte inicial deste artigo:

> 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.
>
> § 1º 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 nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).
>
> § 2º 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.

Percebe-se, portanto, que as modificações incorporadas à Lei 11.101/2005 visam a potencializar a eficiência do procedimento falimentar, buscando celeridade, maximização de ativos, redução dos impactos mercadológicos e promoção do soerguimento econômico.

6. Considerações finais

O presente artigo, adotando uma metodologia qualitativa de análise de dados empíricos, indutiva e jurídico-propositiva, teve como intuito perquirir acerca da função e finalidade do procedimento de falência, dos aspectos

que geram a sua ineficiência, dos custos decorrentes de tais ineficiências e de possíveis soluções para algumas delas. Para tanto, procedeu-se a uma enxuta explanação sobre a literatura econômica e jurídica sobre a temática e, utilizando tal base teórica, foram examinados dados concretos obtidos por meio de uma pesquisa de campo.

Como resultado, foi confirmada a presença de aspectos ineficientes no procedimento, mas, diferentemente do que afirmava grande parte dos autores estrangeiros, chegou-se a conclusão de que, ao menos no caso brasileiro, o formalismo legal parece gerar maiores prejuízos apenas no que concerne à modalidade de realização dos ativos e às hipóteses de suspensão processual, sendo grande parte dos problemas de eficiência ligados a fatores externos (como a má-fé de sócios) e a fatores de gestão dos feitos falimentares.

Dessa forma, infere-se que a melhoria na eficiência dos procedimentos de falência depende não apenas de uma reforma legislativa (considerando que as mudanças introduzidas pela Lei 14.112/2020 já são aptas, em grande parte, a contribuir para tal progresso, reduzindo formalismos desnecessários e prejudiciais, promovendo celeridade processual e priorizando o soerguimento financeiro dos devedores), mas, também, de um aprimoramento do sistema já existente, por meio do treinamento especializado de todos os agentes envolvidos na prestação da função jurisdicional relacionada às falências e por meio da utilização de programas avançados de administração célere, eficaz e inteligente dos processos.

7. Referências

AGHION, Philippe; HART, Oliver; MOORE, John. *The Economics of Bankruptcy Reform*. NBER Working Papers Series, Working Paper nº 4097, National Bureau of Economic Research, June 1992. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w4097.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

ARAÚJO, Aloisio; FUNCHAL, Bruno. A Nova Lei de Falências Brasileira e seu Papel no Desenvolvimento do Mercado de Crédito. Revista Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 36, nº 2, 2006, p.2019-254. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4096/1/PPE_v36_n02_Nova.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

BANCO MUNDIAL. Doing Business 2019: Training for Reform. 16ª ed, 2019. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/courts.

pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 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/L11101.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRIS, Arturo; WELCH, Ivo; ZHU, Ning. The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization. The Journal of Finance, vol. LXI, nº 3, jun. 2006, p. 1253- 1303. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1540-6261.2006.00872.x?casa_token=Z1mcKlI4LDQAAAAA:GMln_3HbJZtJP6F1w5ZGlNqzqZemUC8JhFKQjDZXAfcX00EMVlJna5I1LbZN0J2GqTCEDauMT6RwiBAF>. Acesso em: 25 set. 2019.

DAVYDENKO, Sergei A.; FRANKS, Julian R. *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K.* The Journal of Finance, vol. LXIII, nº 2, abril 2008, p. 565-608. Disponível em < https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1540-6261.2008.01325.x?casa_token=MGQBdjA41s4AAAAA:k8qkEKJ2pFRG3sO_Z3lFx6n1VbvxHfHx3HIZGksRw4EoQkykzrFKDnYFsQ3kZPdr1N2oeyK54ZD-2uY3>. Acesso em: 25 set. 2019.

DJANKOV, Simeon; HART, Oliver; MCLIESH, Caralee; SHLEIFER, Andrei. Debt Enforcement around the World. Journal of Political Economy, vol. 116, nº 6, University of Chicago, 2008,p. 1105-1149. Disponível em:<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Methodology/Supporting-Papers/DB-Methodology-Debt-Enforcement-around-the-World.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Courts. The Quarterly Journal of Economics, vol. 118, nº 2, President and Fellows of Harvard College and the Massachusetts Institute of Technology, May 2003, p. 453-517. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/courts.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Análise da Nova Lei de Falências (Lei 11.101/05)*. Série Pensando o Direito, nº 22/2010, Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça no Projeto "Pensando o Direito", Rio de Janeiro/Brasília, jun. 2010. Disponível em:<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/10/22pensando_direito-1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

HART, Oliver. Different Approaches to Bankruptcy. NBER Working

Papers Series, Working Paper nº 7921, National Bureau of Economic Research, Sep. 2000. Disponível em:<https://www.nber.org/papers/w7921.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. *Custos de Falência de Legislação Falimentar Brasileira*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2014. Disponível em:<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-18032014-153304/publico/FernandaKarolinyNascimentoJupetipeVC.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

PROJETO SAIE. Projeto de implantação do Sistema SAIE apresentado pela magistrada responsável pela 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG, Cláudia Helena Batista, para aprovação por parte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência*. Revista Scientia Juris, vol. 10, Londrina, 2006, p. 83-96.

ERASA EXPERIAN. Recuperações Judiciais caem 0,8% em 2018, ainda influenciadas pela lenta recuperação da economia, revela Serasa - Falências têm queda de 14,6% em relação a 2017 e atinge o menor número desde 2014. Notícia publicada no site do Serasa Experian em 14 jan. 2019. Disponível em <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de- imprensa/recuperacoes-judiciais-caem-08-em-2018-ainda-influenciadas-pela-lenta-recuperacao-da-economia-revela-serasa>. Acesso em: 02 out. 2019.

WARNER, Jerold B. Bankruptcy Costs: Some Evidence. The Journal of Finance, vol. 32, nº. 2, Papers and Proceedings of the Thirty-FifthAnnual Meeting of the American Finance Association, Atlantic City, New Jersey, September 16-18, 1976, Published in May 1977, p. 337-347.Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf?/2326766.pdfcasa_token=r3A8Bb0ruVIAAAAA:prOTUCBbyrSM6yQbuvsJn5Crchr1LZsVwdQi6gPO6zj00Vsrm8T1wmkUWHu18SCjtxwteDllyTkY760gUeDab-RvbqIlgGRdh5-TXc_QBnShkAdrLahZ>. Acesso em: 22 set. 2019.

WEISS, Lawrence A. Bankruptcy Resolution: Direct Costs and Violation of Priority of Claims. Journal of Financial Economics, vol. 27, 1990, p. 285-314 apud Fernanda Karoliny Nascimento, Custos de Falência de Legislação Falimentar Brasileira, São Paulo, 2014.

CAPÍTULO 11

Falência de grupos societários

Guilherme Vinseiro Martins
Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG, na área de estudos Empresa no Mercado. Professor Substituto de Direito Civil na UFMG em 2019. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/MG e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Advogado sócio do escritório Tavernard Advogados.

1. Introdução

Apesar de seu aniversário de 15 anos, nem a Lei n.º 11.101/2005 (LRF) nem as alterações que sofreu desde seu advento até o fim de 2020 dedicaram espaço à empresa plurissocietária, o que se depreende já de seu art. 1º, ao estipular a sua aplicabilidade ao empresário individual e às sociedades empresárias isoladas[201]. A lei falimentar brasileira, como aponta Gustavo Saad Diniz, desconsiderou completamente "[...] *a concentração empresarial como realidade de atuação, com formações grupadas que muitas vezes são enredadas na trama da insolvência ou, em outras tantas, são comprometidas pelo controlador do grupo*"[202].

A ausência de normas específicas a respeito de um processo concursal de grupo faz com que as relações de crédito e débito sejam verificadas apenas entre o credor e a sociedade isolada, desconsiderando-se que esta possa pertencer a um grupo societário. Como bem coloca Sheila Neder Cerezetti, disso decorre potencial tratamento injusto a credores,

> dado que as regras concursais se propõem a lidar com sociedades com responsabilidade limitada

201 LRF, "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".

202 DINIZ, Gustavo Saad. Falência de grupos societários: critérios de extensão de efeitos de falência. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 487-499, p. 488.

> e patrimônio autônomo, mesmo se, na prática, a administração das sociedades agrupadas consiga alargar as fronteiras dessa limitação e compor as atividades empresariais no interesse de uma ou outra sociedade. Assim, muito embora as organizações empresariais estejam ligadas por relações societárias que afetam diretamente a forma como os seus negócios são traçados e como elas se relacionam com terceiros, a lei as trata como unidades independentes[203].

Daí a necessidade de se interpretar o sistema falimentar em conjunto com a legislação societária e também à luz do direito processual. Não sem levar em consideração, por óbvio, a principiologia que rege a LRF, em especial os princípios da preservação da empresa e da *par conditio creditorum,* sendo este último a materialização do princípio constitucional da igualdade no âmbito falimentar.

Apesar de a Lei n.º 14.112, de 24 de dezembro de 2020, ter reformado a LRF e inserido disposições que envolvem a recuperação judicial de grupos (como a consolidação processual e substancial, com a inserção dos arts. 69-G a 69-L na LRF; e o financiamento da recuperação do grupo devedor, com a inserção dos arts. 69-A a 69-F na LRF), ainda deixou sem tratamento específico a falência de grupos societários.

O único dispositivo que tangencia a falência de estruturas grupais é o art. 82-A[204], que veda a extensão dos efeitos da falência, mas permite a desconsideração da personalidade jurídica, autorizando expressamente a sua aplicação em grupos.

203 CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário* – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 735-789, p. 748.

204 LRF, "Art. 82-A. 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 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)."

Assim, à vista da ausência de mais normas na legislação falimentar que disponham especificamente sobre a falência dos grupos societários, cabe a exegese das regras da LRF à luz do exame das características desses conglomerados, sejam aquelas previstas na legislação, seja do ponto de vista de sua funcionalidade. É dizer: faz-se necessário identificar a existência do grupo para, em seguida, enquadrá-lo nas normas da LRF.

O que se pretende com o presente trabalho é apresentar esse panorama, com enfoque especial na vertente mais polêmica encontrada pela jurisprudência ao tratar da falência de grupos societários: a tensão entre extensão dos efeitos da falência e desconsideração da personalidade jurídica[205]. Em que pese a extensão tenha sido vedada de forma inequívoca na reforma da LRF, a compreensão desse fenômeno e a sua diferenciação da *disregard doctrine* se faz essencial para evitar aplicações distorcidas, especialmente no contexto grupal.

2. Identificando os grupos societários

Como critério geral de identificação de todos os grupos societários, a doutrina identifica a *unidade de direção*[206], sendo necessária a ligação das sociedades agrupadas à direção central independentemente do meio específico para se alcançar esse fim[207]. É que, para a gestão eficiente de um grupo, sempre haverá necessidade de uma fonte de liderança, de onde emanem as diretrizes básicas de organização e conduta.

Com efeito, no âmbito dos grupos societários não é diferente, notadamente porque as sociedades agrupadas mantêm-se juridicamente autônomas: é imprescindível, pois, a presença do "*chefe do grupo*" manifestada sobre os órgãos de administração das empresas singulares[208], a fim de se alcançar a unificação econômica pretendida.

205 Este trabalho é um resumo atualizado das conclusões a que chegamos anteriormente. Para abordagem mais completa, cf. MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Grupos societários e a extensão dos efeitos da falência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

206 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 36/37.

207 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado:* parte especial. Tomo LI. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 330.

208 BULGARELLI, Waldirio. *O direito dos grupos e a concentração de empresas.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1975, p. 87.

Não se pode, porém, confundir a direção unitária – critério geral para identificação dos grupos – com a unidade de controle, que só ocorre naqueles grupos em que há subordinação de interesses de algumas sociedades a outra ou outras. Nesse contexto, dentre as várias classificações existentes para os grupos, destaca-se aquela cujo critério é a posição relativa dos respectivos sujeitos, resumida a dois tipos: os grupos de *subordinação* e os grupos de *coordenação*[209].

No direito brasileiro, este fenômeno restou regulamentado pela Lei nº 6.404/1976 (LSA), adotou o sistema dual, regulando, no Capítulo XX (arts. 243 a 264), as normas sobre "Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas" - às quais a doutrina atribui a denominação de "grupos de fato" -, e no Capítulo XXI (arts. 265 a 271), as normas referentes aos "Grupos de Sociedades", reconhecidos doutrinariamente como "grupos de direito". Segundo aponta José Augusto Engrácia Antunes, a classificação em grupos de direito e grupos de fato se pauta na existência ou inexistência de um instrumento jurídico de constituição do grupo e no regime jurídico específico a cada qual[210].

A priori, a escolha do legislador em atribuir a titularidade de "grupo" ou "grupo de sociedades" apenas àqueles regulados conforme as regras do Capítulo XXI se pautava na política de tornar os "grupos de direito" regra na prática empresarial, almejando-se que os "grupos de fato" fossem apenas exceção[211]. Contudo, o que ocorreu foi o contrário: por inúmeros motivos, os "grupos de direito" se tornaram a verdadeira exceção do sistema[212-213].

209 Enquanto nos *grupos de coordenação* duas ou mais empresas acordam empregar esforços comuns para o desenvolvimento de uma atividade, também chamados "consórcios", nos *grupos de subordinação* as várias sociedades agrupadas encontram-se em relação hierárquica de dependência, coexistindo a direção econômica unitária com uma simultânea situação de domínio intersocietário. Nesse sentido e também para outras classificações, conferir: ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades:* estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002, p. 76/83.

210 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades:* estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002, p. 73. Trata-se, com efeito, de classificação distinta e independente daquela vista anteriormente, referente aos grupos de subordinação e de coordenação, cujo critério adotado é diferente.

211 PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 40, abr.-jun./2008, p. 97-120, p. 104.

212 Para análise aprofundada sobre esses motivos, confira-se: AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de direito e economia. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). *Os grupos de sociedades:* organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177-193.

213 A adoção do modelo dual, todavia, foi e ainda é objeto de duras críticas, mormente

Os grupos de fato, por sua vez, estruturam-se por meio de participações societárias ou influências externas, tendo a LSA estabelecido os critérios da *coligação*[214] (art. 243, §§ 1º, 4º e 5º, da LSA[215]) e do *controle* (art. 243, §2º, da LSA[216]) para sua identificação. Não há formalização da estrutura grupal por meio de contrato, pelo contrário, quis o legislador estipular características *fáticas* para que, uma vez verificada a sua ocorrência, pudesse haver a subsunção do fato às normas específicas. Daí a nomenclatura atribuída pela doutrina a esse tipo de grupo.

Assim como a LSA, o Código Civil de 2002 (CC/02) traz as figuras do controle e da coligação também sem menção à expressão *grupos societários* ou mesmo às relações de controle, em capítulo denominado apenas "Das Sociedades Coligadas"[217]. O tratamento da matéria no CC/02 consolidou-se nitidamente espelhado nas disposições da LSA de 1976 a respeito, já que o Código Civil antecedente, de 1916, encontrava-se em contexto empresarial e societário completamente distinto do concentracionismo e, como visto, a legislação extravagante tampouco regulamentava o tema[218].

---

diante da impopularidade dos grupos de sociedade previstos pelo Capítulo XXI da Lei n.º 6.404/76 (intitulados pelos doutrinadores de "grupos de direito"), caracterizados por Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho como "raras exceções ao sistema vigorante" (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 413). A título de recorte metodológico, e considerando as peculiaridades desse tipo de agrupamento, o presente trabalho os excluirá de sua análise, que focará apenas nas sociedades com relação de coligação e controle tratadas pelo Capítulo XX da LSA (denominadas pela doutrina como "grupos de fato"). Para fins de melhor organização e exposição das ideias, este trabalho se referirá às sociedades com relação de coligação e controle como "grupos societários".

214 A coligação de sociedades é admitida apenas nos grupos de fato. Os grupos de direito, como visto, podem ser constituídos apenas entre sociedades controladora e controladas.

215 *In verbis*: "Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.
§ 1o São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. [...] § 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.
§ 5o É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la."

216 *In verbis:* "Art. 243. [...]§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

217 Trata-se do Capítulo VIII, inserido no Subtítulo II ("Da Sociedade Personificada), do Título II ("Da Sociedade"), do Livro II ("Do Direito de Empresa").

218 Sobre o tratamento do tema na legislação anterior ao CC/02, vide: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil:* parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). V. 13. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003,

Diferentemente da lei acionária, o CC/02 trata a coligação como gênero da qual são espécies o *controle*, a *coligação em sentido estrito* (ou *filiação*) e a *simples participação*[219]. Consoante expõe a doutrina, as inovações operadas pelo Código Civil em relação à LSA foram poucas quanto a esse tema, tendo o legislador se limitado a reproduzir apenas alguns conceitos e regras, sem alterações substanciais, o que resultou na criação de um sistema incompleto e que demanda aplicação suplementar da lei acionária para sua efetividade[220].

Importante também sublinhar que, apesar de a LSA ser o arcabouço legislativo básico para se encontrar a acepção e o regramento sobre grupos societários, as peculiaridades de cada ramo do direito em virtude de cada escopo de tutela levaram a diferenciações na nomenclatura, nas definições e nas disposições sobre o tema. Exemplificativamente, destacam-se o direito do consumidor (Lei n.º 8.078/1990, art. 28), o direito econômico (Lei n.º 12.529/2011, art. 17), o direito do trabalho (Consolidação das Leis Trabalhistas - Decreto-lei n.º 5.452/1943, art. 2º, §2º) e o direito ambiental (Lei n.º 9.605/1998, art. 4º).

Por razões de recorte metodológico, o presente estudo não se debruçará sobre esses microssistemas e as diferenças existentes, limitando-se à análise das regras gerais previstas pela LSA e pelo CC/02. Com efeito, anota-se que o estabelecimento de premissas é essencial à boa aplicação das normas no caso concreto. Assim, caso se esteja diante de situações afetas ao direito do trabalho, do consumidor, econômico, ou outro cuja legislação preveja tratamento específico para os grupos, deve-se atentar para suas peculiaridades para se evitarem soluções inadequadas que não tutelem aqueles a quem os microssistemas visam proteger. A recíproca também é verdadeira: para os litígios civis ou empresariais, objeto deste estudo, não se pode adotar as normas específicas aos consumidores, aos trabalhadores, ao sistema de defesa do meio ambiente, da concorrência, ou outros diferenciados, sob pena de se conferir privilégios a quem não lhes faz jus.

---

p. 418.

219 É o que dispõe o art. 1.097 do CC/02, *in verbis:* "Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes".

220 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 286.

3. Hipóteses de falência grupal

Nesse contexto, a princípio identificam-se quatro hipóteses em que o direito falimentar toca os grupos de fato: (i) o requerimento da falência direcionado *contra* as sociedades do grupo; (ii) o requerimento de autofalência feito pelas próprias sociedades agrupadas; (iii) a desconsideração da personalidade jurídica e a – agora vedada pelo art. 82-A da LRF – extensão dos efeitos da falência às sociedades componentes do grupo; e, ainda, (iv) a convolação em falência da recuperação judicial dos devedores sob consolidação substancial[221].

O requerimento da falência feito por terceiros em face das sociedades do grupo deve seguir as hipóteses previstas para a sociedade isolada e o empresário individual, isto é: impontualidade injustificada (art. 94, I, LRF), execução frustrada (art. 94, II, LRF) ou atos falimentares (art. 94, III, LRF). Como as sociedades agrupadas mantém sua autonomia jurídica, já que cada componente do grupo conserva a sua personalidade jurídica, o raciocínio literal imediato pode ser de apenas arrolar no polo passivo do requerimento de falência aquela que se ajuste a uma das situações. Porém, o enquadramento das sociedades agrupadas em uma ou mais das três causas para decretação da falência deve levar em consideração toda a estrutura grupal, e não os entes isolados.

É que, pode-se estar diante de grupo, por exemplo, cujas estruturas societárias foram utilizadas abusivamente em prejuízo dos credores, de forma que os principais ativos, obtidos por meio da atividade econômica das sociedades controladas, tenham sido deslocados à sociedade controladora. As sociedades controladas, então, passaram a não honrar com suas obrigações, podendo ser enquadradas na hipótese de impontualidade injustificada (art. 94, I, LRF). Como o grupo não tem personalidade jurídica, contra quem seria requerida a falência: apenas em face das sociedades controladas, presumidamente insolventes pela lei à vista do art. 94, I, da LRF? Ou o requerimento da falência também encamparia a sociedade controladora, para quem foram desviados os recursos indevidamente, sem compensação

221 Com relação à última hipótese, por envolver exame também das normas atinentes à recuperação das empresas, que possuem nuances próprios, deixa-se de discorrer com profundidade a seu respeito, para não fugir ao escopo do presente trabalho. Sobre o tema, cf. os arts. 69-G a 69-L da LRF, com abordagem da questão anterior à reforma da LRF: CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário* – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 735-789.

às controladas e em prejuízo dos credores?

Entende-se que a segunda hipótese, de inclusão *ab initio* de todas as sociedades componentes do grupo no polo passivo da execução concursal, afigura-se a melhor solução, com o intuito de preservar o direito dos credores das respectivas sociedades. Afinal, imagine-se a conjectura em que, observando-se a literalidade do art. 94, I, da LRF, apenas se requer a falência das sociedades controladas no exemplo dado, sob o argumento de que a controladora não se encontra em circunstância de impontualidade injustificada? Os credores desta certamente seriam beneficiados de forma desigual com relação aos credores das controladas, em que pese a controladora tenha usurpado para si todo o patrimônio de suas subordinadas.

Destaca-se, outrossim, que nessa hipótese a controladora terá as mesmas oportunidades de defesa das demais sociedades, podendo efetuar o depósito elisivo na fase pré-falimentar e evitando, assim, a decretação da sua quebra e dos componentes do grupo[222].

Reitere-se, ainda, que é necessária a prova pré-constituída de abuso na utilização da estrutura grupal para inclusão no polo passivo, desde o início, das sociedades envolvidas no cenário abusivo de prejuízo dos credores. Descortinado esse cenário desde o requerimento da falência, admite-se a reunião das sociedades na mesma execução concursal para tratamento conjunto. No entanto, como nem sempre as provas de confusão patrimonial e abuso de finalidade estão à fácil disposição dos credores, verifica-se mais comum o requerimento inicial de falência voltado apenas contra uma das sociedades componentes do grupo, para que, no curso do procedimento, mediante comprovação das hipóteses para tanto, seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica para as demais, conforme se demonstrará de forma mais detalhada a seguir.

É necessário ponderar, contudo, que essa solução de requerimento da falência direcionado contra todas as sociedades do grupo em hipótese de abuso da estrutura não está disciplinada expressamente pela LRF. A reforma da lei falimentar apenas trouxe como inovação a recuperação judicial dos grupos societários, por meio das normas atinentes à consolidação processual

222 LRF, "Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.
Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor".

e substancial (arts. 69-G a 69-L). Nesse cenário, a consolidação substancial se assemelha à hipótese ora tratada, pelo que não se vê empecilhos para sua aplicação com relação ao requerimento inicial de falência grupal por analogia, se preenchidos os mesmos requisitos do art. 69-J. Corrobora a aplicabilidade dessa modalidade à falência a previsão do art. 69-L[223], §2º, que dispõe sobre a convolação em falência da recuperação judicial via consolidação substancial[224].

O mesmo raciocínio pode se aplicar à autofalência, ou, como menciona a LRF, "*falência requerida pelo próprio devedor*". Desde que preenchidos os requisitos do art. 105 da lei falimentar, não se vê óbice a que as sociedades componentes do grupo requeiram sua falência em conjunto, principalmente por ser considerada faculdade do devedor, sem imposição de qualquer sanção pela ausência de requerimento.

Caso não haja abuso da estrutura grupal e a autofalência seja requerida apenas por algumas das sociedades agrupadas, basta a observância aos requisitos do art. 105, da LRF. O problema que surge nessa situação é o fato de a decisão sobre a confissão da falência caber exclusivamente à assembleia geral, o que leva, no âmbito grupal, a deixar nas mãos da sociedade controladora ou investidora a deliberação sobre o assunto (art. 122, IX e parágrafo único[225]). Nesse contexto, em caso de abuso da estrutura grupal, a sociedade-mãe pode, além de liderar os atos abusivos, ainda determinar a autofalência apenas das

223 LRF, "Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses:
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."

224 LRF, "Art. 69-L. Admitida a consolidação substancial, os devedores apresentarão plano unitário, que discriminará os meios de recuperação a serem empregados e será submetido a uma assembleia-geral de credores para a qual serão convocados os credores dos devedores.
(...) § 2º A rejeição do plano unitário de que trata o caput deste artigo implicará a convolação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial."

225 LSA, "Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:
IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.
Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia-geral, para manifestar-se sobre a matéria."

sociedades-filhas. Assim, isenta-se, a princípio, do procedimento falimentar, o que pode ser combatido no curso do processo com a desconsideração da personalidade jurídica, caso comprovadas as circunstâncias que a autorizam. Essa questão merece estudos mais aprofundados, tendo sido pontuada no presente estudo somente a título de sinalização das formatações possíveis de falência dos grupos de fato.

Quando a falência das sociedades componentes do grupo não é requerida por terceiros, tampouco é pleiteada por elas próprias, mas, ainda assim, é necessário abranger todo o grupo societário ou parte dele, restava (antes da reforma da LRF), a opção da extensão dos efeitos da falência, que passou a ser aplicada pela jurisprudência a partir da verificação dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. A extensão possui requisitos próprios e é medida extremamente gravosa e excepcional, talvez por isso tenha sido vedada pelo art. 82-A, inserido pela reforma na LRF:

> "Art. 82-A. 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 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)."

De todo modo, como se nota, apesar de proibida a extensão dos efeitos da falência, ainda restou permitida a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive no âmbito dos grupos. Diante da relação íntima desses fenômenos pelo compartilhamento dos mesmos requisitos, o estudo da diferenciação entre ambos se faz essencial, para que sejam aplicados corretamente, principalmente com o advento do art. 82-A na LRF.

4. A extensão dos efeitos da falência e sua essencial distinção da desconsideração da personalidade jurídica

Traçado o cenário do procedimento falimentar sob a ótica funcional e as modalidades em que os grupos societários estão sujeitos a enfrentá-lo, passa-se ao exame daquela que tem gerado mais polêmicas na práxis forense: a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. A princípio, serão examinados os efeitos da quebra, para, em seguida, analisar-se o tratamento legislativo e jurisprudencial dado à questão e, enfim, verificar as proposições doutrinárias e iniciativas legislativas para o tema, seja no âmbito material, seja no âmbito processual.

4.1. Efeitos da falência

Antes de tratar da extensão dos efeitos da quebra nos grupos societários, imprescindível verificar, ainda que de forma pontual e exemplificativa, quais são os efeitos oriundos da decretação da falência.

A sentença que decreta a quebra gera efeitos não apenas no âmbito do falido (seja subjetivo – a sua pessoa, seja objetivo – o seu patrimônio[226]), mas atinge todos aqueles que com ele se relacionam, como credores, contratantes e até terceiros atingidos pela atividade econômica exercida pela sociedade empresária cuja quebra foi decretada, mesmo sem ter com ela relações contratuais[227].

Paulo Penalva Santos classifica os efeitos (i) quanto aos direitos dos

226 Essa a distinção posta por Marcelo Andrade Féres, invocando a doutrina italiana de Paolo Zatti e Vittorio Colussi, entre os efeitos *pessoais* e os efeitos *patrimoniais* da quebra quanto ao devedor: "[n]a seara daqueles de índole pessoal, arrolam-se, por exemplo, as limitações que se impõem quanto ao exercício de certas funções e certos condicionamentos à liberdade de locomoção. Quanto aos de natureza patrimonial, assinalam-se, a título ilustrativo, a formação da massa falida (*objetiva*) e as restrições ao poder de disposição do devedor sobre seus bens (FÉRES, Marcelo Andrade. Arts. 102 a 104. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799, p. 762).

227 São os chamados *stakeholders,* conceito amplo que engloba todos aqueles interessados na atividade econômica, ainda que indiretamente. Como exemplo, destacam-se aquelas pessoas que habitam região próxima ao parque industrial de determinada sociedade empresária e são direta e indiretamente atingidas pelos impactos ambientais da atividade econômica ali desenvolvida. Seus interesses, por óbvio, não podem ser desconsiderados.

credores; (ii) em relação à pessoa do falido; (iii) quanto aos bens do falido e (iv) quanto aos contratos do falido[228].

Com relação às consequências da falência aos direitos dos credores, o efeito basilar da decretação da quebra é a formação da massa falida, ente despersonificado e representado pelo administrador judicial[229]. Cuida-se de ente que deve ser visto sob dois aspectos: (i) objetivo, composto pelo conjunto de bens e direitos e (ii) subjetivo, formado pela coletividade de credores. Daí surgem as expressões "*massa falida objetiva*" e "*massa falida subjetiva*"[230].

Outra consequência que afeta diretamente os direitos dos credores é a suspensão do curso da prescrição relativa às obrigações do falido, bem como das ações de conhecimento e de execução individuais dos credores já em curso quando da decretação da quebra (nos termos do art. 6º da LRF). A suspensão perdura até o trânsito em julgado da sentença que encerrar a falência, consoante o disposto pelo art. 157 da LRF. Ainda com relação aos direitos dos credores, não são exigíveis da massa falida juros vencidos a partir da decretação da quebra, nos conforme art. 124 da LRF.

Quanto aos efeitos sobre a pessoa do falido, tem-se a perda da capacidade processual – que advém da formação da massa falida, ente despersonificado que será representado pelo administrador judicial; a discutível extinção da personalidade jurídica – que não ocorre de forma automática e pode nem mesmo ocorrer[231], e a inabilitação do falido para a prática de atividades empresariais, positivada pelo art. 102 da LRF[232].

228 Destaca-se que, por "pessoa do falido", entende-se o empresário individual ou a sociedade empresária, e não os sócios desta. (SANTOS, Paulo Penalva. Efeitos da falência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial.* Volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015, p 116-134).

229 É o que dispõe o art. 75, V, do CPC/2015: "Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] V – a massa falida, pelo administrador judicial;".

230 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667, p. 661.

231 Conforme ensinam Sérgio Mourão Corrêa Lima e Osmar Brina Corrêa-Lima, a sentença que decreta a quebra "[...] pode ou não, no encerramento do processo de falência, resultar a extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária falida, mediante a baixa no registro público de empresas mercantis (Junta Comercial)" (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667, p. 660).

232 LRF, "Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações,

Com relação aos seus bens, o falido perde o direito de administrá-los ou deles dispor, a teor do que dispõe o *caput* art. 103 da LRF[233]. A posse direta dos bens passa à massa falida, representada pelo administrador judicial, com a arrecadação dos bens, e configura medida para impedir a dispersão dos ativos do insolvente[234].

Por fim, a decretação da falência traz consequências diversas aos contratos firmados com o falido, a depender de sua natureza, se unilaterais ou bilaterais, conforme art. 119 da LRF.

Dessa breve exposição, nota-se que os efeitos da falência não têm cunho meramente patrimonial, abarcando também consequências que atingem a própria pessoa do falido, como a inabilitação para o exercício de qualquer atividade empresarial e a perda da capacidade processual para atuar pelo ativo e pelo passivo, diante da formação da massa falida a ser representada pelo administrador judicial.

Anota-se, ainda, que como a sentença de decretação da quebra cria novo cenário envolvendo o falido, seu patrimônio, seus credores e as relações jurídicas por ele entabuladas, tem natureza constitutiva, e não meramente declaratória. Na linha das lições de Rubens Requião, amparado pelos ensinamentos de Pontes de Miranda, a sentença de decretação da falência tem força constitutiva porquanto "[...] *se projeta para o futuro, constituindo um novo estado jurídico"*[235].

4.2. Extensão dos efeitos da falência prevista em lei: evolução legislativa

Antes da reforma de 2020, a atual Lei de Falências dispunha sobre a extensão dos efeitos da quebra em apenas um dispositivo (art. 81 da LRF), aplicável somente para aqueles sócios ilimitadamente responsáveis pelas

respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.
Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro."

233 LRF, "Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor."

234 FÉRES, Marcelo Andrade. Arts. 102 a 104. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799, p. 773.

235 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. V. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108.

obrigações sociais.

Sobre o tema, desde 1908, a Lei 2.024, de 17 de dezembro daquele ano, previa que a falência da sociedade acarretava também a de todos os sócios pessoal e solidariamente responsáveis (art. 6º)[236]. Em continuidade, o Decreto n.º 5.746, de 09 de dezembro de 1929, que revogou a Lei n.º 2.024/1908, manteve disposição semelhante em seu art. 6º.

Esses dispositivos, contudo, não restaram indenes de críticas. Trajano de Miranda Valverde sinalizou serem *contra rationem juris,* porquanto tais normas ignoravam a distinção entre sociedade e seus sócios, bem como o fato de eles não exercerem o comércio em seu próprio nome. Ademais, era o patrimônio próprio da sociedade o responsável, em primeiro grau, pelas obrigações por ela assumidas no exercício do comércio para que foi especialmente constituída. Apesar de serem solidária e ilimitadamente responsáveis, os sócios respondiam subsidiariamente pelas dívidas sociais, não se justificando o preceito das leis revogadas de considerá-los falidos em consequência da falência da sociedade[237].

Diante das críticas ao dispositivo, na sequência, o Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, fez constar do seu art. 5º que os sócios ilimitadamente responsáveis não seriam constituídos falidos com a falência da sociedade, mas os efeitos dessa lhes seriam estendidos[238].

236 "Art. 6º A fallencia da sociedade acarreta a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis. Incorrem em fallencia, tambem, os socios que se retiraram da sociedade, embora com resalva dos outros socios, sem consentimento expresso de todos os credores então existentes, salvo si estes fizeram com os socios, que ficaram na sociedade sob a mesma ou outra firma, ou que individualmente assumiram as responsabilidades sociaes, novação do contracto, ou si continuaram a negociar com a sociedade ou com os socios successores, indicando ter confiança no seu credito.
§ 1º Nas sociedades em conta de participação sómente os socios ostensivos e gerentes podem ser declarados fallidos.
§ 2º Os socios commanditarios comprehendidos nos termos do art. 314 do Codigo Commercial não incidem nos effeitos da fallencia, mas respondem solidariamente com o fallido por todas as obrigações sociaes.
Esta responsabilidade tornar-se-ha effectiva mediante a acção summaria estabelecida no art. 238 do regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, applicada ao caso a disposição do art. 53, § 2º, da presente lei.".

237 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências:* Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945. V. I (Arts. 1º a 61). 4. ed. rev. e atual. por J. A. Penalva dos Santos e Paulo Penalva dos Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112/113.

238 Decreto-Lei n.º 7.661/1945, "Art. 5° Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido.

Nas palavras de Celso Barbi Filho, esse dispositivo "[...] *venceu no direito brasileiro a vinculação que existia entre a quebra da sociedade e a situação jurídica de seus sócios, bem como aquela existente entre a situação da sociedade na falência de um dos sócios*"[239].

Com a atual Lei de Falências (Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005), o legislador retomou o sistema anterior ao Decreto-Lei 7.661/45, trazendo com ela um retrocesso. Dispõe o art. 81 da LRF que, com a falência da sociedade, os sócios ilimitadamente responsáveis são automaticamente declarados falidos[240]. Novamente, renascem as críticas feitas à legislação *ressuscitada,* eis que tal dispositivo faz *tabula rasa* da separação existente entre sócio e sociedade, além de criar presunção legal absoluta de insolvência do sócio[241].

Em razão da decretação da falência também do sócio ilimitadamente responsável, ele sofre todos os efeitos a que se sujeita a sociedade falida. Para Sérgio Campinho, o preceito do art. 81 da LRF não convence, pois a decretação da falência da pessoa jurídica não pode alargar conceitos a ponto de despersonalizar a sociedade e declarar falidos seus sócios. Isso porque "*ser falido*" não se confunde com "*estar sujeito aos efeitos da falência*". Na mesma linha de José da Silva Pacheco exposta acima, o autor ressalta, de forma ampla, que a *sujeição aos efeitos da falência* não é privilégio dos sócios de responsabilidade ilimitada, mas sim de todos afetados pela decretação da quebra: "[a] *falência irromperá uma nova ordem nas relações jurídicas da sociedade falida, atingindo seus credores, contratos e bens*"[242].

Na hermenêutica deste dispositivo, a decretação da falência, para

239 BARBI FILHO, Celso. Ilegalidade da arrecadação dos bens da sociedade controlada na falência de sua controladora. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo, n. 116, p. 211-214, out./dez. 1999, p. 211.

240 Lei n. 11.101/2005, i*n verbis*: " Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.". Respondem de forma solidária e ilimitada pelas dívidas sociais todos os sócios da sociedade em nome coletivo, os sócios comanditados na sociedade em comandita simples e os acionistas diretores na sociedade em comandita por ações.

241 Diz-se presunção absoluta, e não relativa, pois mesmo que o sócio de responsabilidade ilimitada demonstre a não estar em estado de insolvência, a sua falência será decretada juntamente com a da sociedade. Para críticas ao dispositivo, cf. ZANINI, Carlos Klein. Artigo 81: Direito anterior. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 350.

242 CAMPINHO, Sérgio Murilo. *Falência e recuperação de empresa:* o novo regime de insolvência empresarial. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 201.

Campinho, apenas deveria se estender àqueles sócios que encarnassem a qualidade de empresários. Para os demais, não seriam declarados falidos, mas apenas sujeitos aos mesmos efeitos produzidos pela sentença em relação à sociedade, fundamentalmente no âmbito patrimonial[243].

Adriana Valéria Pugliesi chega a afirmar, com a precisão dos doutrinadores que outrora se debruçavam sobre o Dec.-lei 7.661/45, que o advento da LRF de 2005 aboliu a figura da extensão dos *efeitos* da falência, pois os sócios de responsabilidade ilimitada são considerados *falidos*. O que ocorre, pois, é a instauração de procedimento liquidatório destes sócios, também falidos, e não a formação de massas falidas separadas para responsabilidade subsidiária como preconizava o diploma falimentar anterior[244].

Por ser norma limitadora de direitos, o art. 81 da LRF exige interpretação restritiva, não admitindo aplicação analógica[245]. Assim, não englobaria as formas societárias de responsabilidade limitada dos sócios, a quem os efeitos da falência não poderiam, pelos termos estritos da lei, serem estendidos. Para os tipos societários de responsabilidade limitada, a LRF traz apenas a disposição do art. 82, que, diferentemente da primeira, não trata de responsabilidade secundária e subsidiária, mas, sim, de responsabilidade primária e direta[246].

Da leitura do dispositivo, que institui a necessidade de ajuizamento de ação autônoma (assim como fez o seu correspondente art. 6º do Dec.-Lei 7.661/45 acima mencionado), conclui-se que cuida de hipótese de nítida *responsabilização* dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores:

> Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos

243 CAMPINHO, Sérgio Murilo. *Falência e recuperação de empresa:* o novo regime de insolvência empresarial. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 202.

244 PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, pp. 450-474, p. 455.

245 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ.* Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista-emerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

246 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203-219, p. 209.

> administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

O art. 82, assim, não traz norma de extensão dos efeitos da falência como faz o art. 81. Segundo aponta Fábio Ulhoa, o referido dispositivo da LRF reuniu as duas hipóteses de *responsabilização* dos sócios da sociedade falida: *i)* por ato ilícito que acarrete prejuízo à falida, ao credor ou a comunhão de credores; e *ii)* pela falta de integralização do capital social[247].

Para a *ação de responsabilização,* deve-se buscar respaldo no direito material. O sócio da sociedade limitada responde pela prática de ato ilícito no âmbito de deliberação social infringente da lei ou do contrato social (art. 1.080 do CC/02) e o administrador da sociedade limitada responde quando descumprir o dever de diligência (art. 1.011 do CC/02). Na sociedade anônima, as hipóteses não destoam muito: o acionista controlador e a sociedade controladora respondem pelos danos que decorrerem de abuso no exercício do poder de controle (arts. 117 e 246 da LSA). Os administradores, por sua vez, respondem quando incorrerem em ato ilícito na condução dos negócios sociais (art. 158 da LSA) ou favorecem sociedade controladora, controlada ou coligada sem comutatividade ou pagamento compensatório adequado (art. 245 da LSA). Em todos os casos, a responsabilidade a ser apurada é subjetiva[248].

Já a *ação de integralização* independe de ato ilícito, porquanto apenas visa o cumprimento da obrigação do sócio de integralizar o capital social. A responsabilidade é objetiva, porquanto independe de culpa ou dolo do sócio ou acionista[249].

---

247 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falecias e de recuperação de empresas.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 278. Cf. lembram Marinoni e Mitidiero, essas hipóteses eram tratadas de maneira apartada pelo Decreto-Lei n.º 7.661/45, nos arts. 6º e 50 (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Arts. 81 e 82. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 520-529, p. 526).

248 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falecias e de recuperação de empresas.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

249 Fábio Ulhoa Coelho critica, inclusive, a inclusão dessa hipótese no bojo do art. 82 da LRF, parecendo-lhe mais adequado o tratamento em dispositivo separado, como ocorria na legislação anterior (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falecias e de*

Seria a ação prevista pelo art. 82 da LRF a única alternativa aos credores de sociedades de responsabilidade limitada? Mesmo com a previsão do §2º do referido dispositivo sobre a possibilidade de o juiz ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus até o julgamento da demanda – o que asseguraria a satisfação do crédito ao final –, a restrição da ação de responsabilização, a nosso ver, talvez esteja em sua causa de pedir.

Está-se diante de fundamentação afeta à responsabilidade civil aquiliana, de comprovação do ato ilícito, nexo de causalidade, dano e culpa. O direito material específico oferece, como visto, hipóteses específicas para sociedades limitadas e anônimas. Em síntese, busca-se, com essa demanda, "encontrar o culpado" e obter condenação pelo dano por ele gerado. No âmbito grupal, essa regra representa o tipo de responsabilidade subjetiva, apesar de ter sido adotada pelo legislador brasileiro, mostra-se ineficaz ao exigir a demonstração de culpa ou dolo, equivalendo a regra de isenção de responsabilidade.

Em comentários ao art. 82 da LRF, Carlos Abrão segue no mesmo sentido, e complementa com a diferenciação da ação de responsabilidade para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

> Far-se-á o diagnóstico da matéria no juízo falimentar, sob o crivo do contraditório, cuja amplitude permitirá a dilação probatória, desenvolvimento do nexo causal e indicação dos atos considerados culposos para efeito de indenização.
>
> [...] Ressalte-se que não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida[250].

recuperação de empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282).

250 ABRÃO, Carlos Henrique. Art. 82: Comentários. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência* (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204.

Não se compreende, pois, a afirmação dos autores do Anteprojeto da LSA de 1976 de que a ausência de disposições legais acerca da responsabilidade intragrupal solidária na legislação societária já estaria resolvida pela Lei de Falências[251]. Seria essa solução o regramento de responsabilidade previsto pelos arts. 5º e 6º do Dec.-Lei 7.661/45 (hoje equivalentes, em termos, aos arts. 81 e 82 da LRF)? Caso positivo, percebeu-se que apenas esses dispositivos não bastam, nem de longe, à resolução da celeuma ora estudada.

Haveria, assim, solução contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro mais ágil e objetiva, principalmente com relação à causa de pedir e às consequências objetivadas, para proteção dos interesses dos credores? A reforma da LRF veio a calhar nesse sentido, para esclarecer, por meio do art. 82-A, que i) a extensão dos efeitos da falência aos sócios de responsabilidade limitada está vedada; e ii) a solução admitida para assegurar os direitos dos credores é a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive no âmbito dos grupos.

4.3. A solução encontrada pela jurisprudência: "nova roupagem" para a desconsideração da personalidade jurídica

Contudo, antes da reforma da LRF de 2020, coube à jurisprudência fixar os parâmetros para efetivação da responsabilidade intragrupal também no âmbito falimentar. E, da mesma forma como ocorrido nas situações ordinárias (i.e., que não envolvem falência), passaram os tribunais a aplicar a desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários também na execução concursal[252], com o fito de angariar mais ativos à massa falida objetiva quando verificado abuso na utilização da estrutura grupal.

Em trabalho anterior, datado de 2018[253], buscamos o assunto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando-se da metodologia da jurimetria[254]. Para apuração da extensão dos efeitos da

251 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Fundamentos da Reforma das Sociedades Anônimas.* Rio de Janeiro: AEDE, 1976, p. 25.

252 Para proteção dos credores, a desconsideração da personalidade jurídica já é utilizada no âmbito dos grupos societários, ainda que fora do contexto falimentar. Para mais detalhes sobre o tema, cf. MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Grupos societários e a extensão dos efeitos da falência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

253 MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Grupos societários e a extensão dos efeitos da falência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 183/200.

254 Também conhecida como *Empirical Legal Studies* (ELS), trata-se da da discipli-

falência nos grupos societários, a pesquisa iniciou sua busca pelos termos "extensão", "efeitos" e "falência". A expressão "grupos societários" não foi utilizada na busca diante dos inúmeros termos que a jurisprudência se utiliza para fazer menção à estrutura grupal. Não se fez restrição de termo inicial, para se observar a evolução do tema, mas o marco temporal final foi a data de 11 de janeiro de 2018.

Dos acórdãos encontrados e efetivamente analisados[255], foram observados os seguintes critérios, (i) se o acórdão reconhece, ou não, a existência de grupo societário no caso (independentemente da nomenclatura utilizada); (ii) se o acórdão diferencia, ou não, a desconsideração da personalidade jurídica da extensão dos efeitos da falência; (iii) se o acórdão defere, ou não, a extensão dos efeitos da falência ou a desconsideração; (iv) qual a via processual admitida para a extensão/desconsideração.

Quanto ao primeiro critério, enquanto 31,25% dos acórdãos se valeu da relação de controle para identificação dos grupos societários, não analisaram profundamente os requisitos para tanto. Outros 37,5% identificou os grupos a partir de relações de coligação, enquanto o que surpreende são os 31,25% restantes, em que a identificação dos grupos societários não a partir das bases da legislação societária, mas, sim, sob a perspectiva do combate à fraude e ao abuso da estrutura grupal. É o exemplo da identificação dos agrupamentos a partir da *estrutura meramente formal,* que ocorreria "[...] *quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial*"[256] ou de *cadeia de operações societárias* preparada de modo a

---

na que cuida de análises empíricas de decisões judiciais, de forma científica e não meramente intuitiva e esparsa, utilizando-se da estatística como metodologia para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica. Consoante a descrição de Robert D. Cooter, no original: "*ELS accumulates evidence about hypotheses, thus gradually improving the science of law*. [...] *The next task of ELS is to make the correct interpretation of law depend significantly on its scientific consequences, not merely on its intuitive consequences.*" (COOTER, Robert D. Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics. *University of Illinois Law Review*. n. 5, p. 1475-1483, out. 2011, p. 1478/1483. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/162/>. Acesso em 22 out. 13). Também definindo a jurimetria, como disciplina cujo objeto é o funcionamento de uma ordem jurídica tomando-se por base a metodologia estatística, cf. NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria:* como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.

255 Dos 67 (sessenta e sete) acórdãos encontrados, apenas 19 (dezenove) foram aproveitados, em virtude de os 48 (quarenta e oito) restantes não apreciarem a questão de mérito em virtude de questões processuais ou tratarem de temática distinta do tema ora em debate.

256 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, RMS 12.872/SP, j. 24/06/2002, DJ 16/12/2002, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

tentar criar vestes de legalidade para a irregular transferência dos bens entre os grupos[257].

Na visão de Fernando Netto Boiteux, não há vício de motivação nos acórdãos examinados, porquanto o que deve ser buscado para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica são somente os fatos suficientes para revelar os requisitos previstos na legislação para tanto, não sendo necessário averiguar se as ligações entre as sociedades caracterizariam a coligação prevista em lei ou a configuração de grupos societários de direito[258].

Apesar de concordarmos com o autor a respeito da necessidade de tornar mais sólidos os parâmetros para aplicação da *disregard* aos grupos societários, reputamos, ao contrário de sua opinião, imprescindível a identificação da relação de controle ou coligação em primeiro plano, para, enfim, proceder-se ao emprego da desconsideração. É que, para se aferir a ocorrência de abuso da limitação de responsabilidade pelo centro de imputação de direitos e obrigações, é essencial a identificação da estrutura de que fez uso o empreendedor.

O inverso também é verdadeiro: uma vez identificada a relação de agrupamento, isso não basta para a aplicação da *disregard*. Tanto é assim que o próprio legislador reconheceu, com a inserção do §4º no art. 50 do CC/02 a partir da Lei da Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019), que "[a] *mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.*"

Assim, uma vez identificada a relação de coligação, ou a relação de controle, em seguida passa-se a verifica-se se essas estruturas foram utilizadas com abuso (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) ou não. As hipóteses caracterizadoras da desconsideração da personalidade jurídica devem ser ajustadas à realidade dos grupos societários, sob pena de essa técnica ser aplicada em dissonância com a funcionalidade econômica dos agrupamentos e, consequentemente, em contrariedade à *mens legis*

257 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.125.767/SP, j. 09/08/2011, DJe 25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

258 Boiteux afirma ainda que os acórdãos examinados "[...] aplicaram adequadamente os meios postos à sua disposição pelo nosso sistema para a realização da justiça no caso concreto. Ainda assim, há um longo caminho a ser percorrido, não apenas pela jurisprudência como pela doutrina, a fim de que sejam estabelecidos parâmetros mais seguros para a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades coligadas" (BOITEUX, Fernando Netto. A extensão da falência às sociedades coligadas, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 179-199, p. 194/195).

incentivadora do fenômeno grupal.

Com relação ao segundo critério examinado (diferenciação entre extensão dos efeitos da falência e desconsideração da personalidade jurídica), os acórdãos podem ser divididos em três grupos: 1) o primeiro, de julgados que diferenciam de forma técnica os institutos (apenas 10,52% dos resultados); 2) o segundo, de julgados que não fazem essa distinção de forma explícita, mas consideram a *disregard* como fundamento para a extensão dos efeitos da falência (52,63% dos resultados); e 3) o terceiro, de arestos que tratam os institutos como sinônimos ou simplesmente não os diferenciam (36,84%).

Dos poucos acórdãos que dispuseram de forma técnica sobre a distinção entre a desconsideração e a extensão, é de se ressaltar o REsp n.º 1.293.636/GO[259], um dos raros *dois* acórdãos que compõem os 10,52%. Nesse julgado, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, prolator do voto prevalente, ressalta que a desconsideração "[...] *tem efeitos meramente patrimoniais contra o devedor*"; por outro lado, a extensão da falência, "[...] *além dos efeitos patrimoniais, sujeita o devedor a diversas obrigações de outra natureza, além de diversas restrições de direito, como a de "não se ausentar do lugar da falência", sem autorização judicial*"[260].

Ainda, esclarece que, apesar de a desconsideração da personalidade jurídica ser pressuposto para a extensão dos efeitos da falência, esta é mais gravosa do que aquela, diante do cenário falimentar que se impõe ao estendido[261].

A maioria dos acórdãos (52,63%) não distingue expressamente a *disregard* da extensão. Porém, valem-se daquela para fundamentar a extensão dos efeitos da quebra, na linha da diferenciação colocada pelo REsp n.º 1.293.636/GO acima tratado. Trata-se, nas palavras da relatora Ministra Nancy Andrighi, utilização da desconsideração da personalidade jurídica com *nova roupagem,* de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos no combate às criativas operações societárias arranjadas em abuso à limitação

259 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.293.636/GO, j. 19/08/2014, DJe 08/09/2014, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

260 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.293.636/GO, j. 19/08/2014, DJe 08/09/2014, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

261 Apesar de esse aresto tratar apenas da extensão da falência aos membros do Conselho de Administração, foi mantido na presente análise por ter sido a falência estendida às sociedades agrupadas em 1ª instância.
Não obstante, a diferenciação entre a *disregard* e a extensão tratada pelo acórdão é perfeitamente aplicável aos grupos societários, *mutatis mutandis.*

de responsabilidade no âmbito grupal. Em síntese, a Ministra assevera:

> Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica[262].

A extensão dos efeitos da falência, portanto, apenas tinha lugar quando preenchidos os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. Seus efeitos, porém, são distintos e mais gravosos, se comparados aos desta última.

Conquanto não diferencie expressamente a desconsideração da extensão, o acórdão do REsp n.º 1.266.666/SP diferencia o requerimento desta última da ação revocatória ao dispor pela desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma para irradiação dos efeitos da quebra a outras sociedades. Ao ensejo, esclarece-se que "[...] *o que o juízo objetiva, com a extensão da falência, não é meramente a revogação dos atos de transferência de bens anteriormente praticados* [...]", mas, diante das circunstâncias fáticas que apontavam para desvios de finalidade ou confusão patrimonial, promover a desconsideração da personalidade jurídica para, a partir de então, estender a falência às diversas pessoas que figuravam como sócios ou administradores das sociedades estendidas para arrecadar seus bens, como corolário da quebra decretada[263].

262 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.259.018/SP, j. 09/08/2011, DJe 25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

263 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, 1.266.666/SP, j. 09/08/2011, DJe

Prosseguindo-se na exposição dos cenários propostos, tem-se que, com o terceiro critério, averiguou-se a incidência quantitativa da extensão dos efeitos da quebra nos grupos societários. Da base analisada, em 78,95% dos casos a extensão foi deferida, com base em variados fundamentos. Todos, porém, têm seu ponto de encontro na utilização abusiva da estrutura formal das sociedades agrupadas em prejuízo dos credores. Apesar de a diferenciação técnica entre desconsideração e extensão não ser feita na grande maioria dos julgados, como exposto logo acima, ao menos os resultados do segundo critério evidenciam que o deferimento da extensão se deu em casos extremos, em que a estrutura meramente formal das sociedades agrupadas restou comprovada e que não se poderia tratá-las de forma diferente, mas, sim, como um único ente.

A extensão não foi deferida em 21,05% dos casos. Desses, em quase todos se nota o mesmo cenário: a desconsideração foi decretada em sede *acautelatória*, apenas para assegurar os bens de outras sociedades e administradores do grupo que teriam agido para prejudicar credores. Isso demonstra que, apesar de não terem tais acórdãos distinguido expressamente a desconsideração da extensão, ao menos utilizaram a primeira de forma pontual e correta, sem confundi-la com a segunda, mais abrangente e gravosa – e, consequentemente, inadequada para os casos em questão, cujo escopo era de mera constrição cautelar de bens.

Quanto à via para se requerer a extensão (quarto critério), *todos* os acórdãos que abordaram a questão admitiram a possibilidade de o requerimento ser feito nos autos do processo falimentar, independentemente do ajuizamento de ação autônoma. Vale dizer: de fato, como afirmam alguns julgados, é uníssona a jurisprudência do STJ sobre a desnecessidade de ajuizamento de demanda própria para se estenderem os efeitos da quebra. No entanto, não se pode afirmar, com propriedade, que essa mesma jurisprudência é unânime quanto à dispensabilidade do contraditório prévio nesses casos, o qual pode ser exercido por meio da interposição dos recursos cabíveis.

Isso porque, dos 16 (dezesseis) acórdãos em que se admite o requerimento incidental de extensão, 11 (onze) expressamente consignam ser prescindível a manifestação prévia das sociedades ou sócios a quem os efeitos da falência serão estendidos. Dos arestos restantes, 3 (três) não chegam a tratar da necessidade ou não de se estabelecer o contraditório (seja por citação, seja por intimação dos estendidos), enquanto 2 (dois) partem da

25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

premissa de ser necessária essa garantia.

A falta de unanimidade sobre essa questão demonstra serem essenciais mais debates a respeito, notadamente com o advento do CPC/2015, que positivou expressamente o incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137).

Apesar de previsto no diploma processual, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica já era aplicável ao processo falimentar por autorização da própria LRF, que, em seu art. 189, dispõe sobre a aplicação do Código de Processo Civil, "*no que couber*". Agora, com a reforma da LRF, o parágrafo único do art. 82-A expressamente autoriza a aplicação da via incidental, nos termos do 133 a 137 do CPC/2015, excluindo apenas a previsão de suspensão do processo principal durante o trâmite do incidente (art. 134, §3º), por não se coadunar com os propósitos da falência de efetiva satisfação dos interesses dos credores. Com efeito, não há motivos para se pausar a arrecadação e avaliação de bens apenas porque se busca, pela via incidental, atingir outra sociedade com os efeitos da quebra. Pelo contrário: o espírito da LRF é justamente de que não sejam fixadas fases estanques no procedimento, com vistas a assegurar a sua efetividade.

4.4. Posição da doutrina

Como visto a partir da evolução legislativa sobre o tema, os doutrinadores não hesitavam em afirmar que a extensão apenas estava prevista expressamente aos sócios de responsabilidade ilimitada[264].

Quanto à extensão aos sócios de responsabilidade limitada, notadamente quando os sócios são sociedades empresárias e configura-se a ocorrência de grupo societário, parte dos autores afirmavam que a ação de responsabilidade prevista pelo art. 82 da LRF seria o meio apto à extensão dos efeitos da falência[265]. Porém, a legislação examinada anteriormente demonstra que essa via tem o fito de apurar a responsabilidade aquiliana

264 Por todos, em análise da evolução histórica do instituto na legislação, cf. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203-219, p. 216/217.

265 BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos efeitos da sentença falimentar:* pressupostos e aplicação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

dos sócios, controladores ou administradores; seu escopo, pois, não está vinculado à obtenção da ineficácia parcial da limitação de responsabilidade episódica para atingir as demais sociedades do grupo, tampouco almeja estender os efeitos da quebra pela via da responsabilização.

Essa breve digressão na legislação serve apenas a reiterar a anterior ausência de dispositivos na LRF sobre a extensão dos efeitos da falência e assinalar aqueles que com ela não se confundem. Diante desse cenário e com vistas a tutelar os interesses dos credores das sociedades agrupadas, mesmo antes da reforma da LRF de 2020, a doutrina passou a analisar a questão a partir da aplicação jurisprudencial da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para se estenderem os efeitos da quebra.

Jorge Lobo, por exemplo, é contra a aplicação da *disregard* para estender os efeitos da falência, pois, em seu entendimento, o escopo do art. 50 do CC/02 é simplesmente coobrigar o sujeito desconsiderado à completa e total reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros, e não decretar a quebra da controladora, "[...] *nem lacrar os estabelecimentos da controladora, nem encerrar suas atividades, nem 'torrar' em público leilão os bens integrantes de seu ativo"*. Isso porque "[...] *a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não leva à liquidação ou à despersonalização da pessoa jurídica, mas exclusivamente à 'extensão dos efeitos aos bens particulares do sócio*'" [266]. Empregar a teoria para estender os efeitos da falência seria o mesmo que desvirtuá-la para o referido autor. Em verdade, Jorge Lobo nem sequer admite a extensão da falência ou dos efeitos da falência aos sócios de responsabilidade limitada, por falta de amparo legal[267].

De forma semelhante, Paulo de Carvalho Balbino, para quem a desconsideração não constitui, por si só, instrumento hábil para ensejar a extensão dos efeitos da quebra em todas as hipóteses em que os sócios, as sociedades coligadas e terceiros provocarem prejuízos aos demais credores[268]. Também nesse sentido, Márcio Tadeu Guimarães Nunes

266 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ.* Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

267 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ.* Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

268 O autor defende que outras causas podem ensejar a extensão dos efeitos da quebra, a ser apurada em ação autônoma, tais como fraude, violação ou infração à lei, fraude contra credores, fraude à execução, simulação, abuso do poder de controle, dentre outras. Cf. BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos efeitos da sentença falimentar:* pressupostos e aplicação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

conclui ser a desconsideração da personalidade jurídica *incompatível* com o regime falimentar e com o princípio da preservação da empresa, não se confundindo com a extensão dos efeitos da quebra, prevista pela LRF apenas para os sócios de responsabilidade ilimitada, tampouco com as hipóteses de responsabilidade do sócio, do administrador ou da sociedade-mãe, em que há ação autônoma e requisitos próprios dispostos pela legislação falimentar[269].

Por outro lado, significativa parcela dos doutrinadores segue a linha jurisprudencial de fundamentar a extensão dos efeitos da quebra com as hipóteses para a desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, alertam para as diferenças entre uma e outra.

Por não serem os sócios e administradores considerados falidos, a desconsideração da personalidade jurídica no procedimento falimentar permite apenas a constrição e arrecadação dos bens daqueles que praticaram o abuso, participaram ou se beneficiaram desse[270]. Adriana Valéria Pugliesi esclarece que a consequência da *disregard* não será de reverter recursos para a massa, mas sim de chamar o sócio ou administrador a quitar o crédito resultante da operação específica que o tenha beneficiado pessoalmente[271].

Assim, a *disregard* é admissível no processo falimentar, de forma pontual, "[...] *somente para que se retire do patrimônio de outra sociedade, ou do sócio, pessoa natural, bens da falida que tenham sido desviados, com o intuito de prejudicar credores"*[272], hipótese em que não se cogita de extensão dos efeitos da falência, mas de mera arrecadação, sempre limitada ao benefício

2009.

269 NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica.* 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 384/389.

270 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203-219, p. 217.

271 PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, pp. 450-474, p. 461.

272 AQUINO, Diva Carvalho. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 383-412, p. 391/392. Discordamos da autora apenas com relação à decretação de "ineficácia relativa dos negócios jurídicos", por ser essa consequência dos fenômenos da fraude à execução e da fraude contra credores, que com a desconsideração não se confundem. Em verdade, a desconsideração também atua no âmbito da eficácia, porém gera a ineficácia da limitação de responsabilidade, e não dos negócios jurídicos.

indevidamente experimentado[273].

A desconsideração, aplicada de forma pontual e episódica, com cunho meramente patrimonial e sem provocar a quebra propriamente dita daqueles atingidos, acaba por prestigiar o princípio da preservação da empresa, porquanto impede que se estendam os efeitos da quebra a outra sociedade do grupo que tem condições de arcar com o prejuízo acarretado e, além disso, prosseguir na prática da atividade econômica.

Seu caráter pontual é evidenciado pela própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça analisada, que, apesar de não a diferenciar expressamente da extensão dos efeitos da falência, ao aplicar a desconsideração em sua acepção pura, fá-lo, na maioria das vezes, de forma acautelatória, apenas como mera constrição cautelar dos bens dos sócios ou administradores.

Quanto à diferença entre a desconsideração e a extensão dos efeitos da quebra, Manoel Justino Bezerra Filho é enfático ao afirmar o caráter especificamente patrimonial da primeira, a qual não teria o condão, a seu ver, de determinar a falência de qualquer sócio, mesmo que pudesse redundar na arrecadação de todos os seus bens particulares[274].

Já na hipótese de extensão dos efeitos da falência, nas palavras de Diva Carvalho Aquino,

> [...] constatada a existência de duas ou mais sociedades, com personalidades jurídicas distintas, mas que, na prática, constituem uma só, dada a promiscuidade dos negócios, com a intenção de prejudicar credores, decretada a falência de uma delas, estendem-se à outra os efeitos da quebra, porque se trata, na verdade, de um só patrimônio e controle[275].

273 PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, pp. 450-474, p. 462.

274 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

275 AQUINO, Diva Carvalho. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier

Também tratando de forma distinta a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência, Marcelo Bertoldi chama atenção da questão sob outra ótica: a da arrecadação de bens. É que tanto a *disregard* quanto a extensão dos efeitos da quebra poderão servir de *fundamento* para a arrecadação de bens da sociedade agrupada de estrutura meramente formal[276]. Complementado seu raciocínio, entende-se que, em casos de desconsideração pontual da personalidade jurídica, a *única* consequência será a arrecadação de bens, feita nos limites do benefício indevidamente auferido pela sociedade, sócio ou administrador com o desvio de finalidade da personalidade jurídica. Os efeitos, pois, serão meramente patrimoniais, porquanto se retira a eficácia da limitação de responsabilidade do centro de imputação de direitos e deveres para que aquele que o tiver utilizado de forma abusiva (ou se beneficiado) quite o débito resultante da operação.

Do contrário, caso se esteja diante de abuso da personalidade jurídica que comprometa toda a estrutura grupal, a ponto de se demonstrar que as sociedades se distinguem apenas aparentemente, a desconsideração serviu de fundamento à extensão dos efeitos da quebra, antes da reforma de 2020 na LRF. Nessa última hipótese, todos os efeitos da falência eram estendidos às sociedades, e não apenas a arrecadação de bens. Com efeito, se a aparência grupal era utilizada de modo a prejudicar credores, sendo que, em seu seio, encontrava-se confusão patrimonial e promiscuidade entre os entes que a compõem, não fazia sentido manter as estruturas juridicamente autônomas e remeter a consequências meramente patrimoniais. Como as sociedades, nessa circunstância, são uma só empresa, que sofram todos os efeitos da falência.

A ideia segue a linha de João Pedro Scalzilli, que classifica a aplicação da *disregard* no âmbito falimentar em "*desconsideração pontual*", para os casos de mera arrecadação de patrimônio, e "*desconsideração extensiva*", em que opera como fundamento para a extensão de todos os efeitos da quebra às sociedades integrantes do grupo societário que estejam em condições de confusão patrimonial. Sua lição é clara e merece ser transcrita:

> A primeira hipótese, que designamos 'desconside-

Latin, 2005, pp. 383-412, p. 410/411.

276 BERTOLDI, Marcelo. Seção VII – Da Arrecadação e da Custódia dos Bens. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 812-823, p. 817.

> ração pontual', consiste na ineficácia episódica da personalidade jurídica para que um determinado bem, geralmente subtraído do patrimônio da sociedade falida fraudulentamente, seja reintegrado ao patrimônio desta ou, melhor, ao conjunto de bens que compõem a massa falida objetiva. Neste caso, a desconsideração possui a eficácia de uma ação revocatória falencial.
>
> A segunda hipótese, que chamamos 'desconsideração extensiva', está consubstanciada no caso de extensão dos efeitos da falência em direção de outras sociedades, geralmente integrantes de um grupo de fato ou que estejam em condições de confusão patrimonial, resultando na *quebra de todas* (extensão dos efeitos da falência) e, por via de consequência, na arrecadação dos seus patrimônios[277].

A extensão dos efeitos da quebra (ou *desconsideração extensiva*, como classifica o autor), veio a tutelar os interesses dos credores das sociedades agrupadas em caso de falência de uma delas, "[...] *tutela que não encontra correspondentes em casos fora dessa seara*"[278], e tampouco está prevista pela legislação falimentar, omissa com relação à falência dos grupos societários. Por isso é que a doutrina que defende serem os efeitos da extensão todos aqueles a que se sujeita um falido – e não apenas os patrimoniais – entende que o fenômeno atinge tanto a massa falida objetiva quanto a massa falida subjetiva, "[...] *mediante a incorporação, no quadro geral de credores, da coletividade de credores da sociedade falida e das demais pessoas físicas e jurídicas açambarcadas pela quebra*"[279].

Dessa forma, sob o enfoque objetivo, com a extensão dos efeitos da quebra a massa falida passa a abarcar o conjunto de bens e direitos da sociedade falida e de todos aqueles aos quais a falência foi estendida. E, sob

277 SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 174.

278 SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 174.

279 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667, p. 664.

o aspecto subjetivo, a massa falida passa a ser formada pela coletividade de credores da sociedade falida e de todos os atingidos pela extensão[280].

Caso prevalecesse o entendimento de que apenas a massa falida objetiva é alcançada pela extensão, isto é, de que apenas seriam estendidos os efeitos patrimoniais, Sérgio Mourão Corrêa Lima e Osmar Brina Corrêa-Lima destacam que os credores das sociedades estendidas não integrariam a massa falida subjetiva e teriam que ajuizar suas execuções individuais, que seriam inócuas e frustradas. Como explicam, isso se daria porque "[...] *não haveria dinheiro, outros bens ou créditos a serem constritos, na medida em que todo o patrimônio do devedor já teria sido arrecadado pela massa falida objetiva*"[281]. A desigualdade entre os credores se instauraria, ferindo o princípio da *par conditio creditorum*.

Essa talvez seja a principal crítica à recente inclusão do art. 82-A na LRF, com vedação "*no todo ou em parte*", da extensão dos efeitos da falência aos sócios de responsabilidade limitada. Por mais que a desconsideração da personalidade jurídica tenha sido expressamente autorizada, seu caráter é meramente patrimonial e pontual, como visto nas linhas acima. Assim, ainda que seja aplicada corretamente, servirá como solução para os casos mais gravosos, em que a aplicação da desconsideração pode acabar acarretando, na prática, a falência econômica da sociedade desconsiderada? A configuração dessa hipótese pode acabar acarretando verdadeira extensão dos efeitos da falência, porém, em um cenário muito pior, já que desacompanhado do devido processo falimentar. Por isso, toda cautela será pouca na aplicação da *disregard* na falência de grupos.

5. Conclusões

É essencial que o direito empresarial acompanhe a dinamicidade da vida empresarial, o que deve se dar não apenas no plano legislativo, mas também na prática forense. Ao Judiciário, pois, faz-se essencial a aplicação da legislação levando-se em consideração a funcionalidade dos institutos ali

280 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667, p. 661.

281 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667, p. 664.

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.

Quanto ao tema examinado no presente trabalho, a conclusão não pode ser diversa, a começar pela identificação dos grupos societários de fato. Diante de circunstâncias afetas a relações civis e empresariais, devem ser buscados na respectiva legislação (civil e empresarial) os critérios para tanto, sem se olvidar a razão para existência dos agrupamentos: a integração econômica em busca de maior eficiência. Não se aprova, destarte, a criação de postulados e critérios novos pela jurisprudência – que extrapolem os limites de interpretação da lei –, tampouco a sua repetição irrefletida nos casos em sequência sem a observância das nuances de cada demanda.

Uma vez identificada a natureza da relação jurídica civil ou empresarial e o grupo societário segundo as normas que regem a aludida relação, o mesmo deve ser feito quanto à desconsideração da personalidade jurídica: nessas circunstâncias, aplica-se o art. 50 do CC/02, e não os demais dispositivos previstos na legislação extravagante para a tutela de outros interesses e relações jurídicas diversas – como positivado pelo parágrafo único do novo art. 82-A da LRF. A comprovação dos requisitos trazidos por esse dispositivo (abuso na utilização da responsabilidade limitada, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial) é necessária à aplicação da técnica de imputação de responsabilidade.

Passando-se, enfim, ao plano processual, detecta-se a possibilidade jurídica de emprego da *disregard*, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa por meio do incidente próprio previsto pelos arts. 133 a 137 do CPC/2015, igualmente autorizado pelo novo art. 82-A da LRF, vedada apenas a previsão de suspensão do processo principal.

Aqui, a parcimônia do julgador é salutar. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica é técnica para atribuição de responsabilidade por ato próprio. Todavia, ao ser aplicada no contexto falimentar, pode ser pontual ou extensiva. Pontual será se a mera arrecadação dos bens da sociedade (a quem o abuso foi imputado ou que tenha sido por ele beneficiada) não acarrete a sua insolvência, sob pena de prejudicar seus credores. Assim, bastará a responsabilidade patrimonial para solução da questão, preservando-se a empresa, na linha do art. 47 da LRF. Extensiva, por sua vez, será a medida mais gravosa, se verificado que o abuso praticado leva à necessidade de extensão dos efeitos da quebra da outra sociedade, diante da utilização distorcida

da estrutura grupal. Contudo, essa hipótese extensiva foi expressamente proibida pelo art. 82-A da LRF, ao vedar a extensão dos efeitos da falência.

Do exposto, tem-se que a desconsideração da personalidade jurídica, assim, nem sempre leva à extensão dos efeitos da falência. A extensão ocorria apenas quando verificada a necessidade de aplicar as consequências da quebra também à sociedade estendida, protegendo-se os seus credores. Se a utilização da estrutura grupal extrapolava os seus limites de finalidade e lesa terceiros, e se, comprovadamente, estivesse diante do mesmo *pool of assets* independentemente da roupagem formal distinta que lhe tenha sido atribuída, não havia porque se decretar a falência de apenas uma sociedade, sendo imprescindível se estenderem os efeitos às demais envolvidas.

No entanto, a novel vedação da extensão dos efeitos da falência pelo art. 82-A da LRF deixa ao julgador apenas a possibilidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, de forma pontual, para fins de arrecadação de patrimônio. Aqui, a cautela será salutar, para que a aplicação da *disregard* não acarrete, na prática, verdadeira quebra da sociedade desconsiderada – o que representaria, em última análise, a aplicação da extensão dos efeitos da falência, muito embora tenha sido recentemente proibida.

Para hipóteses em que seria necessária, de fato, a extensão dos efeitos da falência, aguarda-se como se dará o comportamento da jurisprudência e a interpretação da doutrina a respeito. Quiçá o instituto será aplicado por analogia às hipóteses da consolidação substancial de grupos previstas para a recuperação judicial. De todo modo, encontrará óbices na vedação expressa do art. 82-A da LRF.

6. Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. Art. 82: Comentários. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência* (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2005.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades:* estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

AQUINO, Diva Carvalho. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, Luiz

Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 383-412.

AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de direito e economia. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos; WARDE JR., Walfrido Jorge (orgs.). *Os grupos de sociedades:* organização e exercício da empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177-193.

BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos efeitos da sentença falimentar:* pressupostos e aplicação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

BARBI FILHO, Celso. Ilegalidade da arrecadação dos bens da sociedade controlada na falência de sua controladora. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico.* São Paulo, n. 116, p. 211-214, out./dez. 1999.

BERTOLDI, Marcelo. Seção VII – Da Arrecadação e da Custódia dos Bens. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 812-823.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOITEUX, Fernando Netto. A extensão da falência às sociedades coligadas, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 179-199.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, 1.266.666/SP, j. 09/08/2011, DJe 25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.125.767/SP, j. 09/08/2011, DJe 25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.259.018/SP, j. 09/08/2011, DJe 25/08/2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.293.636/GO, j. 19/08/2014, DJe 08/09/2014, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, RMS 12.872/SP, j. 24/06/2002, DJ 16/12/2002, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BULGARELLI, Waldirio. *O direito dos grupos e a concentração de empresas.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1975.

CAMPINHO, Sérgio Murilo. *Falência e recuperação de empresa:* o novo regime de insolvência empresarial. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil:* parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). V. 13. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário* – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 735-789.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falecias e de recuperação de empresas.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 65 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

COOTER, Robert D. Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics. *University of Illinois Law Review*. n. 5, p. 1475-1483, out. 2011, p. 1478/1483. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/162/>. Acesso em 22 out. 13.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. A Extensão dos Efeitos da Quebra (Arts. 128 a 131 e 611 do Projeto n. 1.572/2011 – de Código Comercial). In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-667.

DINIZ, Gustavo Saad. Falência de grupos societários: critérios de extensão de efeitos de falência. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil,

2015, p. 487-499.

FÉRES, Marcelo Andrade. Arts. 102 a 104. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Fundamentos da Reforma das Sociedades Anônimas.* Rio de Janeiro: AEDE, 1976.

LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ.* Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Arts. 81 e 82. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 520-529.

MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Grupos societários e a extensão dos efeitos da falência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria:* como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica.* 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica:* dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/*Empirical Legal Studies*). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado:* parte especial. Tomo LI. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 40, abr.-jun./2008, p. 97-120.

PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI,

Emanuelle Urbano (coords.). *Dez anos da lei n.º 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, pp. 450-474.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. V. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203-219.

SANTOS, Paulo Penalva. Efeitos da falência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial.* Volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial no direito societário.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências:* Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945. V. I (Arts. 1º a 61). 4. ed. rev. e atual. por J. A. Penalva dos Santos e Paulo Penalva dos Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZANINI, Carlos Klein. Artigo 81: Direito anterior. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPÍTULO 12

Recuperação extrajudicial: análise do instituto no sistema de insolvência brasileiro

Bruno Rodrigues Tavares
Advogado. Pós-graduando em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Pedro Figueredo de Souza Junior
Advogado especialista em Recuperação Judicial e Falência. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005 instituiu a Recuperação Extrajudicial, a qual foi criada com o intuito de que as empresas buscassem alcançar o seu soerguimento sem a intervenção direta do Poder Judiciário, pautada, assim, na resolução entre o devedor e os seus credores.

No entanto, muito embora seja datada de 09/02/2005 e com previsibilidade da adoção da supracitada medida recuperacional no ordenamento jurídico brasileiro, transcorridos mais de 15 (quinze) anos desde a sua instauração, a Recuperação Extrajudicial tem sido uma alternativa pouco usual entre as empresas em dificuldade financeira, demonstrando que as normas atinentes ao tema, requisitos e interesse dos credores não têm sido suficientemente interessantes para a sua utilização, talvez pela complexidade da logística da transação, haja vista o número elevado de credores e, também, a não previsão expressa de suspensão das ações e execuções em face do devedor até as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020.

Nesse contexto, a análise das questões atinentes à aplicabilidade da Recuperação Extrajudicial, a partir de sua conceituação, requisitos, espécies, direito comparado e estudo de caso, permite que sejam observadas as razões para o pouco uso do instituto no sistema de insolvência brasileiro.

Destarte, o presente artigo exsurge com a proposta de traçar uma

análise completa do instituto da Recuperação Extrajudicial, com intuito de conhecer as suas diretrizes e, ao fim, compreender o seu uso no ordenamento jurídico brasileiro.

2. A recuperação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro

2.1. A Recuperação Extrajudicial e os seus requisitos legais

Como regra, os devedores empresários, (i) devidamente registrados perante a junta comercial há mais de 2 (dois) anos, excetuando-se os produtos rurais pessoas físicas; (ii) que exerçam, comprovadamente, atividade econômica por período superior ao informado; (iii) que não sejam falidos(as) ou cujas obrigações falimentares já tenham sido declaradas extintas; (iv) que não tenham sócios e/ou administradores condenados por crimes falimentares; (v) que não estejam com pedido pendente de Recuperação Judicial ou obtido a concessão de Recuperação Judicial ou homologação de outro Plano de Recuperação Extrajudicial há menos de 2 (dois) anos; podem apresentar pedido de Recuperação Extrajudicial, com vistas à superação da crise econômico-financeira enfrentada.

Tal modalidade de superação da crise é regulada pela Lei n º11.101/2005 e possui procedimento distinto da Recuperação Judicial, a qual também é prevista na aludida legislação, mas tem as mesmas finalidades desta última, a saber, a preservação da empresa e a continuidade da atividade empresária.

No tocante à Recuperação Judicial, como o próprio nome já diz, o devedor apresenta um pedido perante o Poder Judiciário e, caso o seu processamento seja deferido, ele terá o seu Plano de Recuperação submetido ao crivo dos credores. Na eventualidade de um desses credores se opuser ao Plano, é convocada Assembleia Geral de Credores para a sua deliberação. Na ausência de oposição ou na hipótese de aprovação do Plano em Assembleia, o benefício da Recuperação Judicial é concedido ao devedor, que deverá cumprir as obrigações assumidas no Plano. Por outro lado, na eventualidade de o Plano não ser aprovado, a Recuperação Judicial, em regra, é convertida em Falência. Portanto, nessa modalidade de enfrentamento de crise, todos os atos ocorrem sob a fiscalização do Poder Judiciário, podendo culminar em

quebra do devedor empresário.

O procedimento recuperatório judicial sujeita todos os créditos cujos fatos geradores sejam anteriores ao pedido, ressalvados os créditos de natureza tributária e fiduciária, arrendamento mercantil, adiantamento de contrato de câmbio e de negócios com cláusulas de irretratabilidade e reserva de domínio, os quais não estão abarcados pelo dito procedimento.

Em se tratando de Recuperação Extrajudicial, a negociação com os credores ocorre fora do âmbito do Poder Judiciário, ou seja, extrajudicialmente. Destarte, o devedor ajusta com determinados credores e, posteriormente, submete a proposta de pagamento (Plano de Recuperação Extrajudicial) para a homologação judicial, desde que preenchidos os requisitos legais.

Registra-se que, anteriormente às inovações recentes ocorridas na legislação recuperacional, os créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho não eram abarcados na Recuperação Extrajudicial. Contudo, com as novas modificações, os créditos de natureza trabalhistas e de acidente de trabalho poderão ser incluídos no âmbito da Recuperação Extrajudicial se forem objeto de negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. Além disso, como na Recuperação Judicial, também não estão sujeitos ao procedimento os créditos tributários, os de natureza fiduciária, arrendamento mercantil, adiantamento de contrato de câmbio e de negócios com cláusulas de irretratabilidade e reserva de domínio.

Ademais, os créditos poderão ser elencados por classes (trabalhista, garantia real, quirografária e Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte) ou por grupos de credores criados pelo devedor.

Sobre a Recuperação Extrajudicial, são valiosas as lições de Marcelo Barbosa Sacramone:

> A recuperação extrajudicial é justamente a composição privada entre o devedor e uma parte ou a totalidade dos credores de uma ou mais classes ou grupos, a qual é condicionada à homologação judicial e que permite a produção de seus efeitos em relação a todos os credores aderentes ou, desde que preenchidos os requisitos legais, a vinculação da minoria dissidente às condições contratuais anuídas com a maioria de credores.

> O termo "extrajudicial" é utilizado, nesse aspecto, para identificar que a negociação realizada pelos credores não ocorre durante o procedimento judicial. A composição entre os credores e o devedor é privada. Apenas após os credores já terem aderido à proposta negociada é que os seus termos e condições são apresentados à homologação judicial.
>
> Ainda que a composição entre o devedor e o credor já seja suficiente para a produção dos seus efeitos entre os contratantes, a homologação judicial é imprescindível para a caracterização da recuperação extrajudicial. Embora o plano de recuperação extrajudicial seja extrajudicialmente proposto e aceito, a recuperação extrajudicial exige uma fase judicial em seu procedimento, em que a composição será judicialmente homologada. Além de poder vincular todos os credores dissidentes à composição celebrada com a maioria dos credores aderentes, a homologação confere força de título executivo extrajudicial ao acordo e submete todos os envolvidos à disciplina dos crimes falimentares. (SACROMONE, 2018, p. 500)

Adicionalmente, consoante dispõe o art. 163 da Lei nº 11.101/2005, para que seja procedida à homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial, para fins de também fazer efeito em face dos credores que não anuíram a ele, exigia-se a aderência mínima de mais 3/5 do total de créditos de cada espécie ou grupo de credores por ele abrangida, correspondente ao percentual de mais de 60% (sessenta por cento) de cada espécie. Todavia, com as inovações recentes na legislação recuperacional, introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, referido quórum foi minorado para mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

Impede ressaltar que não se considera, para o cômputo dos credores, a aderência e subscrição de sócios do devedor, sociedade coligadas controladas e/ou que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) ou que algum de seus sócios detenha 10% (dez por cento) de participação societária do capital social.

Além disso, nos termos do art. 162 da Lei nº 11.101/2005, o devedor deverá justificar o pedido homologatório e, também, apresentar a minuta do Plano com as assinaturas dos credores aderentes. Nesse ponto, vale destacar que, para o pedido com diretrizes nas alterações recentes na legislação especial, o devedor poderá apresentar o pedido previsto no art. 163 da Lei aqui tratada com a aderência de apenas 1/3 (um terço) de todos os créditos de cada espécie submetida ao Plano, comprometendo-se a regularizar o quórum mínimo legal no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias do pedido.

E mais: o devedor deverá expor a sua situação patrimonial, apresentar as suas documentações financeiras relativas ao último exercício, bem como os documentos que comprovem os poderes dos subscritores do Plano para novar/transigir a dívida e, ainda, a relação nominal de credores completa com a indicação de endereço, classe ou grupo, valor atualizado do crédito e os respectivos registros contábeis.

Cumpre destacar que o Plano de Recuperação Extrajudicial não poderá dispor sobre a alienação de bens, supressão e/ou substituição de garantias reais, exceto em caso de concordância pelo credor.

Registra-se, ainda, que, até a vigência do Lei nº 14.112/2020, a distribuição do pedido de homologação de Plano de Recuperação Extrajudicial não suspende o curso das ações e execuções e, tampouco, o pedido de falência por credores não abrangidos pelo Plano.

Não obstante, tão logo recebido o pedido de homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial pelo Poder Judiciário, o Juiz ordenará a publicação de edital convocando todos os credores para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da sua publicação, apresentem impugnação ao Plano de Recuperação Extrajudicial (art. 164 da Lei nº 11.101/2005).

Destaca-se que a Lei nº 14.112/2020 trouxe a possibilidade de publicação de edital eletrônico em seu art. 164, notadamente em decorrência da grande operacionalidade virtual dos sistemas jurídicos e consequência direta dos efeitos da pandemia do novo coronavírus.

No mesmo prazo, o devedor deverá comprovar o envio das cartas aos credores sujeitos ao Plano, informando sobre as suas condições e prazo para impugnação (art. 164, §1º, da Lei nº 11.101/2005).

Caso seja verificada a simulação de créditos e/ou vícios de representação dos credores signatários do Plano, o pedido de homologação será indeferido de plano pelo Juiz, nos termos do art. 164, §6º, da Lei nº 11.101/2005.

De forma diversa do que ocorre na Recuperação Judicial, o indeferimento do pedido de homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial não implicará a convolação em Falência.

A sentença que homologa o Plano de Recuperação Extrajudicial possui natureza de título executivo judicial, nos termos do art. 515, inciso III, do Código de Processo Civil e do art. 161, §6º, da Lei nº 11.101/2005.

Contudo, o descumprimento do Plano homologado não implica a convolação em Falência e, tampouco, o retorno para as condições originais do crédito, haja vista a novação definitiva do crédito, nos termos do art. 360, inciso I, do Código Civil. Por sua vez, o credor poderá protestar o título executivo judicial, bem como formular pedido de falência (art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005) e, também, poderá promover o cumprimento de sentença.

2.2. Espécies de Recuperação Extrajudicial

A Lei nº 11.101/2005 inovou ao instituir normas e diretrizes concernentes ao desenvolvimento, promulgação e aplicabilidade da Recuperação Extrajudicial, em que impere o livre diálogo entre o devedor e os seus credores na tentativa de elaboração de um Plano de Recuperação viável para ambas as partes.

Ademais disso, o legislador estabeleceu duas espécies de Recuperação Extrajudicial, quais sejam, a Convencional ou Facultativa e a Impositiva, as quais se diferem, sobretudo, no tocante à concordância dos credores quanto ao Plano Recuperacional apresentado pela Recuperanda e, também, quanto aos seus efeitos em face dos credores dissidentes.

A Recuperação Extrajudicial Convencional ou Facultativa é constituída mediante a aprovação do acordo (Plano de Recuperação Extrajudicial por todos os credores signatários) pelos credores signatários e, portanto, a anuência é devidamente registrada com a assinatura no referido documento, sem que seja necessária a homologação judicial para a produção dos efeitos. A esse respeito, citam-se os dizeres de Fábio Ulhoa Coelho:

> Para simplesmente procurar seus credores (ou parte deles) e tentar encontrar, em conjunto com eles, uma saída negociada para a crise, o empresá-

> rio não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação ou renegociação e assumem, por livre manifestação de vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se proporcione o reerguimento do devedor. Quando a lei estabelece requisitos para a recuperação extrajudicial, ela está se referindo apenas ao devedor que pretende, oportunamente, levar o acordo à homologação judicial. Se essa não é necessária (porque todos os atingidos aderiram ao plano) nem conveniente (porque não tem interesse o devedor em arcar com as despesas do processo), é irrelevante o preenchimento ou não das condições legalmente referidas. (COELHO, 2011, p. 432)

No que concerne à atuação do Poder Judiciário nesta espécie extrajudicial, tem um viés homologatório facultativo, a fim de conferir solenidade ao acordo (Plano de Recuperação Extrajudicial), bem como maior segurança jurídica e, ainda, a possibilidade de alienação judicial dos seus ativos.

Nessa linha de intelecção, é o ensinamento de Fábio Ulhoa Coelho:

> Dois são os motivos que podem justificar a homologação facultativa. O primeiro é revestir o ato de maior solenidade, para chamar a atenção das partes para a sua importância. O segundo é possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, quando prevista a medida (LF, art. 166).” (COELHO, 2011, p. 434)

Além disso, em relação aos efeitos do Plano, nessa modalidade, apenas os credores aderentes/signatários estão submetidos às condições do acordo firmado extrajudicialmente, não havendo restrição de tratamento diferenciado entre os credores, desde que não levado à homologação judicial, quando será exercido o controle de legalidade do Plano. Nessa linha, leciona

Francisco Satiro de Souza Junior:

> Neste caso, a natureza do crédito dos aderentes só é relevante para os fins das restrições previstas no caput do art. 161, vez que só sofrerão os efeitos do plano as obrigações relativas àqueles que voluntariamente optaram por aceitá-lo e nos limites do quando aceito. Não há nenhuma restrição a tratamento diferenciado entre os aderentes, quer sejam da mesma classe ou não. (SOUZA, 2007, p. 525).

Com efeito, para que o Plano de Recuperação Extrajudicial passe pelo crivo do Judiciário, com a sua homologação, o devedor interessado deverá fazer o seu requerimento com a juntada de justificativa, documento com termos e condições, tudo acostado com a devida assinatura dos credores que o aderiram, nos moldes do art. 162 da Lei nº 11.101/2005, como se extrai abaixo:

> Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. (BRASIL, 2005).

Sendo assim, a Recuperação Extrajudicial Facultativa exsurge como uma possibilidade de soerguimento pautado pelo diálogo entre os credores com o devedor, com intuito de alcançar uma solução mais ágil ao estado de depreciação econômica, a partir de termos e condições acatados pelas partes em comum acordo, cuja submissão à homologação pelo Poder Judiciário ficará à escolha das partes envolvidas.

Alternativamente à hipótese Extrajudicial Convencional, a legislação recuperacional também abarca a possibilidade de Recuperação Extrajudicial Impositiva, cujos efeitos são produzidos não somente em face dos credores signatários/aderentes, mas também a credores que não anuíram ao Plano de Recuperação Extrajudicial, objetivando que o soerguimento não seja

prejudicado, eis que a maior parte dos credores, observando o quórum legal de mais da metade dos créditos de cada espécie, anuíram ao Plano, conforme determinação do art. 163 da Lei nº 14.112/2020.

Sob essa espécie impositiva, Fábio Ulhoa Coelho tece os seguintes comentários:

> Trata-se, agora, da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, mas uma pequena minoria destes resiste a suportar suas consequências. Nesse caso, é injusto que a oportunidade de reerguimento da empresa do devedor se perca em razão da recusa de adesão ao plano por parte de parcela minoritárias dos credores. Com a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, estendem-se os efeitos do plano aos minoritários nele referidos, suprindo-se desse modo a necessidade de sua adesão voluntária. (COELHO, 2011, p. 435).

Corrobora, ainda, o ensinamento de Francisco Satiro de Souza Junior:

> Além das regras claras de configuração dos percentuais e quantificação dos créditos, a recuperação extrajudicial, para que seja impositiva, demanda tratamento equitativo àqueles aos quais será imposto o plano, que deverá ser homologado judicialmente, para o que se exige do devedor a apresentação, em juízo, de documentos em maior número e complexidade para avaliação (art. 163, §6º)." (SOUZA, 2007, p. 525).

Por tal razão, muito embora possua caráter puramente obrigacional, a Recuperação Extrajudicial Impositiva deve respeitar o quórum legal de anuência de mais da metade dos credores de cada espécie, bem como

conferir tratamento equitativo para aqueles que não concordaram com o Plano Recuperacional, de modo que não haja prejuízo para nenhuma das partes envolvidas.

Em suma, na Recuperação Extrajudicial Facultativa, os credores interessados aceitam a proposta de pagamento apresentada pelo devedor e, portanto, aderem ao Plano Recuperacional, motivo pelo qual a homologação do Plano é meramente facultativa. Nessa modalidade, credores não signatários não se submetem aos efeitos da Recuperação Extrajudicial. Por sua vez, na Impositiva, nem todos os credores aderem ao Plano e, por isso, acaso atingido o quórum legal, os efeitos do Plano Recuperacional também recairão sobre os credores dissidentes, de forma impositiva.

2.3. O Plano de Recuperação Extrajudicial e a aferição do quórum para a sua homologação

O Plano de Recuperação Extrajudicial tem natureza contratual e, por isso, deve observar todos os princípios vinculados ao direito contratual, tais como: boa-fé, autonomia da vontade, legalidade, igualdade, vinculação das partes, entre outros. Portanto, o contrato faz lei entre as partes envolvidas, para todos os fins de direito, relativamente ao seu objeto e às obrigações nele previstas.

No que se refere especificamente ao Plano de Recuperação Extrajudicial, trata-se de negociação realizada fora do âmbito do Poder Judiciário, no qual o devedor e os credores signatários chegam a um consenso e promovem a novação da dívida, prevendo novas formas de pagamento, com deságio ou não, alterando as condições normais de quitação de forma efetiva, criando-se uma nova dívida, nos termos do art. 360, inciso I, do Código Civil.

O devedor poderá listar os credores por classe (com garantia real, quirografários, microempresa e empresa de pequeno porte, por exemplo) ou criar grupos de credores. Caso o devedor opte pela criação de grupo de credores, o agrupamento não pode ser realizado de forma aleatória pelo devedor, de modo que ele deverá observar a classe ou espécie dos créditos, a semelhança de condições de pagamento e a natureza do crédito.

Sobre a questão, citam-se os ensinamentos de Marcelo Barbosa Sacramone:

O plano de recuperação extrajudicial poderá pretender a alteração das condições de pagamento de todos os créditos pertencentes a uma ou diversas classes de credores, conforme definição no art. 83 para a falência. São classes os créditos garantidos por penhor, hipoteca ou anticrese, os créditos privilegiados de forma especial ou geral, os quirografários e os subordinados.

[...]

O devedor, contudo, diante das peculiaridades da sua crise econômico-financeira, pode pretender a alteração das condições ou da forma de satisfação de apenas uma parcela ou grupo dos créditos de determinada classe de credores. A crise, para ser superada, poderá exigir a negociação com todos os credores de uma determinada classe, mas com apenas alguns.

A definição de grupo de credores deverá ser clara e objetiva. Não poderá o devedor escolher qual credor se submeterá ao plano de recuperação extrajudicial e qual não. O grupo de credores deverá ser definido, entre os credores de uma mesma classe ou espécie, por aqueles que possuem semelhantes condições de pagamento e de natureza de crédito.

Essas três condições são cumulativas pelo art. 163, §1º. Além de pertencerem a mesma classe, os credores deverão titularizar créditos com a mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento. Embora os critérios não sejam precisos, os requisitos procuram delimitar parâmetros objetivos para que os créditos passam ser agrupados e, principalmente, para evitar que o devedor escolha, por critérios subjetivos e de sua inteira conveniência, quais são os credores que se sujeitarão ao plano e integrarão o quórum de aprovação.

Definido o grupo, todos os credores a ele pertencentes em razão da semelhança de sua natureza e

> condições de pagamento estarão sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial e serão computados para aferição do quórum de 60% dos credores aderentes para vinculação dos credores remanescentes. (SACRAMONE, 2018, p. 163-164)

Nesse contexto, o Plano de Recuperação Extrajudicial promoverá a alteração das condições de pagamento da dívida e, caso homologado, propiciará a novação da dívida, criando um novo crédito em face do devedor, com novas condições diversas da anterior.

2.4. A sentença homologatória do Plano de Recuperação Extrajudicial

A sentença homologatória do Plano de Recuperação Extrajudicial é definitiva, pois julga o mérito e põe fim à demanda, no caso, o pedido homologatório do Plano, e possui natureza de título executivo judicial, produzindo todos os efeitos jurídicos após a sua homologação em face de todos os credores abrangidos pelo Plano (aderentes e dissidentes), conforme o art. 515, inciso III, do Código de Processo Civil c/c art. 165 da Lei nº 11.101/2005, abaixo transcritos:

> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...)
>
> III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; (BRASIL, 2015)
>
> Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial. (BRASIL, 2005).

Com isso, nos termos do art. 164, §7º, da Lei nº 11.101/2005, qualquer interessado poderá apresentar Recurso de Apelação em face da decisão que homologar o Plano de Recuperação Extrajudicial.

Além disso, caso haja o transcurso do prazo recursal, poderá ser ajuizada Ação Rescisória contra a sentença de homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial, para fins de que ela seja rescindida, nos termos do art. 966 e seguintes do Código de Processo Civil.

Frisa-se, contudo, que, na eventualidade da não homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial, os credores poderão exigir os seus créditos nas condições originariamente contratadas.

3. Considerações sobre a experiência estrangeira

O procedimento de Recuperação Extrajudicial previsto na legislação recuperacioanal brasileira assemelha-se, ainda que em parte, a outros institutos da legislação estrangeira como o *prepackaged bankruptcy Chapter 11* americano, o *Acuerdo Preventivo Extrajudicial* (APE) argentino, o *acuerdo extrajudicial de pago* espanhol, o *acuerdo de reorganización de la empresa deudora* chileno, o regime de recuperação de empresas extrajudicial português e, também, o acordo extrajudicial francês.

Em relação ao *prepackaged bankruptcy* norte-americano, a semelhança dá-se em virtude de que em ambos os procedimentos as negociações com os credores são realizadas extrajudicialmente e, além disso, o *prepackaged bankruptcy plan,* assim como o Plano de Recuperação Extrajudicial, é submetido à homologação do magistrado e, inclusive, poderá ser imposto aos credores dissidentes.

Por outro lado, em relação aos efeitos do Plano, os procedimentos são distintos, já que no brasileiro eles são *inter partes*, nos termos do art. 167 da Lei nº 11.101/2005, enquanto, no americano, a homologação do Plano acarreta idênticos efeitos da reestruturação prevista no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code,* podendo o Plano ser aplicado a outros credores. Sobre dita diferenciação, são valiosas as lições de Francisco Satiro de Souza Junior:

> Ocorre que, diferentemente da recuperação extrajudicial – que mesmo homologada produz pouquíssimos efeitos além dos contratuais – a *prepackaged bankruptcy*, após a aprovação judicial, gera os mesmos efeitos da reorganização tradicional sob as prerrogativas do *Chapter 11*. Seu grande mérito,

> portanto, reside no fato de realizar extrajudicialmente toda a fase de acomodação dos interesses relativos ao plano que, uma vez aprovado pela maioria, vinculará todos os credores da classe atingida, diminuindo o tempo e os custos de implantação do regime do *Chapter* 11 do *Bankruptcy Code*. (SOUZA, 2007, p. 525-526).

No que tange ao instituto argentino, a negociação também é realizada extrajudicialmente e o Plano, após homologado, é imposto à minoria de credores dissidentes. Contudo, o devedor poderá incluir alguns ou todos os credores no âmbito da negociação extrajudicial submetida à homologação. Diferentemente da Recuperação Extrajudicial brasileira, na Argentina, o simples pedido de homologação do Plano enseja a suspensão das ações patrimoniais em face do devedor e, além disso, os atos praticados durante o processamento do negócio jurídico não poderão ser revogados ou declarados ineficazes, conforme bem pontuou Francisco Satiro de Souza Junior:

> O mesmo se pode dizer do *Acuerdo Preventivo Extrajudicial* (APE) argentino (arts. 69 a 76 da Lei 24.522, com as alterações das Leis 25.563 e 25.589, *Ley de Concursos y Quiebras*), especialmente quanto às conseqüências da homologação. Na Argentina, a simples apresentação do pedido de homologação judicial do acordo suspende todas as ações de conteúdo patrimonial contra o devedor. E uma vez homologado o plano – que, diferentemente do que ocorre no Brasil, pode abranger alguns ou todos os seus credores – os atos praticados pelo devedor sob a égide do concurso, não poderão ser revogados ou declarados ineficazes. Na verdade, nossa recuperação extrajudicial é muito mais próxima do revogado instituto que deu origem ao APE, qual seja, o *acuerdo preconcursal*, que, negociado fora de juízo e homologado posteriormente, nem impedia a ação individual dos credores durante sua execução, nem assegurava a validade e eficácia dos atos praticados

> em seu cumprimento caso o devedor viesse a ter sua falência decretada, o que o levou a não merecer muita atenção da doutrina e dos operadores. (SOUZA, 2007, p. 526).

O procedimento previsto na Lei nº 14/2013 espanhola, conhecido como *acuerdo extrajudicial de pago*, prevê, em seu art. 231, um procedimento extrajudicial sem intervenção judicial, cuja finalidade é realizar um acordo extrajudicial que promova a novação, quitação ou moratória da dívida (CUEVA, 2018, p. 50). Dito procedimento guarda semelhanças com a Recuperação Extrajudicial Facultativa prevista na legislação brasileira.

A legislação chilena também dispõe de procedimento que se assemelha ao brasileiro, o qual é conhecido como *acuerdo de reorganización de la empresa deudora*. Dito procedimento foi inspirado na legislação argentina e dispõe de uma fase extrajudicial de negociação e outra judicial, cuja finalidade é verificar o preenchimento dos requisitos legais para a homologação do Plano previamente negociado e subscrito por no mínimo 3/4 dos credores de cada classe, desde que demonstrada a sua viabilidade financeira, mediante laudo confeccionado por profissional designado, em comum acordo, pelo devedor e pelos principais credores. O referido procedimento é quase idêntico ao brasileiro, exceto quanto ao quórum legal para a homologação.

A respeito do procedimento chileno, transcrevem-se os dizeres do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

> Na recuperação simplificada ou extrajudicial, inspirada nos acordos preventivos extrajudiciais argentinos, há uma etapa puramente negocial, que só vincula os subscritores do acordo. Na etapa seguinte, a homologação judicial não depende de uma apreciação de fundo, mas do preenchimento de determinados requisitos: assinatura de credores representativos de três quartos do passivo em cada classe (o ato deve ser solene, certificado por agente dotado de fé pública); e apresentação de um informe, subscrito por um observador designado pelo devedor e seus principais credores, relativo à viabi-

> lidade do acordo, ao montante provável de ressarcimento dos créditos em um cenário de liquidação e à observância dos critérios legais de determinação dos créditos e de preferências. (CUEVA, 2018, p. 49).

Por sua vez, em Portugal, a Lei nº 8/2018 criou o Regime de Recuperação de Empresas Extrajudicial (RERE), cujo objetivo é promover um cenário confidencial, sem a intervenção judicial, para a negociação entre devedores e credores, com a consequente formalização de acordo com aprovação de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos credores abrangidos pela transação, desde que demonstrada a autonomia financeira acima de 15% (quinze por cento) e índices de liquidez superiores a 1.05. O pedido para o processamento do RERE deve ser apresentado perante o Cartório de Registro Comercial (Conservatória do Registo Comercial) pelo devedor ou pelos credores.

No citado regime português, como também ocorre na Recuperação Extrajudicial brasileira, as partes podem deliberar sobre a alienação de ativos, salvo se for objeto de garantia, hipótese em que o credor detentor da garantia deverá autorizar a venda, conforme se verifica do art. 2º, item 2, do art. 3º, item 5, ambos da Lei nº 8/2018:

> Artigo 2.º
>
> Âmbito objetivo de aplicação do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas
>
> 1 - O RERE regula os termos e os efeitos das negociações e do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais dos seus credores, na medida em que os participantes manifestem, expressa e unanimemente, a vontade de submeter as negociações ou o acordo de reestruturação ao regime previsto na presente lei.
>
> 2 - Entende-se por acordo de reestruturação, para os efeitos do número anterior, o acordo com vista à alteração da composição, das condições ou da estrutura do ativo ou do passivo de um devedor, ou de qualquer outra parte da estrutura de capital do devedor, incluindo o capital social, ou uma com-

> binação destes elementos, incluindo a venda de ativos ou de partes de atividade, com o objetivo de permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte.
>
> Artigo 3.º
>
> Âmbito subjetivo de aplicação do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (...)
>
> 5 - Na medida do que seja necessário à prestação de consentimento relativo a alteração dos termos e condições da garantia, podem intervir nas negociações e no acordo de reestruturação os titulares de garantias sobre bens do devedor, mesmo não sendo credores do devedor. (PORTUGAL, 2018)

Após as breves considerações alhures, é possível concluir que a legislação estrangeira concursal citada possui, ainda que em parte, semelhança com a legislação recuperacional brasileira.

4. A aplicação prática do instituto da recuperação extrajudicial no sistema de insolvência brasileiro

A legislação recuperatória brasileira teve seu apogeu com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, em fevereiro de 2005, a qual passou a regular todo o procedimento de Recuperação Judicial, Extrajudicial e, derradeiramente, de Falência, em substituição àqueles previstos no antigo Decreto nº 7.661/1945. Ocorre que, passados mais de 15 (quinze) anos da sua vigência, verifica-se, no cenário judicial brasileiro, a distribuição de pouquíssimos pedidos de homologação de Planos de Recuperação Extrajudicial, em suas duas espécies, evidenciando, portanto, uma fragilidade na aplicabilidade de tal instituto como alternativa de soerguimento econômico-financeiro das empresas.

Um dos exemplos mais recentes de pedido de homologação de Recuperação Extrajudicial Impositiva advém da Restoque Comércio e Confecções de Roupas S.A., sociedade anônima voltada para o mercado de vestuário de alto padrão no país, o qual foi requerido junto à 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP em 04/06/2020, autuado

sob o n. 1046426-49.2020.8.26.0100, tendo sido, inclusive, homologado em 05/10/2020, conforme informações contidas no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesse diapasão, conforme se extrai do Plano Recuperacional supracitado, a dívida demonstrada no Plano perfaz o montante de R$ 1.435.953.404,32 (um bilhão, quatrocentos e trinta e cinco milhões, novecentos e cinquenta e três mil, quatrocentos e quatro reais e trinta e dois centavos), o qual foi aderido por 87% (oitenta e sete por cento) dos credores, ultrapassando o quórum mínimo exigido legalmente e, por isso, impondo-se a sua homologação judicial para produzir efeitos perante os demais credores dissidentes.

É importante pontuar, ainda, que a amortização da dívida da Sociedade Anônima Restoque consiste na emissão de debêntures, que serão recebidas pelos seus credores.

Além disso, merece destaque a tentativa de Recuperação Extrajudicial da Máquina de Vendas, popularmente conhecida como Ricardo Eletro, a qual teve o seu Plano homologado em 2019, com uma dívida aproximada de R$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões, quinhentos milhões de reais), processo n. 1088556-25.2018.8.26.0100, o qual tramitou perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca De São Paulo/SP.

Todavia, em função da crise econômica gerada pelo cenário pandêmico de COVID-19, o Plano tornou-se insustentável ao devedor, motivo pelo qual o devedor ingressou com pedido recuperacional judicial, incluindo-se as dívidas do Plano de Recuperação Extrajudicial homologado.

Em Belo Horizonte/MG, em 19/10/2020, também houve a homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial da Centrino Participações S.A., a FDS Engenharia de Óleo e Gás S/A e a Visen Engenharia S.A., nos autos do processo n. 5061204-84.2019.8.13.0024, em curso perante a 2ª Vara Empresarial de Belo Horizonte/MG.

Observa-se, pois uma escassez de homologações de Plano de Recuperação Extrajudicial com êxito, problema que decorre, sobretudo, da dificuldade de conciliar múltiplos interesses entre os credores e o devedor, a fim de que se encontre alternativa favorável a todas as partes envolvidas.

Como descrito alhures, a Recuperação Extrajudicial pode ser de duas espécies. Na primeira, deve haver concordância de todos os credores quanto ao conteúdo do Plano Recuperacional, enquanto, na segunda, exige-se um

quórum mínimo de mais da metade dos credores de cada espécie para sua homologação.

Consequentemente, o alcance de um consenso mostra-se dificultoso, uma vez que cada credor possui interesses distintos quanto ao recebimento do crédito a que faz *jus*, o que acaba obstaculizando a adesão ao Plano, quando considerado manifestamente desfavorável ao credor.

Vale frisar que o pedido de homologação de Plano de Recuperação Extrajudicial não suspende as ações e execuções em face do devedor, bem como os pedidos de falência de credores extraconcursais, não criando, portanto, efetiva blindagem ao patrimônio do devedor, o que poderá impactar o seu projeto de soerguimento.

Portanto, mesmo sendo uma modalidade de Recuperação disponível aos devedores, a Recuperação Extrajudicial tornou-se não usual, haja vista a multiplicidade de credores envolvidos e interesses diversos, os quais não convergem para a aprovação do Plano de Recuperação disponibilizado pelo devedor, restando a Recuperação Judicial como uma alternativa tangível para todos, tendo as proteções decorrentes do microssistema criado para a proteção da devedora em crise (*stay period*, reconhecimento da essencialidade dos bens e etc.).

Destaca-se que a resolução consensual e extrajudicial é mais satisfatória e célere, dispensando a intervenção do Poder Judiciário, permitindo o alcance dos direitos das partes mediante o diálogo direto, evitando-se uma judicialização de todas as questões da vida civil.

5. Conclusão

O objetivo do presente artigo foi analisar o instituto da Recuperação Extrajudicial no sistema de insolvência brasileiro, especificamente os seus requisitos, espécies, efeitos e, também, confrontá-lo com algumas legislações estrangeiras, a fim de verificar, *en passant*, as semelhas e as diferenças entre o procedimento brasileiro e a experiência estrangeira.

O sistema de insolvência brasileiro coloca à disposição das empresas ou empresários, exceto os não abrangidos pela Lei nº 11.101/2005, um procedimento extrajudicial para que o devedor possa negociar com os seus credores, previamente à apresentação do pedido de Homologação do Plano.

Após a apresentação do Plano, competirá à justiça, tão somente, verificar o preenchimento dos requisitos legais para a respectiva homologação do Plano e, também, exercer o seu controle de legalidade, afastando eventuais cláusulas que não estejam de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Constatou-se, ainda, a existência de duas espécies de Recuperação Extrajudicial, a primeira delas, conhecida como Facultativa, decorre da adesão de todos os credores ao Plano apresentado pelo devedor, sendo a sua homologação meramente facultativa, haja vista que o Plano subscrito pelos credores já produz efeitos automáticos, de modo que a homologação propiciará solenidade do negócio jurídico, conferindo maior segurança jurídica para o cumprimento das obrigações previstas no Plano.

Por outro lado, a segunda espécie chamada de impositiva, exige a adesão de, no mínimo, mais da metade dos credores de cada espécie, impondo-se os seus efeitos à minoria de credores dissidentes abrangidos pelo Plano, de forma impositiva.

Verificou-se, também, a similitude, ainda que, em parte, entre o procedimento extrajudicial brasileiro com alguns procedimentos previstos na legislação estrangeira, tais como o americano, o argentino, o espanhol, o chileno, o português e o francês.

Por fim, observou-se que o instituto da Recuperação Extrajudicial no sistema de insolvência brasileiro é raramente utilizado, haja vista os pouquíssimos pedidos de homologação de Plano de Recuperação Extrajudicial distribuídos nos Tribunais pátrios brasileiros.

Conclui-se, portanto, que a pouca utilidade de dito recurso extrajudicial dá-se em decorrência da ausência de convergência dos interesses do devedor e dos credores para a formalização de uma proposta única que atenda a todos os interesses e, também, a falta de proteção ao seu patrimônio, haja vista que o pedido homologatório não suspende o curso das ações e execução e, tampouco, pedidos de falência de credores extraconcursais.

Diante disso, entende-se que o instituto deve ser aprimorado, a fim de dar maior proteção ao devedor, viabilizando a negociação com o maior número de credores possível e, por conseguinte, concretizando o seu projeto de soerguimento financeiro e, ainda, afastando a judicialização de questões que podem ser resolvidas extrajudicialmente. Impende ressalvar que, após quinze anos da aplicabilidade da Lei Recuperacional Nacional, foi promulgada a Lei n. 14.112/2020, a qual imprimiu significativas alterações

em toda a legislação recuperacional e falimentar, fruto da experiência decorrente dos anos de sua vigência. A reforma legal objetivou, em suma, uma facilitação do procedimento como um todo, diminuindo a robustez de requisitos, tendo sido acelerada por uma grave crise econômica advinda da pandemia de COVID-19, que assolou todo o mercado global.

6. Referências

ARGENTINA. Ley núm. 24.522. Ley de Concursos y Quiebras. Boletín Oficial, Buenos Aires, AG, 09 de agosto de 1995. Disponível em: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/2500029999/25379/texact.htm. Acesso em 02 nov. 2020

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.112, 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm#art7. Acesso em 19 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte). Recuperação Extrajudicial 5061204-84.2019.8.13.0024. Autor: Centrino Participações SA e outros. Juiz: Adilon Claver de Resende. Belo Horizonte, 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais). Recuperação Extrajudicial 1046426-49.2020.8.26.0100. Autor: Restoque Comércio e Confecções de Roupas S/A. Juiz: Paulo Furtado de Oliveira Filho. São Paulo, 05 de junho de 2020.

CHILE. Ley núm. 20720. Sustituye el Régimen Concursal Vigente por Una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y Perfecciona el Rol de la Superintendencia Del Ramo. Diario Ofical, Santiago, CL, 09 de janeiro de 2014. Disponível em: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1058072. Acesso em: 02 nov. 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Soluções negociadas para a insolvência empresarial. Caderno FGV Projetos Recuperação de Empresas, ano 13, nº 33, p. 44-53, setembro de 2018. ISSN 19844883. Disponível em:https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/cadernos_recuperacaojudicialfinal-site.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPANHA. Ley núm 14. De apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Boletín Oficial Del Estado. Madrid, ES, 28 de setembro de. 2013, Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2013/09/27/14. Acesso em 02 nov. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 8/2018, 2 de março de 2018. Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (Altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado). Diário da República, 1.ª série, n 44, Lisboa, 2 de março de 2018. Disponível em: https://data.dre.pt/eli/lei/8/2018/03/02/p/dre/pt/html. Acesso em: 02 nov.2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva Educação,2018.

SALOMÃO, Luís Felipe e SANTOS, Paulo de Moraes Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: Teoria e prática. Gen Forense, 2015.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. Almedina, 2016.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPÍTULO 13

A exclusão do crédito de honorários advocatícios dos efeitos da recuperação extrajudicial: o dilema do seu reconhecimento e exercício do direito pelos advogados

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Mestre e Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFRJ e Professor Associado da UERJ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

Thalita Almeida
Advogada e Consultora nas áreas de Direito Empresarial, Contencioso Cível, e Contratos; Sócia do escritório Bastos-Tigre, Coelho da Rocha, Lopes e Freitas Advogados, mestre em Direito Empresarial pela UERJ; thalita.almeida@bastostigre.adv.br

1. Introdução

Esse trabalho investiga a não submissão dos créditos oriundos de honorários advocatícios à recuperação extrajudicial. Tanto os honorários de natureza contratual ou sucumbencial, têm natureza alimentar e, em razão disso, não se submetem aos efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

O objetivo primordial da pesquisa é discutir o fato de que alguns advogados ou sociedades de advogados não têm avocado para si os recursos legais e lícitos para recebimento de verbas honorárias, bem como demonstrar os prejuízos suportados pela não adesão ao comando do art. 161, § 1º, da Lei nº 11.101/2005[282] ("Lei de Recuperação e Falência" ou "LRF").

O método científico utilizado foi o indutivo e a pesquisa se ampara na análise casuísta de pedidos de homologação de plano de recuperação extrajudicial ("PRE") distribuídos nos anos de 2016 e 2017 perante a comarca da Capital do estado do Rio de Janeiro. Quanto ao método científico, é

282 Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei.

importante reportar o esclarecimento de João Álvaro Ruiz (1996, p. 139):

> A indução é processo de raciocínio inverso ao processo dedutivo. Enquanto a dedução parte de enunciados mais gerais para chegar a uma conclusão particular ou menos geral, a indução caminha do registro de fatos singulares ou menos gerais para chegar a uma conclusão desdobrada ou ampliada em enunciado mais geral [...]

A observação dos dados coletados dos pedidos analisados demonstra que considerável número de advogados e sociedades aderiram ao respectivo procedimento de recuperação extrajudicial, submetendo seus honorários ao respectivo plano junto com outros créditos quirografários – sem nenhuma distinção entre classes - ignorando as disposições legais que lhes socorrem, em direto prejuízo do recebimento de sua verba alimentar.

A motivação para o comportamento observado pode ser compreendida nas hipóteses de desconhecimento do advogado na utilização dos dispositivos legais e, em um obstáculo que se traduz pela expectativa moral (de juízes e clientes) de que o advogado não se beneficie mais do que o próprio cliente, cujo crédito principal deu origem aos honorários.

Importa esclarecer que é objeto central de discussão e análise os honorários devidos pela recuperanda[283] aos advogados dos seus credores quirografários ou aos seus próprios advogados, por força de contrato, que se veem submetidos ao plano de recuperação extrajudicial, seja porque o credor aderiu ou porque se submeteu a ele em razão de homologação judicial (credor dissidente).

Sendo assim, os honorários aqui referidos são aqueles fixados na fase de execução dos créditos quirografários, em um momento anterior ao da recuperação extrajudicial ou, ainda, honorários sucumbenciais fixados em sede de sentença condenatória em processo de conhecimento ou os honorários impostos à parte vencida em razão de rejeição de embargos à execução, ou, por fim, aos honorários contratuais fixados entre recuperanda e seus advogados.

283 Nesse caso, faz-se referência àquele devedor que apresenta plano de recuperação extrajudicial para homologação judicial.

O cenário fático aqui recortado é o que ocorre na parte majoritária dos casos: o devedor se vê imerso em dívidas e processos em fase de execução, enfrentando dezenas de atos de expropriação do seu patrimônio. Nesta fase dos processos, não somente o crédito quirografário é devido, mas, também, os honorários que decorrem de fixação pelo juízo na fase de execução, nos termos do art. 827[284] do Código de Processo Civil ou aqueles de natureza sucumbencial, devidos nos termos do art. 85[285] do mesmo diploma legal.[286]

Desse modo, duas verbas de diferentes naturezas são devidas: o crédito quirografário, que se caracteriza pelo crédito principal, que pertence a um credor fornecedor (de bens, serviços ou de valor que decorre de um contrato de mútuo celebrado com o devedor) e o crédito de honorários, que decorre dessa verba principal, porque fixado na fase de execução ou a título de sucumbência no encerramento da fase de conhecimento de um determinado processo judicial instaurado para cobrança, justamente, desse crédito quirografário.

Sem alternativas para fazer frente à todas as dívidas que contraiu, o devedor propõe renegociação de seu passivo de natureza quirografária, levando à homologação judicial um plano de recuperação extrajudicial. Ocorre que, pela letra da LRF, somente os créditos quirografários se submeteriam à recuperação extrajudicial, seja porque o credor aderiu ao respectivo plano, seja porque a ele foi imposta a renegociação quanto à forma de pagamento e deságio, quando da homologação do plano.

Nesse enredo, observa-se que o advogado que detém verba honorária de caráter alimentar, não raramente é colocado em tormentoso dilema moral para prosseguir executando seu crédito, enquanto o crédito principal (do seu cliente) sofre alterações pelo plano de recuperação extrajudicial homologado. Isso porque, planos de recuperação extrajudicial, comumente, preveem a aplicação de deságio, alongamento dos prazos de pagamento ou uma combinação dessas duas formas de restruturação das dívidas do devedor.

Na primeira parte do artigo analisa-se a fundamentação legal para não submissão do crédito de honorários à recuperação extrajudicial. Na sequência, faz-se sucinta digressão histórica quanto à classificação ostentada

284 Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

285 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

286 Não é demais lembrar que os honorários de execução poderão ser majorados na hipótese de rejeição dos embargos à execução, nos termos do §2º do art. 827 do CPC.

pela verba de honorários. No item seguinte, discorre-se sobre a motivação do legislador que excluiu os créditos trabalhistas, aos quais os honorários são equiparados, dos efeitos da recuperação extrajudicial. No penúltimo item, sugere-se uma reflexão sobre o uso da proteção conferida aos honorários, marcadamente, sobre a celeuma aqui debatida no sentido de que o exercício do direito de recebimento dos honorários poderia incorrer em prejuízo do recebimento do crédito do cliente, credor quirografário.

1.1. Por que o crédito por honorários advocatícios não se submete aos efeitos da recuperação extrajudicial?

Há que se ressaltar que o plano de recuperação extrajudicial pode incluir uma ou algumas classes de credores, bem como certos credores de uma classe, como autoriza o *caput* do art. 163 da LRF. A esse respeito e analisando o instituto, também sob o viés econômico, Raquel Sztajn (2016, p. 569) comenta:

> A recuperação extrajudicial é negócio jurídico consensual entre o devedor e uma ou algumas classes de credores, um negócio de cooperação, de repactuação na divisão de riscos, que, em alguma medida, se assemelha aos negócios plurilaterais. Pode-se imaginar que há nessa operação uma forma de associação entre credores e devedor para, se e quando restabelecido o equilíbrio patrimonial da empresa em crise, o excedente gerado ser partilhado entre eles. Por excedente gerado quer se indicar o ganho, para ambos, resultante da preservação da atividade, que, saneada, deverá produzir lucros econômicos, aqueles que remuneram o capital. Este, talvez, o ponto fulcral da equação: de que forma serão repartidos esses ganhos. Dado que os interesses dos credores, organizados em classes, podem não ser os mesmos, a oferta do devedor será mais atraente para alguns do que para outros, o que explica a possibilidade de que a apenas uma classe de credores seja feita a proposta de reorganização extrajudicial. [grifos nossos]

Uma vez esclarecido o motivo pelo qual a recuperação extrajudicial pode discricionariamente abranger apenas uma classe de credores, ou uma espécie de credores – por exemplo, originados de um determinado contrato –, há que se tratar de quais credores, especificamente, podem ser submetidos a esse processo de reestruturação[287].

Francisco Satiro de Souza Junior (2007, p. 529-530) elucida a questão:

> No caso da recuperação extrajudicial realizada nos termos do art. 161, somente os signatários estarão sujeitos aos efeitos do plano. Entretanto, não são todos os credores que a ele podem aderir. Credores tributários, trabalhistas, acidentários, bem como aqueles titulares de créditos por adiantamento de contrato de câmbio – ACC (art. 86, inc. II) e de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, § 3.º) não poderão estar sujeitos a plano de recuperação extrajudicial homologada, qualquer que seja a modalidade. Isso não significa que dentro das determinações legais aplicáveis a cada espécie não podem os credores dessas classes celebrar acordos paralelos com o devedor, como inclusive prevê o art. 167, mesmo que simultaneamente à aprovação de plano de recuperação extrajudicial. [grifos nossos]

287 Importa aqui registrar que, nos termos do § 3º do art. 44 da Lei nº 11.101/2005: "O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de *quorum* de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito." Isso significa dizer que, embora o devedor, no regime de recuperação judicial deva submeter todos os credores – excetuadas as hipóteses legais - por força do que determina o §2º do art. 49, não há obrigação legal de que sejam alteradas as condições originalmente contratadas em relação a todos os credores indiscriminadamente. Isso implica em reconhecer que, na hipótese de um determinado devedor não alterar as condições contratadas com uma determinada classe, referidos credores estarão excluídos do efeito novativo previsto no art. 59 da LRF.

É pertinente o esclarecimento de que, nos termos do *caput* do art. 163 da LRF, não só os signatários do plano de recuperação extrajudicial ficam vinculados, mas também os dissidentes quando da homologação do plano.

A premissa de que os honorários advocatícios não se submetem à recuperação extrajudicial está, portanto, amparada no entendimento de que nenhum débito de natureza trabalhista, ao qual se equiparam os honorários, se submete ao procedimento da recuperação extrajudicial. Adiante será indicada fundamentação legal que sustenta o tratamento de natureza alimentar conferido aos honorários.

A despeito de ser o crédito por honorários advocatícios equiparados ao trabalhista, a análise histórica da legislação revela uma evolução de entendimento, como se expõe a seguir.

1.2. A evolução do tratamento dos honorários e a equiparação dessa verba ao crédito trabalhista.

Para explorar a evolução do tratamento conferido aos honorários, é curial tratar da criação da Ordem dos Advogados Brasileiros, primitiva designação da OAB, que ocorreu por meio do Decreto nº 19.408 de 1930. Essa legislação trata da reorganização da então conhecida Corte de Apelação[288] e, em suma, se ateve ao seu escopo. Já no bojo do diploma legal o art. 17, do respectivo decreto dedicou-se à criação da Ordem dos Advogados Brasileiros ("OAB"), tendo sido estabelecido, no mesmo dispositivo, a missão de se elaborar um estatuto que deveria reger[289] ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados.

No ano de 1931, foi promulgado o Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros por meio do Decreto nº 20.784. Nos incisos do art. 25 foram instituídos os direitos dos advogados, porém não havia menção quanto

288 Interessante o recorte histórico que aqui se pode fazer em relação à Corte de Apelação: "Com a Constituição de 37, a Corte de Apelação do DF [Distrito Federal] passou a ter nome de Tribunal de Apelação, posteriormente alterado para Tribunal de Justiça pela Constituição de 1946. Ele ficou assim denominado até 1960, quando a capital brasileira foi transferida para Brasília. Neste ano, foi criado o estado da Guanabara, e um Tribunal de Justiça local, instalado no palácio da rua Dom Manuel." Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/. Acesso em 12 nov. 2019

289 Art. 17 Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, orgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

à estipulação de qualquer privilégio em relação ao crédito de honorários[290]. Essa omissão apontada no primeiro Estatuto da OAB (Decreto nº 20.784) implicava na classificação dos honorários advocatícios como crédito quirografário, sem nenhuma previsão quanto a tratamento privilegiado.

O referido Decreto foi tacitamente[291] revogado com a promulgação da Lei nº 4.215 de 1963, por meio da qual se dispôs sobre o novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Já nessa lei, instituiu-se, por meio do art. 102[292], privilégio ao recebimento da verba de honorários.

Tal privilégio encontrava guarida no Código Civil de 1916, por meio do qual se endereçava o tratamento de créditos privilegiados pela legislação infraconstitucional. Por meio do art. 1.560[293], do Código revogado, verificava-se que o crédito de honorários já ostentava privilégio se comparado ao crédito simples. Apesar de o dispositivo ter sido revogado com o Código Civil de 2002, a sua redação seguiu praticamente inalterada por meio do art. 961[294] do código vigente.

Ainda na trajetória histórica aqui traçada, no ano de 1985 foi

290 Art. 25 São direitos dos advogados:
I, exercer os atos de sua profissão, de conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis;
II, comunicar-se livremente com seus clientes, sobre os interesses judiciais destes, ainda quando se achem em prisão;
III, guardar sigilo profissional;
IV, ingressar os cancelos dos Tribunais e Juizos;
V, tomar assento à direita dos juizes de primeira instância; falar sentados; requerer pela ordem de antiguidade, e retirar-se das sessões e audiências, independente de licença;
VI, receber autos com vista ou em confiança, na forma das leis de processo;
VII, contratar, verbalmente ou por escrito, honorários, de acordo com as praxes e taxas habituais no local, sendo, porém, vedado estipular, a título de honorários, a participação em bens;
VIII, não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala especial de Estado Maior;
IX, usar vestes talares;

291 Anos mais tarde, o Decreto nº 20.784 foi revogado pelo Decreto nº 11 de 1991. Referida revogação se deu por determinação do art. 4º que fazia referência a um extenso anexo que indicava a lista das legislações revogadas. A indicação do Decreto nº 20.784 de 1931 consta da página 31 das impressionantes 77 laudas do anexo de revogação.

292 Art. 102 O advogado credor de honorários e despesas feitas no desempenho do mandato tem privilégio especial sobre o objeto deste.

293 Art. 1.560 O credito real prefere ao pessoal de qualquer espécie, salvo a excepção estabelecida no parágrafo único do art. 759; o credito pessoal privilegiado ao simples, e o privilegio especial, ao geral. (Crédito simples)

294 Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

promulgada a Lei nº 7.346[295]que, além de alterar diversos dispositivos do Estatuto da OAB, vedou novas inscrições no quadro de provisionados[296] e assegurou aos já inscritos, até aquela ocasião, o direito amplo de exercer a profissão da advocacia, uma vez que, até aquela data, os provisionados só tinham capacidade de exercer a profissão na primeira instância. Em especial, observa-se sutil modificação na redação do art. 102[297] do Estatudo da OAB, mantendo-se o privilégio especial para o crédito de honorários advocatícios.

No ano de 1994, foi, finalmente, promulgada a Lei nº 8.906, vigente até os dias de hoje, para dispor sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Por meio do art. 24[298] dessa lei, ratificou-se o privilégio conferido aos honorários para que se constituíssem como títulos executivos e gozassem de recebimento preferencial na falência, na concordata e outros concursos de credores.

Com promulgação do Estatuto vigente, verifica-se que, a partir da década de 90, já é possível encontrar precedentes extraídos do Supremo Tribunal Federal ("STF"), por meio dos quais a Corte passa a reconhecer a natureza alimentar dos honorários.

> CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 33, ADCT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS: CARÁTER ALIMENTAR. ADCT, ART. 33. I. - Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-

295 Referida legislação vedou novas inscrições no Quadro de Provisionados da Ordem dos Advogados do Brasil e, mediante alterações da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, assegurou, aos àquela altura inscritos no Quadro, o amplo direito de exercício da profissão de advogado.

296 No Brasil, o Provisionado ou, vulgarmente, conhecido Rábula, era o advogado que não possuía formação acadêmica em Direito (bacharelado), mas que, durante o período imperial, obteve autorização do órgão competente do Poder Judiciário, ou da entidade de classe (primeiro do Instituto dos Advogados; a partir da década de 1930 da OAB), e podia exercer a profissão da advocacia, somente em primeira instância.

297 Art. 2º - O caput e o parágrafo único do art. 87, o caput e o § 1º do art. 89, o art. 91, o caput e a alínea a do parágrafo único do art. 92, o art. 93, o caput do art. 94, o inciso I do parágrafo único do art. 96, o art. 99, o parágrafo único do art. 100, o art. 101, o art. 102, o § 5º do art. 119, a alínea f do art. 132 e o § 1º do art. 141 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, passam a vigorar com a seguinte redação:
Art. 102 - O advogado ou provisionado, credor de honorários e despesas feitas no desempenho do mandato, tem privilégio especial sobre o objeto deste.

298 Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

> -se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT. II. - R.E. não conhecido. (STF - RE: 146318 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 13/12/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 04-04-1997 PP-10537 EMENT VOL-01863-03 PP-00617) [grifos nossos]

Referido julgado confirma a decisão proferida pela Câmara de origem, para declarar que não se aplica aos honorários o art. 33[299] dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Brasileira de 1988 ("ADCT de 1988").

No inteiro teor do precedente ora colacionado, o então Ministro Carlos Velloso faz questão de ponderar: "A questão a saber é se honorários advocatícios e os salários do perito têm caráter alimentar. É que, se assim for entendido, não se incluem eles na forma de pagamento inscrita no art. 33, ADCT." O Ministro conclui a sua análise para confirmar o entendimento exarado pelo acórdão recorrido[300], no sentido de que os honorários advocatícios e periciais remuneram serviços prestados por profissionais liberais, motivo pelo qual se equivalem a salários. Disso decorre a conclusão de que se os vencimentos e salários têm natureza alimentar, o mesmo deve ser aplicado em relação aos honorários.

É fundamental registrar que o Supremo Tribunal Federal emprestou interpretação mais benéfica ao art. 24 do Estatuto vigente. Isso porque,

299 Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

300 O acórdão recorrido se esmera a tal ponto para elucidar a importância ostentada pela verba honorária e do caráter alimentar de que se reveste, sendo pertinente o escólio:"[...] 4. Finalmente, assiste razão ao agravante quanto ao caráter alimentar tanto dos honorários advocatícios, quanto aos salários periciais. Esta Câmara já decidiu, no Agravo de Instrumento nº 160.394-2 que o salário do perito e a honorária do advogado têm caráter alimentar e não estão sujeitos à faculdade outorgada pelo art. 33 das ADCT, para o pagamentos dos precatórios. Assim foi decidido: "[...] A honorária equivale a salário. É retribuição, é pagamento, é estipêndio, é prêmio pago aos profissionais liberais. O profissional liberal vive do que recebe como honorária, assim como qualquer trabalhador vive do seu salário, de seus vencimentos. Embora a honorária não tenha a natureza jurídica do salário, dele não se distingue em sua finalidade que é a mesma. A honorária é, em suma, um salário *ad honorem* pela nobreza do serviço prestado. Tem, portanto, caráter alimentar, porque os profissionais liberais dele se utilizam para sua mantença e de seu escritório ou consultório.[...]"

referido dispositivo trata dos honorários apenas como "crédito privilegiado" sem conferir à verba de honorários qualquer distinção ou classificação mais especial do que aquela distinção destinada ao privilégio geral.

Há que se atribuir ao STF e ao STJ, essa interpretação mais benéfica em relação ao tratamento dos honorários, uma vez que o crédito por honorários foi equiparado ao crédito trabalhista, com fundamento na dignidade da pessoa humana e do advogado, partindo-se da premissa de que os honorários ostentam natureza alimentar pela destinação última de sustento do seu titular.

Nos precedentes que se sucedem, o entendimento do STF já aparece consolidado com a invocação de dispositivos infraconstitucionais para confirmar o tratamento privilegiado conferido à verba honorária.

No acórdão a seguir transcrito, é possível verificar a invocação do art. 102, § 3º, da lei falimentar revogada (Decreto-Lei nº 7.661/1945) para se referir aos honorários como crédito com privilégio geral. Senão vejamos:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO COM PRIVILÉGIO GERAL. ARTIGO 102, § 3º, I, DA LEI 7.766/45. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (...) In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO COM PRIVILÉGIO GERAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 102 § 3º, I, DA LEI 7.766/45. SENTENÇA MANTIDA.7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AI: 856701

> RS, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 28/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico. DJe-112, divulg. 13-06-2013, publicado em 14-06-2013) [grifos nossos]

Além de toda a evolução da legislação, conforme aqui demonstrado, é fundamento para a equiparação dos honorários ao crédito trabalhista a Súmula Vinculante 47 do STF[301]. Referida súmula encontra origem na necessidade de se separar a forma de recebimento do crédito de honorários, da forma destinada ao recebimento do crédito principal devido pela União, que seria pago por meio de expedição de precatório. A ementa do julgado com repercussão geral segue adiante colacionada:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAPRECIAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO APARTADA DO VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ADEQUAÇÃO À ORIENTAÇÃO DO E. STF. RE 564132RG/RS. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria em debate e, nos autos do RE 564132RG/RS, proclamou a possibilidade de execução dos honorários advocatícios de modo autônomo, com a expedição de RPV, medida que não afronta o artigo 100, § 8º [originalmente o § 4º da CRFB], da Constituição Federal. Tendo em vista caráter vinculativo da decisão do e. STF, deve ser adotada na espécie, permitindo-se a expedição de RPV para pagamento da verba honorária. Precedentes desta Corte. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70006036172, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 08/10/2015). (TJ-RS - AI: 70006036172 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar,

301 Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

> Data de Julgamento: 08/10/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/10/2015) [grifos nossos]

No voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator do recurso, fica claro que a finalidade do preceito acrescentado pela EC 37/2002 (art. 100, § 4º[302]) ao texto da CRFB é a de evitar que o exequente promova o fracionamento do seu crédito para se valer de dois sistemas, simultaneamente, para recebimento: o do precatório para recebimento de uma parte e o do pagamento imediato (sem expedição de precatório) para recebimento da outra parte.

Porém, foi necessário ressalvar que a vedação constitucional (de fracionamento do crédito) apenas se aplica a situações nas quais o crédito seja atribuído a um mesmo titular. Evidentemente que a verba honorária pertencente ao advogado não se confunde com o crédito principal, a que faz jus o titular original daquele direito, motivo pelo qual esse preceito contido no § 8º[303] do art. 100 (originalmente o § 4º) não se aplica quando o advogado pleiteia o recebimento dos seus honorários. Disso decorre a natural separação do crédito principal do crédito de honorários; tal entendimento está fundado na premissa de que a verba honorária consubstancia direito autônomo, podendo, inclusive, ser executada em separado.

Paripassu às fontes anteriormente citadas, no tocante à recuperação judicial, a orientação do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") é de equiparar o crédito de honorários aos créditos de natureza trabalhista, conforme fundamentado na decisão proferida pela Terceira Turma daquele Tribunal, no Recurso Especial nº 1.377.764/MS, julgado em 20/08/2013, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

> RECURSO ESPECIAL. [...] CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARA-

302 §4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

303 § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

> ÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1- Os honorários advocatícios cobrados na presente ação não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, visto que nasceram de sentença prolatada em momento posterior. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para exclui-los, automaticamente, das consequências da recuperação judicial. 2- O tratamento dispensado aos honorários advocatícios – no que refere à sujeição aos efeitos da recuperação judicial – deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar. 3- O Estatuto da Advocacia, diploma legal anterior à atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios quando se tratar de processos de execução concursal. 4- Recurso especial conhecido e provido. [grifos nossos]

Portanto, com respaldo em leis especiais e no entendimento dos Tribunais Superiores, (STF e STJ), pode-se afirmar que o tratamento dispensado aos créditos oriundos da legislação do trabalho deve ser estendido aos honorários advocatícios.

Luiz Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2020, pp. 449-450) esclarecem que os honorários advocatícios e os créditos trabalhistas são equiparados, porque esses créditos se prestam ao sustento dos seus titulares. A equiparação aplicada aos honorários dos advogados, enquanto pessoas físicas, deve ser naturalmente destinada aos honorários devidos às sociedades de advogados, pluri ou unipessoais. Isso porque, ao fim e ao cabo, o serviço será prestado por uma sociedade de advogados, mas executado por esses mesmos profissionais, estejam eles subordinados à sociedade ou atuando isoladamente. A conclusão se erige no sentido de que os honorários devidos às sociedades serão destinados ao advogado à elas associado[304].

304 Nesse ponto é relevante a conclusão trazida pelos autores: "Em última análise, o serviço será prestado por advogados e os honorários serão pagos – por meio da sociedade – para o seu sustento. Além disso, é preciso ter em mente que as sociedades de advogados são proibidas de ter nos seus quadros pessoas que não sejam advogadas

Finalmente, no Código de Processo Civil de 2015, houve a positivação da jurisprudência, pacificada nos tribunais superiores, por meio de instituição da regra contida no §14[305] do art. 85, que equipara o crédito de honorários aos créditos oriundos da legislação do trabalho. Tal previsão opera efeitos por todo o ordenamento jurídico, especialmente na recuperação extrajudicial, como aqui se quer demonstrar.

Na mesma linha da alteração implementada pelo Código de Processo Civil de 2015, é oportuno lembrar que, no ano de 1992, foi promulgada a Lei nº 8.420, que se prestou a introduzir alterações na Lei nº 4.886 de 1965 (regula as atividades dos representantes comerciais). Dentre os dispositivos inseridos destaca-se o art. 44[306], por meio do qual se conferiu ao crédito do representante comercial, inclusive comissões, indenização e aviso prévio a mesma natureza dos créditos trabalhistas, na hipótese de falência do representado. Nota-se que, embora o dispositivo da Lei nº 4.886/1965 seja mais restrito que o CPC de 2015, ambos diplomas equiparam o crédito de honorários ao crédito trabalhista.

A seguir, é importante o esclarecimento acerca da eventual distinção de pagamentos dos honorários sucumbenciais em comparação aos contratuais.

2. A origem sucumbencial ou contratual dos honorários e sua relação com a classificação do crédito

Partindo da premissa de que o devedor original dos honorários é o empresário em recuperação extrajudicial, dúvidas não existiriam acerca da natureza alimentar dos honorários advocatícios, em razão de sua origem, qual seja: contratual ou sucumbencial. A verba de honorários advocatícios terá sempre natureza alimentar e deverá ostentar o tratamento destinado a esta categoria.

Seria, no mínimo, impróprio admitir que a origem dos honorários

(art. 16 da Lei nº 8.906/94). Deste modo, em última análise, a prestação do serviço será feita por advogado visando a sua subsistência." (SALOMÃO; SANTOS, 2020, p. 450).

305 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

306 Art. 44. No caso de falência do representado as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

(contratuais ou sucumbenciais) poderia alterar a classificação do crédito devido à sociedade de advogados (ou ao advogado). Tal ilação se justifica porque a natureza alimentar advém do fato de que os honorários se prestam, em última análise, como meio de sustento do seu titular. O que torna alimentar a verba honorária é o fato de se destinarem ao advogado e não o fato de terem sido fixados em uma decisão judicial ou contratados em um relação jurídica privada, como por exemplo, por meio de um contrato.

Esta discussão poderia restar aqui encerrada, por aparentar desnecessária. No entanto, a experiência demonstra que é preciso reflexão um pouco mais atenta diante de decisões judiciais recentes e em sentido divergente.

Os recentíssimos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça sul-riograndense (TJRS) são exemplos disso e mostram que uma distinção precisa ser feita, quando os honorários contratuais em questão são devidos por terceiro, e não pelo devedor que se encontra em recuperação judicial ou extrajudicial.

O primeiro julgado trata-se de acórdão proferido pela Décima Segunda Câmara Cível do TJRS, no recurso de agravo de instrumento nº 70083704957, julgado em 07/05/2020, sob a relatoria do desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Referido recurso foi interposto pela OI S/A em Recuperação Judicial ("recuperanda" ou "devedora"), que pretendia ver reformada decisão de primeiro grau, proferida nos autos do processo ajuizado por Ionice Teresinha de Oliveira Moraes ("parte autora" ou "credora"), por meio da qual o juiz de primeiro grau determinou que se incluísse os honorários contratuais na mesma certidão dos honorários sucumbenciais, a ser remetida ao juízo da recuperação judicial para inclusão do crédito no quadro de credores da recuperação judicial. Eis a ementa:

> Agravo de instrumento. Direito privado Não especificado. Honorários advocatícios contratuais. Inclusão em plano de recuperação judicial. Recurso cujo provimento se impõe, já que os valores despendidos pela parte com a contratação de advogado para atuação em juízo não configuram prejuízo suscetível de indenização, nos termos da jurisprudência consolidada no STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG, e, igual-

> mente, por ocasião do julgamento de IRDR por esta Corte. Portanto, tal espécie de crédito, diferentemente dos honorários advocatícios sucumbenciais, não goza de preferência para pagamento, devendo seguir a sorte do principal, a ela se atribuindo idêntica classificação (crédito quirografário III). Agravo de instrumento provido. [grifos nossos]

Nesse julgado, a OI S/A em Recuperação Judicial defendeu que existem diferenças entre os honorários sucumbenciais e os contratuais, destacando que somente seria suportado pela parte sucumbente, a recuperanda, o pagamento dos honorários sucumbenciais, ao passo que os honorários contratuais seriam de responsabilidade da parte autora, credora.

O TJRS deu provimento ao recurso, sob o argumento de que é consolidado na jurisprudência o entendimento de que os honorários contratuais não são devidos pela parte sucumbente em demanda judicial, uma vez que a contratação de advogado é de cunho pessoal, não podendo o vencedor transferir o ônus dessa contratação, ao seu oponente, no litígio.

Defender posição em sentido contrário desafiaria julgado da Corte Especial do STJ, que já enfrentou o tema para esclarecer a controvérsia entre as Turmas. A ementa a seguir colacionada demonstra que, ao enfrentar a celeuma acerca da possibilidade de restituição de honorários contratuais em favor da parte vencedora, o STJ definiu que tal obrigação não pode ser imputada ao sucumbente em demanda judicial, porque honorários contratuais constituem obrigação de cunho pessoal, a começar pela escolha da parte que ingressa em Juízo acerca da contratação do seu patrono.

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS. 1. "A contratação de advogados para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais

> de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça" (AgRg no AREsp 516277/SP, QUARTA TURMA, Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe de 04/09/2014). [...] 3. A Lei n.º 8.906/94 e o Código de Ética e Disciplina da OAB, respectivamente, nos arts. 22 e 35, § 1º, prevêem as espécies de honorários de advogado: os honorários contratuais/convencionais e os sucumbenciais. 4. Cabe ao perdedor da ação arcar com os honorários de advogado fixados pelo Juízo em decorrência da sucumbência (Código de Processo Civil de 1973, art. 20, e Novo Código de Processo Civil, art. 85), e não os honorários decorrentes de contratos firmados pela parte contrária e seu procurador, em circunstâncias particulares totalmente alheias à vontade do condenado. 5. Embargos de divergência rejeitados. (STJ - EREsp: 1507864 RS 2014/0334443-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/04/2016, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 11/05/2016)

Em suma, a decisão de escolher e contratar um advogado é demasiadamente subjetiva, motivo pelo qual o julgamento do STJ se deu no sentido de que não se pode transferir ao seu oponente, no litígio, a obrigação de pagamento de honorários contratuais, que decorre de ato de liberalidade.

Consequentemente, conclui o relator do recurso que, no toca os honorários de advogado, somente pode ser imposta à parte sucumbente a obrigação de adimplir honorários de caráter sucumbencial e, consequentemente, admitir essa verba como crédito de natureza trabalhista.

O segundo julgado que serve para ilustrar a hipótese aqui invocada também foi proferido pela Décima Segunda Câmara Cível do TJRS, no recurso de agravo de instrumento nº 70083759183, julgado em 07/05/2020, sob a relatoria do desembargador Pedro Luiz Pozza. O recurso foi interporto pela OI S/A em Recuperação Judicial ("recuperanda ou "devedora") contra decisão proferida nos autos do processo ajuizado por Loreni Maurer ("parte autora"). A ementa segue adiante transcrita:

> Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Telefonia. Honorários advocatícios contratuais. Os honorários advocatícios contratuais devem ser satisfeitos pelo contratante. Contudo, nada obsta sejam destacados do valor da condenação a que faz jus a parte autora, devendo tal rubrica ser adimplida pela devedora na mesma forma que a obrigação principal. Estando a demandada em recuperação judicial, a verba honorária contratual insere-se na categoria dos créditos quirografários, tal qual a obrigação principal, devendo tão somente os honorários advocatícios sucumbenciais da demanda ser incluídos na categoria dos créditos trabalhistas, nos termos do plano de recuperação judicial aprovado. Agravo de instrumento parcialmente provido. Unânime. [grifos nossos]

Em síntese, trata-se de recurso interposto pela recuperanda, por meio do qual pretendia ver reformada a ordem exarada pelo juízo de primeira instância no sentido de habilitar no processo de recuperação judicial os valores pactuados entre a parte autora e o seu procurador, uma vez que a devedora não havia sido signatária do referido pacto. Sustentou a recuperanda que a determinação do juízo de primeira instância se equivaleria a obrigá-la ao cumprimento de obrigação contraída por terceiro, o que se trataria de medida arbitrária e comprometeria o cumprimento do seu plano de recuperação judicial.

O relator deu provimento à pretensão recursal, esclarecendo que ainda que os honorários advocatícios contratuais ostentem natureza alimentar, estes devem ser satisfeitos exclusivamente pela parte contratante, nesse caso, a parte autora. O acórdão deixa claro, ainda, que nada impediria que os honorários contratuais sejam destacados do valor da condenação ao qual fez jus a parte autora, nessa hipótese, entretanto, os honorários advocatícios contratuais seguiriam a sorte da obrigação principal.

Restou definido que, uma vez estando a devedora em recuperação judicial, a verba relativa aos honorários contratuais do advogado da parte autora, vencedora no litígio, deveria ser incluída na categoria dos créditos quirografários, devendo tão somente os honorários advocatícios

sucumbenciais da demanda serem destacados para inclusão na categoria dos créditos trabalhistas, pela natureza alimentar de que se revestem.

Os casos acima analisados se prestam a esclarecer eventual discussão acerca da possibilidade de estender aos honorários o tratamento de verba alimentar de que se revestem. Nesse caso, fica evidente que, em se tratando de honorários contratuais destacados da condenação devida à parte vencedora, não pode o advogado pretender receber tal verba (de origem contratual) em face da parte vencida, como se verba alimentar fosse.

No entanto, e em prol do debate, há que se considerar a hipótese em que a própria recuperanda (esteja a devedora em recuperação judicial ou extrajudicial) seja a devedora de honorários advocatícios contratuais, devidos em razão de serviços de assessoria jurídica contratados com uma sociedade de advogados. Caso a contratante dos serviços advocatícios seja a própria devedora, os honorários por ela devidos não poderiam ser classificados como de natureza quirografária, apenas por terem se originado de contrato celebrado com o escritório de advocacia. Assim, a recuperanda deverá indicar os referidos honorários na classe dos credores trabalhistas, admitindo a natureza alimentar afeta à referida verba honorária.

Caso o devedor, de forma equivocada, indique os referidos honorários advocatícios contratuais na classe dos créditos quirografários, a sociedade de advogados (ou advogado) poderá apresentar impugnação de crédito, prevista no art. 8º da LRF[307] requerendo a reclassificação do seu crédito para a classe dos créditos derivados da legislação do trabalho, referenciado no inciso I do art. 41 da LRF.[308] |

Nessa hipótese, a devedora em recuperação judicial não poderá resistir ao pedido de reclassificação invocando para sua defesa os dois julgados rio-grandenses anteriormente analisados, eis que se tratam de hipóteses completamente distintas. Isso porque, aqueles julgados tratavam de honorários devidos ao advogado de um credor, oponente no litígio em que a devedora era demandada. Destarte, naqueles casos, o advogado (credor) requereu a classificação dos honorários contratuais decorrentes, portanto,

307 Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

308 Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

de contrato firmado pela parte contrária (credor da recuperanda) e seu procurador, em circunstâncias particulares totalmente alheias à vontade da recuperanda. Situação completamente distinta àquela potencialmente pretendida por uma sociedade de advogados que pleiteie a reclassificação de honorários contratados direta e exclusivamente com uma sociedade empresária em recuperação judicial ou extrajudicial.

A vista do exposto, se os honorários tiverem origem em sucumbência fixada judicialmente, não há dúvida sobre sua natureza alimentar, mas se forem honorários de origem contratual será necessário aferir qual foi a parte contratante: se a recuperanda for a contratante, os referidos honorários ostentam natureza alimentar, mas se, diferente disso, tratarem-se de honorários contratuais devidos ao advogado de parte contrária, com reembolso dessas despesas por força de decisão judicial, referidos honorários devem seguir a sorte do crédito principal, porque ostentarão caráter indenizatório e restituitório para o credor que está perseguindo o ressarcimento pelo que pagou ao seu advogado.

2.1. Por que o legislador proibiu a inclusão dos créditos trabalhistas na recuperação extrajudicial?

Glauco Martins (2012, p. 113-115) chama atenção ao fato de que a maior parte dos credores excluídos dos efeitos da recuperação extrajudicial, não se submete – igualmente – à recuperação judicial. A única exceção se aplica aos credores trabalhistas, que podem ser submetidos à recuperação judicial, mas não à recuperação extrajudicial.[309]

O autor critica essa opção do legislador, argumentando o seguinte:

> A razão que parece ter conduzido o legislador à proibição da inclusão dos créditos trabalhistas na recuperação extrajudicial tem caráter protetivo: tendo em vista que a negociação dos termos do plano e a adesão dos credores acontecem em uma fase prévia à participação do Poder Judiciário, e con-

309 Suhel Sarhan Júnior, esclarece que "Elide a legislação a possibilidade de credores trabalhistas estarem enquadrados no plano de recuperação extrajudicial para que eles não se sujeitem a possíveis coações morais que o empregador possa fazer [...]". (2017, p. 297).

> siderando-se a inexistência de determinados elementos de controle existentes da recuperação judicial (como o Comitê de Credores), houve por bem o legislador afastar os trabalhadores de uma eventual negociação tendente à inclusão de seus créditos no plano, já que eventual renúncia ou transação aconteceria sem a supervisão judicial.[...]
>
> De fato, a opção pela exclusão dos credores trabalhistas não foi a melhor opção no que diz respeito à recuperação extrajudicial. Caso tivesse o legislador tomado o caminho da equiparação da recuperação judicial e extrajudicial no tocante aos credores atingidos pelos institutos, seriam evitadas situações paradoxais como a que se verifica no direito em vigor: sob o pretexto de proteção, acabou-se por deixar os credores trabalhistas à margem da negociação extrajudicial com as empresas insolventes, o que pode gerar resultados indesejáveis no curto prazo (opção do devedor pela recuperação judicial, potencialmente mais longa e custosa) e nefastas no longo prazo (dificuldades para soerguimento do devedor e possível falência).

Há que se ponderar que a preocupação do legislador com a hipossuficiência dos credores trabalhistas não se estenderia à classe de advogados; no entanto, a proteção prevista no § 1º do artigo 161 da LRF não faz essa distinção. É perfeitamente aplicável também a exceção ao crédito por honorários, porque essa verba tem caráter alimentar e recebeu proteção equivalente àquela conferida aos créditos derivados da legislação do trabalho, por meio de disposições legais e jurisprudenciais.

De igual relevância, se mostra a diferença entre a relação de credores na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial. Enquanto na recuperação judicial está prevista uma classe especial para fins de votação em assembleia (Classe I, art. 41, I da LRF[310]) com pagamento preferencial, nos

310 Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

termos do art. 54 da LRF[311], na recuperação extrajudicial não há uma classe destinada à adesão de créditos de natureza trabalhista, porque a negociação do plano é feita antes do pedido de homologação.

Em outras palavras, enquanto os honorários ostentam a mesma posição dos créditos trabalhistas na recuperação judicial, na recuperação extrajudicial sequer existe uma classe dedicada aos créditos trabalhistas. Natural, portanto, que os honorários não se subsumam a nenhuma outra classe da recuperação extrajudicial, sob pena de malferir o §14 do art. 85 do Código de Processo Civil e a Súmula Vinculante nº 47 do STF.

Isso resulta que para o advogado aderir – de forma voluntária – ao plano de recuperação extrajudicial submetendo seus honorários aos efeitos desse instituto, será o mesmo que extirpar do crédito de natureza alimentar toda a proteção legal a este conferida e emprestar-lhe caráter quirografário, com todas as consequências daí advindas, como, por exemplo, dilatação de prazos de pagamento e concessão de deságios, a depender do que propuser o plano de restruturação proposto pelo devedor.

Cabe esclarecimento pertinente à impropriedade da expressão "habilitar" crédito na recuperação extrajudicial, uma vez que esse procedimento não está previsto na LRF. Isto é, ou o credor é signatário do plano de recuperação extrajudicial ou ele é submetido ao respectivo plano, em razão da vinculação imposta pelo efeito da homologação judicial do plano. Assim, a única ação cabível é a impugnação ao próprio plano, nos termos do § 3º do art. 164 da LRF[312], não havendo que se falar em impugnação de crédito ou habilitação de crédito.

Não raramente verifica-se que muitos juízes recebem impugnações de créditos distribuídas incidentalmente e por dependência aos processos de

311 Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

312 Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo.
§ 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar:
I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163 desta Lei;
II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei;
III – descumprimento de qualquer outra exigência legal.

homologação do plano de recuperação extrajudicial, de modo a permitir que os credores possam fazer uso de uma ferramenta menos onerosa de correção do crédito, eventualmente indicado de forma equivocada na lista de credores apresentada pelo devedor.

Nos processos utilizados como fonte documental para análise do tema aqui debatido verificou-se que determinados advogados (em nome próprio ou em nome das sociedades, das quais são associados) impugnam o crédito indicado na lista de credores da recuperanda para que ao crédito principal (titularizado por seus clientes) sejam somados os seus honorários ou, simplesmente, requerem a adesão dos seus créditos de honorários aos efeitos da recuperação extrajudicial, de modo que recebam a sua verba (lembre-se: de natureza alimentar) no tempo e modo destinados aos demais credores quirografários submetidos ao plano.

Com essa providência, dois erros podem ser identificados: por vias transversas, verifica-se que os advogados promovem habilitação dos seus honorários aos autos da recuperação extrajudicial, providência que sequer é admitida pela LRF e, ao fazê-lo, o advogado incorre no segundo erro, submete aos efeitos da recuperação extrajudicial seu crédito de honorários, que ostenta natureza alimentar e é equiparado ao crédito de natureza trabalhista, cuja adesão é vedada pela legislação falimentar vigente.

A seguir, far-se-á menção à proposta de alteração legislativa que poderá tornar os honorários advocatícios sujeitos à recuperação extrajudicial. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.458/2020, que tramita perante o Senado Federal, conforme adiante detalhado.

2.2. A possibilidade *de lege ferenda* de submissão dos créditos trabalhistas aos efeitos da recuperação extrajudicial no Projeto de Lei nº 6.229, de 2005, da Câmara dos Deputados

No dia 2 de setembro de 2020, o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, submeteu à ao Senado Federal, o Projeto de Lei nº 6.229, de 2005[313] que "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, cujo objeto é atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário

313 Número designado ao Projeto de Lei enquanto tramitou perante a Câmara dos Deputados.

e da sociedade empresária. Referido Projeto de Lei segue em tramitação no Senado, agora identificado pelo nº 4.458, de 2020.

Essa informação é pertinente para o debate ora proposto, pois caso o texto seja aprovado e promulgado, importante alteração será promovida justamente na não submissão dos honorários à recuperação extrajudicial. Isso porque, a redação final do texto remetido ao Senado altera art. 161 da atual LRF que passaria prever o seguinte:

> Art. 161. [...]
>
> § 1º Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

Nota-se uma mudança significativa em relação à redação atual, que excetua os créditos de natureza trabalhista e, consequentemente, aqueles de natureza alimentar, passando a se sujeitar à recuperação extrajudicial a critério do devedor e desde que fique comprovada negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria. A previsão confirma a premissa de que o credor trabalhista precisa de proteção especial para defesa dos seus direitos e interesses, bem como pela suposta hipossuficiência que o torna mais exposto ao cometimento de injustiças.

No caso dos honorários advocatícios, a exigência de se submeter a aprovação do plano ao sindicato restaria obstada pela inexistência de um sindicato mandatado para representar os diferentes advogados que poderiam se ver submetidos a tal plano de recuperação extrajudicial. Além disso, é possível afirmar que a aprovação do plano em relação aos advogados credores de honorários dispensaria negociação com o sindicato da categoria, uma vez que os titulares desses direitos poderiam ser considerados aptos a defender seus interesses.

A alteração do dispositivo pode ser encarada com desalento pelos interessados a invocar a proteção dos seus honorários, mas na contramão

disso, a legislação continua a prever no art. 163, a necessidade de que o plano seja aprovado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie:

> Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

Como o referido PL mantém a redação do artigo supra, o plano precisa ser aprovado pela maioria de créditos de cada "espécie" (tecnicamente "classe"), permitindo que a negociação das condições de pagamento não se torne demasiadamente desequilibrada e seja aprovada pela classe que detiver mais créditos. A esse respeito, é bem-vindo o escólio do juiz Marcelo Sacramone (2019, p. 507):

> A Lei [faz-se referência à Lei nº 11.101/2005] exigiu que os credores que representem 3/5 do total de créditos de cada espécie por ela abrangida, o equivalente a 60%, tenha aderido ao plano de recuperação extrajudicial. O percentual mínimo de signatários, entretanto, é extraído não do total de créditos submetidos ao plano, mas sim de cada classe ou grupo de credores. O plano de recuperação extrajudicial poderá pretender a alteração das condições de pagamento de todos os créditos pertencentes a uma ou a diversas classes de credores, conforme definição do art. 83 para a falência. São classes os créditos dos credores garantidos por penhor, hipoteca ou anticrese, os créditos privilegiados de forma especial ou geral, os quirografários e os subordinados. [grifos nossos]

O recorte é importante para esclarecer que a identificação das classes de

crédito na recuperação extrajudicial se faz segundo a definição estabelecida no art. 83 para a falência e não nos termos do art. 41 para a recuperação judicial.

Adiante, serão verificados os efeitos da submissão dos honorários à recuperação extrajudicial, enquanto verba alimentar excepcionada do referido procedimento.

3. Efeitos e prejuízos suportados pelos advogados pela inobservância do §1º do art. 161 da lei nº 11.101/2005

Atendido o quórum legalmente previsto e as demais condições legais necessárias, a homologação do plano de recuperação extrajudicial afetará os créditos a ela submetidos nos moldes do projeto de restruturação apresentado pelo devedor e nos termos dos arts. 163[314] e 165[315] da LRF.

Nos termos do §4º do art. 161 da LRF, o crédito não submetido ao plano de recuperação extrajudicial pode seguir em execução nos juízos e instâncias ordinárias, sem que haja qualquer submissão à recuperação extrajudicial. A esse respeito:

> EXECUÇÃO - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL - COMPETÊNCIA. A exceção insculpida no artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 11.101/05 sujeita-se aos estritos parâmetros de seu caput, que refere explicitamente à decretação de falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial, nada revolvendo sobre a recuperação extrajudicial. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 143 da SDI-I do TST." (TRT-2 – Agravo de petição AGVPET 7001619955020 SP 00007001619955020019 A20 (TRT-2) Data de Publicação: 20/02/2014) [grifos nossos]

314 Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

315 Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial.

A ementa acima colacionada é oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e empresta interpretação adequada ao §2º do art. 6º da LRF[316], exarando o correto entendimento de que não cabe o procedimento de habilitação do crédito trabalhista na recuperação extrajudicial. Consequentemente, o mesmo efeito deve ser estendido ao crédito por honorários, que foi equiparado ao crédito trabalhista pela jurisprudência e pelo CPC/2015.

Como já constatado anteriormente, embora a exceção quanto a não submissão de crédito trabalhista à recuperação extrajudicial seja clara, não raramente é possível se deparar com a conduta de titulares desse crédito (advogados e sociedades de advogados) que ignoram os privilégios conferidos aos honorários e aderem ao plano, submetendo seus créditos à reestruturação proposta pelo plano de recuperação extrajudicial.

Para o devedor que ingressa com o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial e que está buscando a redução do seu passivo ou dilatação do prazo de pagamento de suas dívidas, a adesão de crédito extra-recuperacional, embora ilegal, é, certamente, bem-vinda. Por essa razão, não se verificou no estudo dos casos eleitos para análise, nenhuma manifestação contrária por parte das recuperandas.

Há que se ressaltar que a adesão ao plano importa em admitir que o crédito a ele submetido será reestruturado na forma nele prevista. Nos processos[317],[318] analisados para elaboração desse artigo, é possível se deparar, por exemplo, com um plano de reestruturação que, embora não imponha deságio aos créditos a ele submetido, prevê parcelamento do pagamento pelo período de 84 (oitenta e quatro) meses.

---

316 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
§ 2º 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. 8º 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.

317 RIO DE JANEIRO. 3. Vara Empresarial. Pedido de homologação de plano de Recuperação Extrajudicial nº 0438654-27.2016.8.19.0001, União Lojas Leader S.A., Distribuição: 30 dez. 2016. Disponível em < http://www4.tjrj.jus.br> Acesso em 12 ago. 2018. ("PRE da União Lojas Leader S.A.")

318 RIO DE JANEIRO. 6. Vara Empresarial. Pedido de homologação de plano de Recuperação Extrajudicial nº 0021878-80.2017.8.19.0001, Enseada Indústria Naval S.A., Distribuição: 27 jan 2017. Disponível em < http://www4.tjrj.jus.br> Acesso em 25 ago. 2018. ("PRE da Enseada Indústria Naval S.A."

Isso significa que, na ocasião em que um advogado voluntariamente promove a adesão do seu crédito de honorários a um plano de recuperação extrajudicial, estará, concomitantemente, aderindo à repactuação proposta pela sociedade devedora e tacitamente renunciando à proteção legal conferida ao seu crédito.

No exemplo mencionado, o advogado que poderia exigir o pagamento integral e imediato dos seus honorários estará submetendo seu crédito a um expressivo parcelamento de 84 (oitenta e quatro) meses - o que equivale a 7 (sete) anos - ao submeter seu crédito alimentar aos efeitos da recuperação extrajudicial. É inegável o prejuízo suportado pela adesão voluntária.

Nesse ponto, há que se indagar se o advogado promove a submissão dos seus honorários por desconhecimento ou por *mera* liberalidade, uma vez que – como já se afirmou os efeitos da recuperação extrajudicial não atingem os créditos legalmente excluídos do procedimento (tributários e trabalhistas, marcadamente).

Diante dos prejuízos até o momento observados, indaga-se qual outra motivação teria o titular dos honorários para submeter seu crédito, de forma deliberada, aos efeitos de uma recuperação extrajudicial que não o desconhecimento dos privilégios instituídos pela Estatuto da OAB, que rege a sua classe profissional, da norma processual vigente e até da jurisprudência convertida em súmula vinculante?

Com o cuidado de não generalizar a hipótese, parece pouco crível que o advogado aderisse a um plano de recuperação extrajudicial, caso conhecesse a exceção legal que lhe socorre e autoriza a execução imediata e integral dos honorários. É pertinente suscitar se essa conduta deliberada é provocada por um dilema moral e de foro íntimo que se instala sobre o tema. É que será discutido, na sequência.

3.1. Reflexão sobre o uso da proteção conferida aos honorários. A proteção legal conferida aos honorários e sua efetiva utilização ocorreria em detrimento do direito de recebimento do crédito do cliente, credor quirografário?

Partindo da premissa de que, voluntariamente, o advogado aderiu a um determinado plano de recuperação extrajudicial, renunciando os privilégios

concedidos ao seu crédito por honorários para receber nas mesmas condições que um credor quirografário, há que se cogitar: que destino teria esse crédito de honorários se o plano de recuperação fosse descumprido?

Como efeito colateral dessa adesão voluntária ao plano de recuperação extrajudicial, estará o profissional liberal renunciando ao benefício de equiparação da sua verba de honorários ao crédito trabalhista. Isto é, o advogado estará abrindo mão do tratamento privilegiado estendido ao crédito por honorários passando a ostentar a qualidade de credor quirografário.

Essa constatação permite concluir que o advogado não poderá arrepender-se da renúncia previamente externalizada (quando submeteu seu crédito por honorários à condição de quirografário) caso o plano de recuperação extrajudicial venha a ser descumprido e o devedor ingresse com pedido de recuperação judicial (o que é possível e bastante comum) ou tenha decretada a sua falência. O advogado não poderá reclamar o recebimento privilegiado previsto no art. 54, na recuperação judicial, ou nos termos do art. 83, I[319] se o cenário for a falência.

Isso porque, tanto na recuperação como na falência, o advogado poderia reclamar a reclassificação ou habilitação do seu crédito por honorários na Classe I, destinada aos credores trabalhistas. No entanto, se em momento anterior (ao aderir ao plano de recuperação extrajudicial) o advogado renunciou o benefício concedido ao seu crédito por honorários, submetendo-os ao plano de recuperação extrajudicial, renunciou, com aquele ato, o benefício que ostentava sua verba de caráter alimentar, não cabendo falar de arrependimento da renúncia.

Evidentemente que a renúncia externalizada para adesão de determinada verba de honorários aos efeitos do plano de recuperação somente opera efeitos para aquela determinada verba submetida ao plano e não se estenderá para outros créditos por honorários que o advogado venha titularizar futuramente, mesmo que detenha esse direito em face do mesmo devedor.

Como reflexão da hipótese suscitada, pode-se cogitar que o advogado seja moralmente pressionado a não utilizar os instrumentos que lhe cabem para recebimento dos seus honorários. Um caso ilustra essa reflexão e reforça a relevância da discussão aqui proposta.

319 Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

Em meados do ano de 2017, um dos autores diligenciou o gabinete de magistrado do fórum da cidade do Rio de Janeiro, com intuito de requerer a penhora *online* de honorários devidos por sociedade empresária em recuperação extrajudicial[320]. O juiz – surpreso com o pleito que lhe foi apresentado – indagou de forma direta "*se a devedora está em recuperação extrajudicial e o crédito do seu cliente é quirografário e lá* [na recuperação extrajudicial] *está habilitado para receber, porque motivo os seus honorários poderiam ser penhorados?*".

Em resposta a esse questionamento, foi esclarecida a exceção legal que exclui os honorários da recuperação extrajudicial, por ostentarem natureza alimentar, sendo, portanto exigíveis de forma imediata, integral e fora do processo de recuperação extrajudicial. Esclarecida a questão legal, em resposta, o magistrado colocou então uma questão moral em pauta: "*Entendi. Se os recursos são escassos, o advogado pleiteia seu pagamento primeiro!*". Questionamento similar já partiu de clientes detentores de créditos quirografários, surpreendidos com a decisão que determina novação do crédito, em razão de concessão da recuperação judicial, com foco na diferença de tratamento conferida aos honorários.

Também se pode creditar esse tipo de celeuma ao imaginário popularmente cunhado no sentido de que advogados, assim como médicos, pertencem à classes abastadas, dando azo à presunção, equivocada, de que a renúncia ao direito de recebimento privilegiado do crédito por honorários seria conduta esperada desse profissional liberal que "ganha muito" e não precisa dos honorários.

A questão colocada pelo juiz (e pelos clientes, detentores do crédito principal submetido à recuperação extrajudicial) é sensível e merece reflexão. A resposta do juiz revela que, muito possivelmente, os advogados sejam moral e socialmente pressionados a submeter seus honorários nos autos de uma recuperação extrajudicial junto ao crédito dos seus mandantes. A justificativa encontraria fundamento no fato de que o crédito do cliente, que deu origem à sua verba honorária, estará lá submetido e será reestruturado na forma proposta pelo devedor, caso atingido o quórum legal para homologação do plano.

Os questionamentos do magistrado e do cliente não são desarrazoados, porque gera impressão de que os honorários estariam recebendo tratamento

320 No relato de casos particulares, dispensou-se utilizar a identificação das partes envolvidas, por se tratar de informação desnecessária à análise da questão proposta.

privilegiado – quiçá *injusto* - diante do obstáculo colocado pela recuperação extrajudicial para recebimento do crédito principal (quirografário), do qual o cliente é o titular.

O tema é delicado e deve ser tratado pelo advogado de forma hábil com seus clientes. Primeiro com a conscientização de que os honorários se prestam, efetivamente, ao sustento dos seus titulares e, depois, porque se trata de exercício do direito conferido ao advogado de reclamar seus honorários, de caráter alimentar que se revestem, bem como pelo custo de manutenção de suas atividades e pagamento a seus colaboradores.

Essa ocorrência demonstra, entretanto, que não se pode creditar apenas aos advogados o desconhecimento na utilização dos dispositivos legais afetos ao tema, mas também aos julgadores que extinguem as execuções que tramitam perante as varas cíveis, tão logo recebem a comunicação de homologação do plano de recuperação extrajudicial e antes que o advogado possa executar seus honorários. A solução para a extinção prematura da execução que obstaculiza o prosseguimento da execução do crédito por honorários é a interposição de recurso ao tribunal de justiça competente, buscando-se a reforma da decisão.

4. Conclusão

Partindo do método científico indutivo e de análise casuística foi possível concluir que, embora os honorários advocatícios não se submetam à recuperação extrajudicial, considerável número de advogados e sociedades de advogados ignoram essa exceção legal e promovem a adesão dos seus créditos ao plano, submetendo-os à recuperação extrajudicial.

Embora a legislação sequer permita tal providência (de adesão do crédito de honorários em sede de recuperação extrajudicial), pode-se creditar tal conduta à hipótese de desconhecimento, por parte dos titulares desse direito, dos dispositivos legais que conferem o privilégio de equiparação aos créditos trabalhistas aos honorários, uma vez que a legislação processual e a jurisprudência são claras quanto à natureza alimentar dessa verba.

Além disso, o desconforto moral causado pelo exercício do privilégio concedido aos honorários pode ser invocado como motivo de foro íntimo, devendo ser aventado como hipótese para que muitos advogados e sociedades de advogados hesitem no momento de perseguir a cobrança

dos seus honorários. Tal desconforto pode ter origem na percepção de que o exercício do direito pelo advogado consome os recursos - já escassos - do devedor que ainda deverá fazer frente ao crédito devido ao cliente (titular do crédito quirografário), impondo a este último deságios, parcelamentos ou a combinação dessas duas formas de repactuação de créditos.

Cabe ao titular do crédito privilegiado a conscientização do destino do seu crédito, que é de prover seu próprio sustento, com a habilidade de esclarecer aos clientes e aos magistrados que o exercício desse direito – de não submeter os honorários ao procedimento de recuperação extrajudicial – é legalmente protegido, não cabendo instalar sobre o tema o dilema moral explicitado nessa breve análise. Tal esclarecimento tem respaldo legal, de diferentes fontes infraconstitucionais como Estatuto da OAB e, mais especificamente, do próprio CPC de 2015, bem como da decisão do Supremo Tribunal Federal, que tratou de conferir tratamento privilegiado às verbas de honorários devidos aos respectivos profissionais liberais.

5. Referências

AYOUB, Luiz Roberto; Cavalli, Cássio. A construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

BRASIL. Lei 8.906 (1994). Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.101 (2005). Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.377.764/MS. Terceira Turma. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em http://www.stj.jus.br. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em

Recurso Especial nº 1507864/RS. Corte Especial. Rel.: Min. Laurita Vaz. Brasília, 20 de abril de 2016. Disponível em http://www.stj.jus.br. Acesso em 17 set. 2020.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. 9. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FAVER, Scilio. Curso de Recuperação de Empresas. São Paulo. Atlas, 2014.

MARTINS, Glauco Alves. A Recuperação Extrajudicial. São Paulo. Quartier Latin, 2012.

RIO DE JANEIRO. 3. Vara Empresarial. Pedido de homologação de plano de Recuperação Extrajudicial nº 0438654-27.2016.8.19.0001, União Lojas Leader S.A., Distribuição: 30 dez. 2016. Disponível em http://www4.tjrj.jus.br. Acesso em 12 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO. 6. Vara Empresarial. Pedido de homologação de plano de Recuperação Extrajudicial nº 0021878-80.2017.8.19.0001, Enseada Indústria Naval S.A., Distribuição: 27 jan 2017. Disponível em http://www4.tjrj.jus.br Acesso em 12 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (12. Câmara Cível). Agravo de Instrumento 70083704957. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, Julgamento em 07.05.2020. Publicação DJe 12.06.2009. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em 18 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (12. Câmara Cível). Agravo de Instrumento 70083759183. Relator: Desembargador Pedro Luiz Pozza. Julgamento em 07.05.2020. Publicação DJe 12.05.2020. . Disponível em https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em 18 set. 2020.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos. 4. ed.. – São Paulo: Atlas, 1996.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. (2. tiragem, 2019). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. Curso de Direito Empresarial. Rio de Janeiro.

Processo, 2017.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Seção XI: Do pagamento aos credores. In°: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 523-543.

SZTAJN, Rachel, Seção VI. Da recuperação extrajudicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles (Coord.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 6. ed.. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPÍTULO 14

A insolvência transnacional e o desafio da aplicação da Lei Modelo UNCITRAL no Brasil

Daniel Silva Queiroga
Advogado, Professor, Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. danielqueiroga@gmail.com.

1. Introdução

Qualquer atividade empresarial e econômica está sujeita à insolvência, que é uma consequência da economia de mercado e se caracteriza pelo estado em que o devedor é incapaz de honrar, pontual e integralmente, suas obrigações para com seus credores, seja por insuficiência de ativos, por falta de liquidez, etc. É uma simples verdade que as organizações empresariais e os negócios jurídicos celebrados por elas poderão falhar.

Considerando a insolvência numa dimensão unicamente estatal, em que os credores, o devedor e a atividade estivessem circunscritos a um único território, a sua solução seria simples, já que as partes envolvidas estariam cientes do regime legal e as normas processuais que se aplicariam ao caso. Por outro lado, e levando em conta a dimensão mundializada das relações empresariais, é preciso adicionar esse elemento à solução de uma crise econômico-financeira. Desse modo, o fracasso de uma organização empresarial que atua mundialmente levanta questões difíceis, não só para o direito nacional, mas também para as relações entre os Estados, já que as obrigações que se necessita satisfazer, sobretudo em um contexto de insolvência, podem ter repercussão em diversas ordens jurídicas.

Logo, o tema da insolvência transfronteiriça é uma realidade e o tratamento da matéria é marcado por normas estatais que a tratam de diferentes formas: em um extremo, figura a teoria do universalismo; no outro, o territorialismo.

O universalismo defende que os processos de insolvência devem ser

iniciados em apenas um país, em que o juízo competente supervisiona uma distribuição ordenada dos ativos globais que visam o tratamento equitativo de todos os credores. Assim, os tribunais, em todos os países em que o devedor tem bens, devem cooperar no processo, reduzindo os custos e minimizando inconvenientes para os credores estrangeiros. Por sua vez, a teoria do territorialismo determina que se instaure um processo de insolvência em cada país em que o devedor possui ativos, de modo que os juízes competentes procuram ajudar os credores locais a desmembrar ativos locais do devedor. Esses processos resultam em despesas duplicadas e minam os esforços para distribuir bens de forma unificada.

Porém, foram realizadas várias tentativas para superar esta diversidade jurídica do direito concursal transfronteiriço ao longo da história[321], havendo, no direito internacional, tratados esparsos, geralmente bilaterais ou regionais, e propostas de leis modelos que, todavia, não são aplicadas de forma uniforme[322]. Assim, na lacuna internacional, a questão é abordada pelas leis nacionais.

A crise econômica mundial provocada pela pandemia do Covid-19 foi a grande catalizadora da reforma da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação e Falências). A necessária atualização legislativa, feita pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, dentre outros assuntos, insere, na Lei de Recuperação e Falências, o Capítulo VI-A, intitulado "Da Insolvência Transnacional[323]", para disciplinar os casos que envolvam a crise econômica

321 A questão não é nova e suscita debates acadêmicos há mais de 700 anos, sem qualquer solução definitiva. Ela remonta à coordenação, em 1302, pelo papa Bonifácio VIII, da insolvência do Banco Ammanati (Pistoia, Itália), envolvendo interesses da Itália, Espanha, Inglaterra, Portugal e França. Cf. NADELMANN, Kurt H. Bankruptcy Treaties. University Of Pennsylvania Law Review, n.. 93. 1944. p. 58.

322 Do ponto de vista mundial, destaca-se o trabalho da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), com a edição, em 1997, da Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça. No campo regional merecem destaque o Regulamento (UE) nº 848, de 20 de maio de 2015, adotado no âmbito da União Europeia; os Tratados de Montevidéu, de 1889 e 1940, e o Código de Bustamante, de 1928, na América; o Ato Uniforme sobre Organização de Procedimentos Concursais, de 10 de setembro de 2015, na Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA).

323 É digno de nota que o termo usado na lei "transnacional" e a expressão "transfronteiriça" são usadas como sinônimas na doutrina. Entende-se que o legislador se equivocou, pois, insolvência transfronteiriça é a tradução de *cross-border insolvency*, e se refere a qualquer espécie de direito concursal que envolva mais de um Estado ou ordem jurídica. é a mesma usada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em especial pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). O vocábulo "transnacional" não é adequado, pois pode dar a ideia de que a regulação transcende as nações. Isso não se verifica, no entanto, devido ao entendimento de que as normas valem dentro de um determinado território, o que possibilita

da empresa com qualquer conexão internacional.

A novidade legislativa foi elaborada observando o modelo de cooperação entre tribunais criado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), conhecido como Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça (Lei Modelo UNCITRAL).

O presente trabalho analisa a legislação brasileira, histórica e vigente, para, após, avaliar as inovações trazidas pela adoção da Lei Modelo UNCITRAL e os desafios que se avizinham na sua aplicação.

2. Breve evolução da insolvência transnacional no Brasil

2.1. Primeira fase: do universalismo ao territorialismo

A abordagem do direito da insolvência transnacional no Brasil foi feito de diferentes formas que se apoiaram em preceitos de duas teorias, o universalismo e o territorialismo. O inicio da regulação foi marcado pela transição de um direito aberto, baseado, por um curto período, no princípio da cortesia internacional, para um sistema de universalismo mitigado[324].

O Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878, foi o primeiro que regulou a insolvência transnacional. A norma foi redigida pelo jurista Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, que, na exposição de motivos, explica que a opção pela teoria do universalismo[325] era muito avançada para a tradição

a diversidade legislativa existente.

324 Abdul Sayol de Sá Peixoto justifica a tradição universalista mitigada brasileira, explicando que: "O Direito Internacional Privado brasileiro não dispõe de um regra a respeito da falência e de seus efeitos extraterritoriais. Temos, entretanto, dispositivos de Direito Comercial e também de Direito Civil, dos quais tiramos a conclusão de que a tradição do nosso direito é a da universalidade mitigada, pois algumas restrições, oriundas do princípio da competência e da preservação de interêsses brasileiros, são admitidas justificadamente". PEIXOTO, Abdul Sayol de Sá. A Falência no Direito Internacional Privado. Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, v. 3, n. 9, p. 78–88, set./dez., 1969. p. 87.

325 Clóvis Bevilácqua explica que o Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878 "mostrou-se desprendido de preconceitos, e embóra com certas restricções justificaveis, proclamou essa doutrina [unidade e universalidade] de traços essenciaes". BEVILÁCQUA, Clóvis. Princípios Elementares de Direito Internacional Privado. Campinas: Red Livros, 2002. p. 329. Por outro lado Valverde crítica universidade defendida por Lafayette afirmando "não passava, como não passa, de uma bela frase. Apesar disso, para aquela época, 1878, foi a nossa lei, como todas as restrições impostas às consequências do princípio que declarava aceitar, o primeiro diploma que procurou resolver e assegurar os efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras de falência,

brasileira e, portanto, seria necessário mitigá-la[326].

As normas editadas posteriormente no Brasil mantiveram os preceitos idealizados por Conselheiro Lafayette e a modernizaram[327]. Contudo, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) inaugurou o direito da insolvência transfronteiriça processual[328] no Brasil, e passou a atribuir efeitos a algumas sentenças estrangeiras, negando, todavia, efeito a outras[329]. Em síntese norma não admitia efeitos extraterritoriais automáticos de decisões estrangeiras no Brasil, e permitia apenas a homologação de sentenças concursais de comerciantes devedores domiciliados no exterior. Assim, o Código se assentou no territorialismo puro e na figura do comerciante, encerrando a tradição universalista mitigada no Brasil[330].

Percebe-se que o universalismo no Brasil sofreu "um rude golpe"[331], uma vez que, enquanto o Supremo Tribunal Federal não decidisse sobre a homologação, o devedor e seus credores eram livres para praticar atos que

consentindo como consentiu, que os administradores das massas falidas, independentemente da homologação da sentença aqui praticassem atos conservatórios dos direitos integrantes do patrimônio falido. Equivocou-se Lafayette quando, na exposição de motivos, declarou que não podia caminhar tanto como a Itália, De 1878 a até hoje, prevalecendo embora na doutrina e na jurisprudência o princípio da unidade e da universalidade da falência, não legislou a Itália sobre o assunto". VALVERDE, Trajano de Miranda; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. Comentários a Lei de Falências: (Decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945). 4ª. ed., rev. e atual. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 146.

326 VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 41.

327 São elas: o Decreto nº 7.777, de 27 de julho de 1880; o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890; a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894; o Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898; a Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902; a Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908 e o Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929.

328 VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 42.

329 CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 6ª ed. aum. e atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 502.

330 A doutrina especializada criticou o CPC/1939, entendendo que a matéria de não foi suficientemente disciplinada. Haroldo Valladão o CPC/1939 "alterou para pior os que acolheu, enfim, desarticulou e prejudicou a matéria". Ele explicou ainda que "Em princípio a lei de falências [Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929] poderia manter os respectivos preceitos dos conflitos de leis. Ela é um grande estuário jurídico, processual e substantivo, contendo normas e preceitos de todos os ramos do direito, inclusive do civil e do penal". VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

331 VALVERDE, Trajano de Miranda; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. Comentários a Lei de Falências: (Decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945). 4ª. ed., rev. e atual. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 159.

poderiam influenciar no resultado final do procedimento concursal iniciado no estrangeiro. Essa liberdade prejudicava não só os credores estrangeiros, como também os postulados de eficiência da teoria da universalismo.

Por outro lado, o universalismo mitigado encontra sobrevida nas disposições do Código de Bustamante, ratificado[332] um pouco menos de dez anos antes do Código de Processo Civil de 1939, por ser norma especial, aplicável entre os Estados que o ratificaram. Ele é um tratado internacional regional vigente apenas entre Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

É preciso esclarecer, ademais, que a sobrevida do Código de Bustamante é uma tese, tendo em vista que ele nunca foi aplicado a uma questão de insolvência transnacional no Brasil. Há vários motivos que explicam esse fato, entre os quais se ressaltam o grande número de reservas a pontos centrais do tratado[333] e sua não ratificação ou não adesão do tratado pelas principais economias do continente americano. Além disso, suas disposições não proporcionam soluções eficientes, práticas e rápidas com relação à insolvência transfronteiriça, tendo em vista o desuso do critério do domicílio do devedor para determinar o foro competente para um procedimento concursal transfronteiriço.

O Código de Processo Civil de 1939 permaneceu aplicável até a promulgação da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973). Este Código, foi feito às pressas pelo jurista Alfredo Buzzaid, ao desprezar a matéria concursal transfronteiriça[334] acabou revogando-a. Todavia, é importante destacar que os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil de 1973, que tratavam da competência internacional[335], dividiam-na em

332 O Código de Bustamante foi ratificado pelo Decreto Legislativo nº 5.647, de 8 de Janeiro de 1929, e, promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

333 TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. V. 1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 131.

334 Haroldo Valladão faz importante crítica "E a matéria de falência no DIP, disciplinada secularmente, desde o Dec. de 1878, ficou, assim, não legislada (!) pela primeira vez na história do direito pátrio, e com máxima probabilidade, na história do direito mundial". VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 42.

335 "Chama-se "competência internacional" à determinação das hipóteses em que o Judiciário brasileiro está autorizado a exercer função jurisdicional, sendo, portanto, legítima a instauração no Brasil, do processo judicial. É preciso ter claro, aqui, que – não obstante a universalidade do acesso ao Judiciário afirmada pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República – toso os Estados soberanos, de forma a preservar a boa relação entre eles, estabelecem limites ao exercício de suas funções, inclusive a jurisdicional, de forma a reconhecer a existência de um espaço para que outros Esta-

relativa e absoluta, e traziam disposições que podiam ser aplicadas ao tema concursal.

No caso da competência internacional relativa, permitia-se ao autor propor a ação no Brasil ou no exterior, considerando que sua existência não induzia à litispendência. Assim, o réu, qualquer que fosse a sua nacionalidade, incluindo as pessoas jurídicas brasileiras que tivessem agência, filial ou sucursal no Brasil, podiam ser demandas tanto no Brasil quanto no exterior.

Com relação à competência internacional absoluta, a Justiça brasileira deveria conhecer das ações relativas a bens imóveis situados no Brasil. Nesse sentido, há o caso da Sentença Estrangeira nº 2.492, prolatada na Alemanha, em julgado de 3 de março de 1982. No acórdão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a sentença estrangeira declaratória de falência cujos efeitos se relacionassem a bens imóveis localizados no Brasil não poderia ser homologada[336].

É interessante notar que a decisão acima é radicalmente contrária à proferida na Sentença Estrangeira nº 844, procedente da Inglaterra, julgada em 11 de abril de 1928, época em que havia normas de insolvência transfronteiriça no Brasil. No caso, o Supremo Tribunal Federal homologou a sentença estrangeira que incluía bens imóveis situados no Brasil na massa falida. Consequentemente, o síndico estrangeiro da falência teve reconhecido o poder de administrar e vender os imóveis situados em território brasileiro, segundo as leis locais[337].

A necessidade de homologação da decisão estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal do disposição Código de Processo Civil de 1973 desencorajava os credores a promover a execução de sentenças estrangeiras, devido à

---

dos também exerçam jurisdição". CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2017. p. 48.

336 "Ementa: 1. Não constitui sentença estrangeira, suscetível de homologação, mero acordo resultante de assembléia de credores realizada em processo falencial, mas desprovido de qualquer homologação jurisdicional. 2. Também não comporta homologação, sentença estrangeira declaratória de falência, cujos possíveis efeitos no Brasil relacionam-se exclusivamente com imóvel aqui situado. Homologação denegada. Agravo regimental não provido, com ressalva". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença Estrangeira nº 2.492-Agravo Regimental/República Federal da Alemanha, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgamento em 03/03/1982.

337 "Homologação de Sentença Estrangeira nº 844-Inglaterra, julgamento em 11.04.1928, rel. Min. Bento de Faria, Arquivo Judiciário, v. 6, p. 193-194. Ementa: "Sentença estrangeira de falência. Homologação. Carta de sentença. Documento equivalente. Requisitos. Execução. Subordinação da legislação. Subordinação às prescrições da legislação brasileira"". KREILE, Ruber David. Falência Internacional. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 74-146, out. 2009. p. 124.

morosidade do processo de homologação. O que acabou possibilitando, por conseguinte, a dispersão dos ativos do devedor. No único caso encontrado na jurisprudência da época, o Superior Tribunal de Justiça, em exceção de incompetência, não conheceu do recurso que visava à cobrança de créditos decorrentes de um contrato de exportação de uma empresa com sede no Brasil e declarada falida no exterior. O Tribunal entendeu que, embora o Brasil fosse competente para o cumprimento da obrigação, a sentença estrangeira só teria eficácia no país após homologada pelo Pretório Excelso[338].

Nesse caso, fica clara a opção pela teoria do territorialismo. Ademais, restou evidente que a legislação brasileira não oferecia naquela época meios para o cumprimento do princípio do *par conditio creditorum*, estimulando o credor a buscar ações individuais, em vez de propor um procedimento concursal. Ademais, o Código de Processo Civil de 1973 mostrou-se inadequado para tratar da complexidade que a insolvência transfronteiriça já trazia nos últimos dias da sua vigência.

2.2. Segunda fase: em busca de um territorialismo cooperativo

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 4.376/1993, que originou a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação e Falências), foram feitas advertências quanto à necessidade de modernizá-lo, para proteger a recuperação das empresas, promover os investimentos estrangeiros e a atividade econômica mundializada, necessários para o atual direito concursal transfronteiriço. Sugeriu-se, para tanto, a adoção dos princípios da teoria do universalismo como meio de lidar com as questões do direito concursal transfronteiriço, buscando harmonizá-lo com as legislações da grandes economias mundiais[339].

O Banco Mundial sugeriu, em 2001, que fosse adotada a Lei Modelo UNCITRAL, que é o meio mais eficaz e ágil para resolver os problemas

338 "Contrato de exportação. Ação de cobrança. Exceção de incompetência. Hipótese em que, respeitada a base fática do acordão, no que diz com a definição do lugar do cumprimento da obrigação, cumpria reconhecer a competência da justiça brasileira. Sentença estrangeira declaratória de falência só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo STF. Recurso não conhecido". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 15.708/RS, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, julgamento em 24/03/1997.

339 FELSBERG, Thomas Benes. Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil. International Business Lawyer, v. 31, n. 15, 2003. p. 13.

transfronteiriços dos procedimentos concursais[340]. Esse também foi o posicionamento defendido por José Astigarraga e Malcolm Rowat, especificamente com relação a Estados como o Brasil[341]. A inclusão do direito da insolvência transfronteiriça foi discutida na tramitação da atual Lei de Recuperação e Falências; contudo, segundo Eduardo Luís Lundberg e Ana Carla Abraão Costa[342], em função da complexidade da matéria, decidiu-se que a questão seria tratada por legislação específica no futuro próximo.

Do mesmo modo, foi a reforma da lei processual pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil de 2015) herdou o vácuo legislativo concursal deixado pelo Código de Processo Civil de 1973. Ela regula a competência internacional de forma quase idêntica ao diploma anterior. Por outro lado, a cooperação processual[343] do Código de Processo Civil de 2015 abre portas ao diálogo necessário ao direito da insolvência transfronteiriça, que deve nortear todas relações processuais. Para que ela aconteça é exigido um tratado internacional e, na sua inexistência, por meio de reciprocidade manifestada por via diplomática[344].

Conforme o Código de Processo Civil de 2015 o tribunal brasileiro não poderia negar a abertura de um procedimento concursal de um devedor estrangeiro. Ele só poderia negar a sua abertura se o caso se enquadrar exclusivamente na hipótese do artigo 3º da Lei de Recuperação e Falências, ou o devedor tiver bens imóveis no Brasil, ou na situação em que a sentença estrangeira já houver sido formalmente homologada pelo Superior Tribunal

340 O Banco Mundial estabeleceu o princípio 24, em sua carta de recomendações, para a reforma das leis concursais nacionais, in verbis: "Insolvency proceedings may have international aspects, and insolvency laws should provide for rules of jurisdiction, recognition of foreign judgments, cooperation among courts in different countries and choice of law". BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems. Washington: 2001. p. 63.

341 ROWAT, Malcolm; ASTIGARRAGA, José. Latin American Insolvency Systems: A Comparative Assessment. Washington: World Bank Publications, 1999. p. 44.

342 LUNDBERG, Eduardo Luís; COSTA, Ana Carla Abraão. A Reforma do Sistema Legal de Insolvências no Brasil Face às Melhores Práticas e Princípios Internacionais. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 8, n. 28, p. 323–362, abr./jun., 2005. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 355.

343 A cooperação processual é uma norma fundamental, cujo entendimento, segundo Humberto Teodoro Júnior, é o empenho das partes envolvidas na relação processual para evitar imperfeições e comportamentos que atrasem injustificadamente o andamento do processo e a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva. THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de; REZENDE, Ester; GOMES NORATO, Camila (Coords.). Primeiras Linhas Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro (de Acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17.

344 Conforme o artigo 26 do Código de Processo Civil de 2015.

Justiça e transitada em julgado.

O pedido de recuperação judicial da OGX Petróleo e Gás Participações S.A., com sede no Brasil, ilustra a situação. No caso, o juízo de primeira instância negou a participação de duas sociedades controladas, integral e diretamente, com sede na Áustria (*OGX International GMBH* e *OGX Áustria GMBH HSBC CTVM S.A.*), sob o fundamento de que elas não se subjugam ao artigo 3º da Lei de Recuperação e Falências. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão inédita e unânime, aplicou a teoria do direito concursal transfronteiriço[345], invocando o disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

No caso do grupo Sete Brasil, o juízo de primeira instância excluiu

345 "Ementa: Agravo de instrumento. Recuperação judicial de empresas. Interlocutória que deferiu o processamento do requerimento das duas primeiras agravantes, que têm sede no brasil, rejeitando, contudo, a postulação das terceira e quarta recorrentes, ambas com sede na república da Áustria. Irresignação. Rejeição da recuperação conjunta que não se afigura sustentável. Finalidade do instituto da recuperação judicial calcada na preservação da empresa e de sua função social, além de ter por escopo o estimulo à atividade econômica (art. 47 da Lei n.º1 1.101/2005). A empresa não interessa apenas a seu titular (empresário), mas a diversos outros atores do palco econômico (trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito e estado). OGX Petróleo e Gás Participações S/A. Que é a sociedade holding e não operacional, controladora da OGX Petróleo e Gás Participações S/A, titular de 99,99% do seu capital social. Controle exercido direta e integralmente também sobre a OGX International GMBH e a OGX Áustria GMBH CTVM S/A.. Sociedades de holding com respaldo nos arts. 2º, § 3º, e 243, § 3º, da Lei n. º 6.404/76. Sociedades empresárias estrangeiras, notoriamente subsidiárias, que apenas constituem a estrutura de financiamento de sua controladora nacional, servindo como veículo das empresas brasileiras, visando a emissão de "bonds" e recebimento de receitas no exterior. Configuração de um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, consistente na exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional. Ausência de manifestação dos credores contrária a um plano comum de recuperação judicial. Legislação austríaca sobre insolvência que admite o reconhecimento dos efeitos do processo de insolvência estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (COMI) está localizado no estado estrangeiro e o processo é, em essência, comparável ao austríaco. Estudo de viabilidade anexado aos autos. Falta de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais que, se não o autoriza, por outro lado, não o veda. Lacunas legislativas decididas de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Predomínio da equidade, que busca adequar a lei às novas circunstâncias, a fim de que o órgão jurisdicional acompanhe as vicissitudes da realidade concreta. Inocorrência de transmutação do estado juiz em estado legislador positivo. Questão versada que, por ser de relevante interesse social, não pode ficar à margem da análise jurisdicional, bem ponderados os aspectos do caso concreto. Necessidade de reforma da lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, colimando tratar da insolvência transnacional. Provimento do recurso, confirmando-se o deferimento do efeito suspensivo ativo, para revogar a interlocutória agravada e determinar o processamento conjunto da recuperação judicial das agravantes". TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, julgamento em 20/02/2014.

do pedido as sociedades austríacas *Sete Holding GMBH* e Sete *International One GMBH* e Sete *International Two GMBH*, com base no artigo 3º da Lei de Recuperação e Falências e na não adoção da Lei Modelo UNCITRAL pelo Brasil. Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, por unanimidade, que as sociedades austríacas não exercem atividade econômica autônoma e vinculam-se às sociedades brasileiras para emissão de títulos e otimização de garantias na contratação de financiamento para a implementação do projeto para a exploração do pré-sal brasileiro[346]. No mérito do recurso, o tribunal compreendeu pela necessidade de preservação da empresa, conforme o artigo 47 da Lei de Recuperação e Falências e a norma programática do artigo 170, *caput*, da CR/88. Reconheceu, ainda, que o Brasil é o centro dos principais interesses do grupo Sete e o plano de recuperação deve ser cumprido no país, interpretando, dessa forma, os artigos 21, II, e 22, III, do CPC/2015. O Tribunal invoca, a propósito, o artigo 4º da LINDB para suprir a lacuna e definir a competência brasileira para incluir as sociedades austríacas no processo de recuperação judicial.

Com relação ao grupo OI, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve, de forma unânime, a decisão de primeira instância que determinou a inclusão das sociedades estrangeiras *Portugal Telecom International Finance BV* e da *Oi Brasil Holding Coöperatief UA* no processamento da recuperação judicial, embora elas tenham sido declaradas falidas na Holanda[347]. O raciocínio foi semelhante ao do caso do grupo Sete. O Tribunal entendeu que o Brasil é o COMI do grupo de sociedades em recuperação e adotou a interpretação principiológica dos artigos 3º e 47 da Lei de Recuperação e Falências, e dos procedentes judiciais, para argumentar que, não obstante a decretação da falência no exterior, a manutenção das unidades produtivas é a solução apropriada para a solução de problemas com fato transnacional[348].

No mesmo sentido se coloca a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao grupo Schahin. No caso, o Tribunal, por maioria, manteve a sociedade inglesa *Deep Black Drilling LPP* no processamento da recuperação judicial com fundamento semelhante ao dos grupos OGX e

346 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0034120-11.2016.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, julgamento em 07/02/2017.

347 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0051668-49.2016.8.19.0000, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, julgamento em 07/11/2017.

348 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0051668-49.2016.8.19.0000, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, julgamento em 07/11/2017.

Sete[349]. O acórdão enfatiza que não há vedação legal no Brasil para lidar com a insolvência transfronteiriça, e, sim, omissão legal. Também pondera que o artigo 2º da Lei de Recuperação e Falências não exclui sociedades estrangeiras do seu âmbito de aplicação material, sobretudo quando a atividade da sociedade estrangeira está intrinsecamente ligada às sociedades brasileiras, formando um grupo de sociedades único[350].

Os entendimentos esposados acima são os mesmos que o adotado pelo juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo com relação aos pedido de recuperação da grupo OAS, que inclui as sociedades estrangeiras *OAS Investments GMBH, OAS Investments Limited* e *OAS Finance Limited*[351].

É bom ressaltar, nos casos apresentados, que o raciocínio se funda no objetivo de preservação da atividade empresarial e eles têm como paradigma o caso do grupo OGX. Em que pese o avanço jurisprudencial nas recuperações judiciais recentes e apresentadas, a insegurança jurídica permaneceu e que motivou uma discussão aprofundada no Brasil em direção à Lei Modelo UNCITRAL.

Em 16 de dezembro de 2016, o então Ministro da Fazenda, Henrique de Campos Meireles, institui através da Portaria nº 467 um grupo de trabalho com objeto de aprimorar a Lei de Recuperação e Falências. Esse grupo contou com a participação de representantes do Ministério da Fazenda, do Banco Central do Brasil e de especialistas no tema.

A minuta final do grupo de trabalho apresentou uma proposta de reforma da Lei de Recuperação e Falências, que inclui, entre outros temas, o Capítulo VI-A, que trata da Insolvência Transfronteiriça. A minuta foi avaliada pela Casa Civil da Presidência da República e enviada pelo presidente Michel Temer ao Congresso Nacional no dia 10 de maio de 2018.

Na Câmara dos Deputados, ela recebeu a denominação Projeto de Lei nº 10.220 de 2018. Em 18 de agosto 2020, o citado projeto foi incorporado à tramitação do Projeto de Lei nº 6.229 de 2005 em forma de substitutivo

349 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, julgamento em 13/03/2017.

350 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, julgamento em 13/03/2017.

351 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Processo nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Juiz Daniel Carnio Costa, julgamento em 01/04/2015.

apresentado pelo relator, Deputado Hugo Leal (PSD-RJ). Este projeto foi transformado na Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Diante dessa evolução, panorama o Brasil optou por implementar a Lei Modelo UNCITRAL que será apresentada na próxima seção.

3. A recente reforma da Lei de Recuperação e Falências

3.1. A inspiração: a Lei Modelo UNCITRAL

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) é o órgão jurídico central do sistema ONU, no âmbito do direito comercial internacional. A Comissão conta com 60 (sessenta) membros, tendo sido criada pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral, de 17 de dezembro de 1966[352]. Seu objetivo é promover a harmonização e a unificação progressiva do direito comercial internacional.

Em seu preâmbulo, a norma constitutiva da UNCITRAL reconhece que as divergências legislativas nacionais criam barreiras ao desenvolvimento do comércio mundial e que a cooperação nesse campo é importante para a promoção de relações amistosas, manutenção da paz e da segurança entre os Estados. Reconhece, ademais, a necessidade da ONU de coordenar, sistematizar e acelerar o processo de harmonização e unificação do direito comercial internacional, desempenhando um papel ativo na redução ou eliminação de obstáculos legais ao fluxo do comércio internacional.

Assim, as questões que fundamentam a criação da UNCITRAL estão em conformidade com os artigos 1.3 e 13, da Carta ONU, que tratam da necessidade de codificar o direito internacional. Também estão em conformidade com os Capítulos IX e X da Carta, que disciplinam a cooperação econômica e social e os órgãos responsáveis para sua realização.

O artigo 8º da Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral, de 17 de dezembro de 1966, estabelece os meios disponíveis à UNCITRAL para a consecução dos seus objetivos, entre os quais se encontram a possibilidade de criar convenções internacionais, leis modelo e guias legislativas. Nesse sentido, a insolvência transnacional foi objeto de atenção do relatório de 23 de

352 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Guía de la CNUDMI. Datos Básicos y Funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Viena: ONU, 2013.

junho de 1993, no qual o Secretário da Comissão propôs um estudo profundo sobre a viabilidade e a conveniência dos Estados, através da assistência da UNCITRAL, de se harmonizar as normas da insolvência transnacional[353].

Em maio de 1995, um grupo de trabalho da Comissão iniciou a elaboração de um instrumento jurídico sobre insolvência transfronteiriça[354]. Em 1997, a UNCITRAL aprovou por consenso a proposta desse grupo, criando a Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça (Lei Modelo UNCITRAL), que foi acompanhada por um guia de incorporação no direito interno, o que confere aos Estados que a adotam maior flexibilidade no momento de adaptar seus preceitos aos ordenamentos domésticos.

Desse modo, a Lei Modelo UNCITRAL adota um sistema em que há a coexistência de um procedimento principal e procedimentos não principais, que pode ser chamado de um intermediário ou misto entre a teoria do universalismo e o territorialismo. Isso porque o processo principal tem alcance universal com efeitos extraterritoriais, enquanto os procedimentos não principais, mesmo limitados aos locais em que não haja estabelecimentos do devedor, podem ser propostos conforme a teoria do territorialismo. No último caso, a Lei Modelo UNCITRAL determina a coordenação dos procedimentos desenvolvidos em paralelo para fomentar a adoção de decisões mais condizentes com os objetivos dos procedimentos[355], que se coadunam com a lei modelo.

A norma estabelece, em linhas gerais, regras para a administração de insolvências internacionais que respeitem as diferenças entre leis processuais, sem unificar a lei substantiva concursal dos Estados, o que permite uma reforma menos agressiva nas jurisdições que pretendam adotá-la. Porém, caso o Estado-adotante da Lei Modelo UNCITRAL realize muitas modificações em sua norma doméstica, terá menor grau de harmonização internacional. Outra característica é oferecer meios pragmáticos para lidar com casos de insolvência transfronteiriça.

353 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Posible labor futura. Nota de la Secretaría. Adición. Insolvencia Transfronteriza. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 1993. p. 11-12.

354 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia Acerca de la Labor de su 18º período de sesiones. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 1996.

355 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su Incorporación al Derecho Interno e Interpretación. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2013. p. 35.

A Lei Modelo UNCITRAL busca corrigir as abordagens concursais domésticas divergentes e complexas, bem como superar a dificuldade de elaboração de um tratado internacional para disciplinar de forma idônea o direito da insolvência transfronteiriça[356]. Ela permite uma condução coordenada de procedimentos concursais paralelos, entre o doméstico e os estrangeiros, o que se caracteriza como um indicador para o legislador brasileiro de prática empresarial moderna[357].

Como a Lei Modelo não é um tratado, nem uma norma que possa ter sua aplicação exigida por uma organização internacional, supranacional ou não, os princípios interpretativos são fundamentais para lograr os objetivos estabelecidos no seu preâmbulo. Nesse sentido, a Comissão oferece aos Estados adotantes uma base de dados, de livre consulta, intitulada "Sentenças e laudos sobre textos UNCITRAL (CLOUT[358])", com o objetivo de compilar e difundir as decisões judiciais e laudos arbitrais relativos às convenções e leis modelo elaboradas por ela.

A CLOUT auxilia o diálogo entre jurisdições que é necessário para evitar decisões discrepantes de cada Estado-adotante sobre um mesmo dispositivo normativo previsto na Lei Modelo UNCITRAL. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação uniformes das normas produzidas pela Comissão. Finalmente, a base de dados oferece subsídios valiosos para a atuação de advogados e representantes estrangeiros.

O trabalho da UNCITRAL é de extrema relevância, tendo em vista que sua lei modelo é a mais aplicada no mundo no campo da insolvência transnacional[359]. Porém, mesmo com a existência do CLOUT, nem a ONU, nem

356 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su Incorporación al Derecho Interno e Interpretación. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2013. p. 23.

357 FELSBERG, Thomas Benes. Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil. International Business Lawyer, v. 31, n. 15, 2003. p. 13.

358 A CLOUT está disponível no site: <https://uncitral.un.org/es/case_law>. Acesso em: 10/01/2021.

359 A Lei Modelo UNCITRAL foi implementada em 48 Estados, podendo ser aplicada em 52 jurisdições, são elas: África do Sul (2000), Austrália (2008), Bahrein (2018), Brasil (2020), Canadá (2005), Chile (2014), Colômbia (2006), Emirados Árabes Unidos (no Centro Financeiro Internacional de Dubai em 2019), Eslovênia (2007), Estados Unidos de América (2005), Filipinas (2010), Grécia (2010), Ilhas Mauricio (2009), Ilhas Seychelles (2013), Israel (2018), Japão (2000), Malaui (2015), México (2000), Montenegro (2002), Myanmar (2020), Nova Zelândia (2006), Panamá (2016) Polônia (2003), Quênia (2015), Reino Unido de Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (na Grã-Bretanha em 2006, Gibraltar em 2014 e nas Ilhas Virgens Britânicas em 2003), República de Coreia (2006), República Dominicana (2015), Romênia (2002), Sérvia (2004), Singapura (2017), Uganda (2011),

a Comissão tem a capacidade de determinar a harmonização da interpretação da Lei Modelo UNCITRAL, que é dependente da vontade individual dos magistrados nacionais.

3.2. As regras de insolvência transnacional da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020

O Capítulo VI-A da Lei de Recuperação e Falências possui 25 artigos distribuídos em 5 seções[360], tal como a Lei Modelo UNCITRAL. Pela leitura fica evidente que a incorporação do modelo internacional é feito com modificações. Os artigos 167-A e 167-B apresentam, respectivamente, os mesmos objetivos constituídos no preâmbulo e definições da Lei Modelo.

Quanto à matéria, o capítulo será aplicado nos casos previstos no seu artigo 167-C da Lei de Recuperação e Falências, ou seja, quando: (i) uma autoridade estrangeira ou um representante estrangeiro solicite assistência no Brasil para um processo estrangeiro; (II) seja pleiteada assistência em um Estado estrangeiro relacionada a um processo disciplinado por esta Lei; (iii) um processo estrangeiro e um processo disciplinado por esta Lei, relativos ao mesmo devedor, estejam em curso simultaneamente; (iv) credores ou outras partes interessadas, de outro Estado, tenham interesse em requerer a abertura de um processo disciplinado por esta Lei ou dele participar. Em todos os processos deverá haver a intervenção do Ministério Público[361].

O seu artigo 167-D determina que o juízo competente para os processos de insolvência transnacional é do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil[362]. É ele que recebe o pedido de cooperação internacional e pode negá-lo, desde que haja manifesta ofensa a um preceito de ordem pública[363] [364]. Estabelece-se, ainda, a possibilidade de derrogação da Lei de

Vanuatu (2013) e Zimbabwe (2018). Com a vigência da Lei Uniforme sobre Organização de Procedimentos Concursais da OHADA, de 2015, a Lei Modelo UNCITRAL foi implementada em todos seus membros: Benin, Burkina Faso, Camarões, Chade, Comores, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Guiné, Guiné Equatorial, Guiné-Bissau, Mali, Níger, República Centro-africana, República Democrática do Congo, Senegal e Togo.

360 Seção I. Disposições gerais; Seção II. Acesso à jurisdição brasileira; Seção III. Do reconhecimento de processos estrangeiros; Seção IV. Da cooperação com autoridades e representantes estrangeiros; Seção V. Dos procedimentos concorrentes.

361 Conforme artigo 167-A, § 5º, da Lei de Recuperação e Falências.

362 Conforme artigo 167-D da Lei de Recuperação e Falências.

363 Conforme artigo 167-A, § 4º, da Lei de Recuperação e Falências.

364 A lei poderia incluído o abuso de direito como hipótese para o pedido de coope-

Recuperação e Falências lei em caso de conflito com o previsto em um tratado internacional[365] e o critério de interpretação deve levar em conta a boa fé, a origem internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação[366].

O artigo 167-E reconhece que o devedor e o administrador judicial podem atuar com representantes dos processos brasileiros perante jurisdição estrangeira, independentemente de decisão judicial. Contudo, a situação só se concretizará se a lei que rege o processo estrangeiro admitir.

No que diz respeito ao acesso à jurisdição brasileira, o artigo 167-F da Lei de Recuperação e Falências dá acesso ao representante estrangeiro à jurisdição brasileira para o processo concursal. É importante destacar que o acesso à jurisdição brasileira não dá direito ao representante estrangeiro de assunção dos ativos do devedor no Brasil, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 167-F. O parágrafo 2º do artigo 167-F busca garantir que o representante estrangeiro tenha legitimidade processual para solicitar a falência do devedor, desde que estejam presentes os requisitos da Lei de Recuperação e Falências, participar de procedimentos concursais em trâmite e intervir em qualquer processo de que o devedor seja parte.

O pedido de reconhecimento formulado pelo representante estrangeiro no Brasil deverá estar acompanhado de documento que comprove a abertura de processo estrangeiro e da nomeação dele[367] e de todos os processos estrangeiros relativos ao devedor que sejam de seu conhecimento[368]. A tradução juramentada e o reconhecimento consular desses documentos pode ser dispensada pelo juízo desde que haja declaração do advogado causa no Brasil[369].

Nos termos do artigo 167-I da Lei de Recuperação e Falências, o juízo poderá reconhecer (i) a existência do processo estrangeiro e a identificação do representante estrangeiro; (ii) a autenticidade de todos ou de alguns documentos juntados com o pedido de reconhecimento do processo

ração, como indicado pela Lei Modelo UNCITRAL. Sobre o assunto ver: COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su Incorporación al Derecho Interno e Interpretación. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2013. p. 82-83.

365 Conforme artigo 167-A, § 3º, da Lei de Recuperação e Falências.

366 Conforme artigo 167-A, § 1º, da Lei de Recuperação e Falências.

367 Conforme artigo 167-H, § 1º, da Lei de Recuperação e Falências.

368 Conforme artigo 167-H, § 2º, da Lei de Recuperação e Falências.

369 Conforme artigo 167-H, § 3º, da Lei de Recuperação e Falências.

estrangeiro; (iii) o país onde se localiza o domicílio do devedor, no caso dos empresários individuais, ou o país da sede estatutária do devedor, no caso das sociedades, como seu centro de interesses principais, salvo prova em contrário.

Contudo, o pedido não será reconhecido quando houver ofensa à ordem pública e, quando não se configurar essa hipótese, o juízo brasileiro deverá classificá-lo como processo estrangeiro principal (caso tenha sido aberto no local em que o devedor tenha o seu centro de interesses principais) ou não principal (caso tenha sido aberto em local em que o devedor tenha bens ou estabelecimento)[370]. Tal reconhecimento poderá ser modificado ou revogado se os requisitos para o reconhecimento forem descumpridos ou deixaram de existir[371]. Em qualquer caso o representante estrangeiro deverá informar ao juízo qualquer modificação significativa no estado do processo estrangeiro reconhecido ou no estado de sua nomeação como representante estrangeiro, bem como qualquer outro processo estrangeiro relativo ao mesmo devedor de que venha a ter conhecimento[372].

A lei estabelece dois tipos de recurso para decisão relativa ao pedido de reconhecimento, sendo procedente caberá agravo e improcedente poderá ser atacada por apelação[373].

A Lei de Recuperação e Falências passa a permitir a adoção de medidas provisórias ou posteriores ao reconhecimento do procedimento, desde que sejam necessárias para o seu desenvolvimento ordenado e equitativo. Tais medidas podem ser adotadas: (i) desde o pedido de reconhecimento (conforme artigo 167-L); (ii) a partir do reconhecimento do procedimento classificado como principal (conforme artigo 167-M); (iii) a partir do reconhecimento, classificado ou não como principal, com a aplicação de medidas pelo tribunal de forma discricionária (conforme artigo 167-N).

Em qualquer caso, as medidas devem ser expressamente decididas por um tribunal, e este poderá impor condições, modificar ou revogar as medidas *ex officio*, ou a pedido do representante estrangeiro, bem como para resguardar os interesses dos credores e outros interessados no resultado do processo, nos termos do artigo 167-O da Lei de Recuperação e Falências.

Com respeito aos credores estrangeiros, o artigo 167-G adota o princípio

370 Conforme artigo 167-J, §§ 1º e 2º, da Lei de Recuperação e Falências.
371 Conforme artigo 167-J, § 3º, da Lei de Recuperação e Falências.
372 Conforme artigo 167-K da Lei de Recuperação e Falências.
373 Conforme artigo 167-J, § 4º, da Lei de Recuperação e Falências.

da não diferenciação entre credores nacionais e estrangeiro. Ambos terão a mesma legitimidade para solicitar abertura ou participar de processos concursais. A igualdade, porém, não pode alterar o sistema de preferências de pagamento dos credores, sendo a sua qualificação regida pela lei brasileira[374].

Ainda sobre os credores estrangeiros, os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 167-G, estabelecem um mecanismo de notificação dos credores estrangeiros, de modo a eliminar cartas rogatórias e outras formalidades, apontando apenas requisitos mínimos para que as notificações ocorram, enquanto o §5º estabelece o dever do juízo de ordenar o Banco Central para que se permita a remessa ao exterior dos valores recebidos pelo credor estrangeiro. Entretanto, não se esclarece se o credor será isento ou não dos tributos que incidem sobre a remessa.

O reconhecimento do procedimento estrangeiro principal no Brasil limita a abertura de processos concursais apenas se o devedor possuir bens no território nacional. Esta medida, prevista no artigo 167-R, é necessária para que haja uma harmonização entre os procedimentos paralelos, para que as medidas aplicadas por um tribunal sejam compatíveis com as concedidas no novo procedimento interno (conforme artigos 167-S, 167-T e 167-U).

A Lei de Recuperação e Falências estabelece a regra da colação no artigo 167-Y para evitar o pagamento ou a cobrança duplicada, bem como que o credor receba um tratamento mais favorável que outro da mesma categoria, ao receber por um mesmo crédito em processos paralelos.

No mesmo sentido, há, também, o dever do juízo falimentar responsável por processo estrangeiro não principal de prestar informações sobre o passivo, valor dos bens arrecadados, o valor dos créditos e sua classificação, relação de ações judiciais, ocorrência do término da liquidação e o saldo, credor ou devedor, bem como eventual ativo remanescente[375]. Esta regra é importante para cumprir a disposição do artigo 167-W de não entregar nenhum ativo, bem ou recurso remanescente da liquidação ao falido se ainda houver passivo não satisfeito em qualquer outro processo falimentar transnacional. Como também, não encerrar processo principal após a conclusão dos processos não principais ou após a constatação de que, nesses últimos, não haja ativo líquido remanescente[376].

374 No que diz respeito à esta disposição, o artigo 26 do CPC/2015 já estabelecia a igualdade de tratamento nos casos de previstos em tratado internacional ou com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

375 Conforme artigo 167-V da Lei de Recuperação e Falências.

376 Conforme artigo 167-X da Lei de Recuperação e Falências.

O espírito da Lei Modelo UNCITRAL é de ampla cooperação entre tribunais para superar a diversidade jurídica. Nesse sentido, os artigos 167-P e 167-Q da Lei de Recuperação e Falências estabelecem o modo pelo qual se pautarão a cooperação e a comunicação entre tribunais.

4. Alguns desafios para aplicação da Lei Modelo UNCITRAL no Brasil

Com a reforma, a Lei de Recuperação e Falências passa a ter bons dispositivos para promover a cooperação no Brasil no campo da insolvência transfronteiriça e em total compatibilidade com o Código de Processo Civil de 2015.

Um assunto que não fica claro é como será feita a cooperação e comunicação direta entre tribunais nos termos do artigo 167-P da Lei de Recuperação e Falências. A regra pode ser bastante útil para os procedimentos de insolvência transfronteiriça, uma vez que é dispensada a autoridade central para a transmissão de cartas rogatórias, do mesmo modo como previsto na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (1975)[377] e no Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL (1994)[378].

A dúvida surge com o disposto no parágrafo 6º do artigo do 167-A que determina que "[n]a aplicação das disposições deste Capítulo, será observada a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na alínea "i" do inciso I do caput do art. 105 da Constituição Federal, quando cabível". Isto é, o que o juízo falimentar brasileiro pode fazer diretamente com os tribunais estrangeiros? E o que depende de juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça? Assim, caberá à este tribunal definir interpretar os casos de comunicação e cooperação direta da Lei de Recuperação e Falências.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a questão na Reclamação nº 717/RS, entendendo ser imprescindível

377 Promulgado pelo Decreto nº 1.899, de 9 de maio de 1996, é aplicável aos seguintes Estados: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela. Artigo 7. As autoridades judiciárias das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão dar cumprimento, de forma direta, sem necessidade de legalização, às cartas rogatórias previstas nesta Convenção.

378 Promulgado pelo Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998. Artigo 19. Os Juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os "exhortos" ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização.

a homologação de carta rogatória, já que as competências do Judiciário previstas na CR/1988 são superiores aos tratados internacionais[379]. Nesse caso, que ficou conhecido como Livramento-Rivera, a decisão do Ministro Celso de Mello determinou que o pedido feito pelo juiz de Rivera, no Uruguai, cidade fronteiriça à brasileira Santana do Livramento, percorrem-se 2.341 km até Brasília para a concessão do *exequatur*.

Tal entendimento iniciou-se com a Carta Rogatória nº 7.613, oriunda da Argentina[380]. Nele, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a vigência do Protocolo de *Las Leñas* em nada afetou a exigência de homologação de qualquer sentença estrangeira no Brasil[381], evidenciando que segue a orientação de dar prevalência do direito interno, em prejuízo da cooperação judicial internacional.

Diante desse argumento, é improvável que as disposições sobre insolvência transnacional da Lei de Recuperação e Falências sejam capazes de alterar aquele entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante mencionar que com a vigência do Código de Processo

379 "(...) No caso, o ato ora impugnado projeta-se, iniludivelmente, sobre a esfera de competência originária e monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, nos termos do art. 102, I, h, da Constituição, homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur às cartas rogatórias emanadas de autoridades judiciárias de outros Países. A celebração do Protocolo de Las Leñas em nada alterou essa regra constitucional de competência, mesmo porque os atos de direito internacional público, como os tratados ou convenções internacionais, estão rigidamente sujeitos, em nosso sistema jurídico, à supremacia e à autoridade normativa da Constituição da República". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 717/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Presidente Celso Mello, julgamento em 30/12/1997.

380 "Ementa: Sentença estrangeira: Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Lenas ("Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa" entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se exeqüível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provinda dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7613/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 03/04/1997.

381 Entendimento seguido nos seguintes casos: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7662/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/09/1997; e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7899/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 11/09/1997.

Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça alterou Regimento Interno para tratar dos processos oriundos de Estados Estrangeiros. Embora haja previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 de que tratados possam dispensar a necessidade homologação, avanço que não foi percebido no artigo 216-B[382] do Regimento Interno que mantém a perspectiva do territorialismo puro, ao deixar de abordar a ressalva dos tratados internacionais.

Este posicionamento conservador está na contramão do que se espera da incorporação da Lei Modelo UNCITRAL. Resta saber se o Superior Tribunal de Justiça mudará sua posição jurisprudencial e modificará seu regimento para traduzir o espirito de cooperação da Lei Modelo UNCITRAL.

Caso isto não ocorra, o disposto no parágrafo 6º do artigo do 167-A poderá colocar em xeque a adoção do modelo internacional da UNCITRAL, que busca justamente acabar com a necessidade do envio de cartas rogatórias sujeitas a exame jurisdicional de outro Estado.

Não se pretende negar, aqui, a importância do juízo delibatório, e, sim, defender que a averiguação de violação à ordem pública e de requisitos formais seja feita pelo juízo de primeiro grau. No caso, deverá ser observado o contraditório, nos moldes do que já praticou o Supremo Tribunal Federal no passado e do que pratica o Superior Tribunal de Justiça, no presente. Logo, uma eventual violação à ordem pública poderia ser objeto de reclamação constitucional ou de recursos, hipóteses em que as instâncias superiores poderiam rever a decisão do juízo falimentar singular. O mesmo raciocínio se aplica às demais cartas rogatórias, nos casos de procedimentos concursais transfronteiriços estrangeiros, conferindo a agilidade necessária para a eficiência exigida, sobretudo nos casos de recuperação da atividade.

A Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, poderia, enfim, ter incluído o texto consolidado da UNCITRAL[383], de 2019, que regula a insolvência dos grupos de sociedades, do mesmo modo que foi feito pelo Regulamento (UE) nº 848, de 2015. O trabalho teve início em 2008[384] e chegou a um texto consolidado, com a definição de grupos de sociedades como dois ou mais

382 RISTJ. Art. 216-B. A decisão estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação do Superior Tribunal de Justiça.

383 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2019.

384 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la Labor Realizada en su 35º Período de Sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008). Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2008. p. 6.

organizações empresariais vinculadas entre si por alguma forma de controle ou participação significativa em seu capital social[385].

A nova Lei Modelo estabelece medidas aperfeiçoadas de cooperação e coordenação entre o tribunal de um estado e os tribunais, representantes estrangeiros e representante do grupo de sociedades. Ainda, dispõe especificamente sobre o tratamento de créditos estrangeiros em procedimentos principais e não principais.

Em 2014[386] foi criado um mandato dentro da UNCITRAL para a criação de outra lei modelo, complementar à Lei Modelo UNCITRAL, a fim de regular expressamente o reconhecimento e a execução de sentenças relacionadas com casos de insolvência. Esta outra de nova Lei Modelo foi concluída em 2018[387].

5. Considerações finais

A Lei Modelo UNCITRAL foi adotada no Brasil com modificações, de forma a não romper com a tradição brasileira, mas substituindo o territorialismo puro pelo territorialismo cooperativo. Assim, foi suprida uma lacuna de 47 anos criada a partir do Código de Processo Civil de 1973.

A reforma da Lei de Recuperação e Falências deve ser acompanhada de uma série de cursos, seminários e publicações para auxiliar os aplicadores do direito na aplicação das novidades legislativas de forma adequada aos padrões internacionais do direito da insolvência transfronteiriça. Deve, enfim, ser estimulado o estudo do direito comparado concursal nas universidades e escolas judiciais, utilizando a base de dados do CLOUT.

Decorridos alguns anos da modificação na legislação vigente, deve-se

385 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Facilitación de los Procedimientos Relacionados con la Insolvencia Transfronteriza de Grupos de Empresas: Proyecto de Disposiciones Legislativas. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018. p. 5.

386 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la Labor Realizada en su 52º Período de Sesiones (Viena, 18 a 22 de diciembre de 2017). Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018. p. 4.

387 COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia con la Guía para su incorporación al derecho interno. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018.

fazer uma avaliação dos casos e, em havendo maturidade jurisprudencial e jurídica, dar um passo seguinte na direção da adequação total à Lei Modelo UNCITRAL, alterando novamente a Lei de Recuperação e Falências e o CPC/2015 e, finalmente, a Constituição de 1988. Essa reavaliação é necessária para se avaliar a pertinência de um mecanismo de diálogo entre tribunais mais profundo, bem como da necessidade de arbitragem internacional e ou de outros meios de solução de controvérsias para sanar eventuais conflitos na interpretação dos objetivos da Lei Modelo UNCITRAL.

Um direito de insolvência transfronteiriça é imprescindível para uma maior e melhor inserção do Brasil na economia mundial. Uma legislação moderna sobre insolvência transfronteiriça, que se adapte à realidade de transnacional, é atrativa para o investidor estrangeiro que deseja realizar investimento produtivo no Brasil, e não um investimento meramente especulativo. Ela também trará previsibilidade para as organizações empresariais brasileiras que investem ou investirão no exterior.

6. Referências

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems. Washington: 2001.

BEVILÁCQUA, Clóvis. Princípios Elementares de Direito Internacional Privado. Campinas: Red Livros, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2017.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 6ª ed. aum. e atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005..

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Guía de la CNUDMI. Datos Básicos y Funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Viena: ONU, 2013.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Posible labor futura. Nota de la Secretaría. Adición. Insolvencia Transfronteriza. Viena: Comissão das Nações Unidas para o

Direito Comercial Internacional, 1993.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia Acerca de la Labor de su 18º período de sesiones. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 1996.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su Incorporación al Derecho Interno e Interpretación. Nova Iorque: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2013.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2019.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la Labor Realizada en su 35º Período de Sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008). Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2008.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Facilitación de los Procedimientos Relacionados con la Insolvencia Transfronteriza de Grupos de Empresas: Proyecto de Disposiciones Legislativas. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la Labor Realizada en su 52º Período de Sesiones (Viena, 18 a 22 de diciembre de 2017). Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia con la Guía para su incorporación al derecho interno. Viena: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, 2018.

FELSBERG, Thomas Benes. Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil. International Business Lawyer, v. 31, n. 15, 2003.

KREILE, Ruber David. Falência Internacional. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 74-146, out. 2009.

LUNDBERG, Eduardo Luís; COSTA, Ana Carla Abraão. A Reforma do Sistema Legal de Insolvências no Brasil Face às Melhores Práticas e Princípios Internacionais. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 8, n. 28, p. 323–362, abr./jun., 2005. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

NADELMANN, Kurt H. Bankruptcy Treaties. University Of Pennsylvania Law Review, n.. 93. 1944.

PEIXOTO, Abdul Sayol de Sá. A Falência no Direito Internacional Privado. Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, v. 3, n. 9, p. 78–88, set./dez., 1969.

QUEIROGA, Daniel Silva. Direito Concursal Transfronteiriço: Perspectivas para a Superação da Diversidade Jurídica (2018. 304f.). Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, belo Horizonte, 2018.

ROWAT, Malcolm; ASTIGARRAGA, José. Latin American Insolvency Systems: A Comparative Assessment. Washington: World Bank Publications, 1999. p. 44.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 15.708/RS, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, julgamento em 24/03/1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7613/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 03/04/1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7662/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/09/1997; e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Carta Rogatória nº 7899/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 11/09/1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 717/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Presidente Celso Mello, julgamento em 30/12/1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença Estrangeira nº 2.492-Agravo Regimental/República Federal da Alemanha, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgamento em 03/03/1982.

TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. V. 1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 131.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de; REZENDE, Ester; GOMES NORATO, Camila (Coords.). Primeiras Linhas Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro (de Acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, julgamento em 13/03/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Processo nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Juiz Daniel Carnio Costa, julgamento em 01/04/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, julgamento em 20/02/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0034120-11.2016.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, julgamento em 07/02/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0051668-49.2016.8.19.0000, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, julgamento em 07/11/2017.

VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALVERDE, Trajano de Miranda; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. Comentários a Lei de Falências: (Decreto-lei n.7661, de 21 de junho de 1945). 4ª. ed., rev. e atual. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999.