

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO EM DIREITO

TADEU ALVES SENA GOMES

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL
APÓS A SENTENÇA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**
A concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos
credores

**BRASÍLIA
2020**

TADEU ALVES SENA GOMES

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL
APÓS A SENTENÇA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

A concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação do professor Doutor Ricardo Morishita Wada, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito.

**BRASÍLIA
2020**

TADEU ALVES SENA GOMES

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL
APÓS A SENTENÇA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Mestrado em Direito do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito da empresa, dos negócios e do consumo.

Brasília, de , de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. RICARDO MORISHITA WADA (Orientador)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. MARLON TOMAZETTE
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. ANTONIO ADONIAS BASTOS
Universidade Federal da Bahia

A Nando, Edu, Laurinha, Guigui, Henrique, Clarinha e todos os seus coleguinhas, atuais e futuros. Todo e qualquer trabalho científico deve ser voltado às crianças.

É a perspectiva do futuro que nos move.

É para elas e por elas.

AGRADECIMENTOS

Hoje, após a jornada desses últimos dois anos, que culminou no ponto mais elevado com a apresentação desta dissertação, é dado o momento de externar uma demonstração de veneração e respeito por quem contribuiu para essa luta e consequente conquista.

Agradeço ao Professor Ricardo Morishita Wada, que, gentilmente, aceitou orientar este trabalho e o fez com a sabedoria que lhe é peculiar. Levarei comigo, para além das necessárias reflexões convidativas ao longo dos encontros de orientação, o compromisso de respeito, liberdade intelectual e humildade que notabilizam a sua conduta para com todos. Meu muito obrigado, Professor!

Agradeço ao Professor Marlon Tomazette, que sempre foi admiravelmente preciso em todas as vezes que lhe procurei para intervir sobre algum aspecto da dissertação. Agradeço ao Professor Antônio Adonias Bastos por sempre ter sido um incentivador da realização deste mestrado e por contribuir com a minha formação acadêmica desde a graduação até hoje.

Agradeço à Escola de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) por toda a socialização do saber que caracterizou todas as aulas ministradas, bem como pela estrutura de apoio da instituição.

As progenitoras da minha vida. Aquelas que geram a geração. Obrigado, Dona Telma. Em tudo eu vejo a presença da senhora, mãe. Obrigado, Lú. Você me doou algo por demais precioso, o seu tempo. Em casa, o meu mouse sem fio era constantemente surrupiado por uma delinquência “infanto-neonatal”. Havia a necessidade de “emprender” criatividade para localizá-lo. Os destinos mais certos eram o cesto de roupa suja ou algum local no quarto dos fundos. Havia também uma disputa intergaláctica entre o moleque Ben e os seus 10 alienígenas contra o terrível Vilgax que eu necessitava intermediar. Ficava sempre a me perguntar se aquele “custo de transação” do tempo gasto comprometeria a pesquisa, mas havia uma “função social” a ser observada no contato diário com a prole. E, você, meu amor, sempre foi o meu maior exemplo de que tudo era possível.

Obrigado também a Dona Rose, não seria possível planejar os finais de semana de estudo e as viagens a Brasília sem que tivesse a certeza de que a retaguarda estivesse bem organizada. Obrigado a Paulinha e Pichula pela acolhida familiar em Brasília. A todos do escritório, meu muito obrigado!

E não poderia deixar de agradecer aos meus colegas do programa de pós-graduação do IDP. A família Morishitiana Tulus, Emilio, Kedina, Márcio. Aos amigos Fagner pela companhia, Cláudio pelos encontros da turma, a Júlia pelas conversas do tema de interesse em comum, ao bom humor da Dani, a simplicidade e simpatia do Waldir, entre tantas outras colegas que distinguem de uma forma tão especial essa turma.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a concretização dos objetivos específicos previstos no art. 47 da Lei 11.101/2005 (LREF) na realidade empírica após a sentença extintiva da recuperação judicial. Após discorrer sobre o pensamento metodológico sobre o qual se desenvolve o estudo, que vem a ser a teoria estruturante do direito aplicada ao direito concursal, passa-se a identificação do microsistema analítico da ação de recuperação judicial com a identificação dos contornos dos seus objetivos e princípios. Em seguida, busca-se a apresentar o âmbito da norma através dos dados da realidade econômica e social. A pesquisa investigou se os resultados encontrados na realidade estão em consonância com os objetivos previstos pela Lei 11.101/2005. Foram 98 (noventa e oito) decisões consideradas como de natureza de sentença de cumprimento do plano de recuperação para esta pesquisa e ficaram 148 CNPJ na amostragem final. Como resultado se observou que 62% não tiveram arquivamentos na junta comercial após a sentença de recuperação judicial ou quando arquivaram, fizeram informando o encerramento ou a falência da atividade. Evidenciou-se que 122 CNPJ informaram vínculos empregatícios no RAIS pelo menos em algum ano e somente 45 CNPJ possuíam informação de dados de vínculos empregatícios em todos os anos compreendidos, entre 2009 a 2018. Identificou-se ainda que 26% dos CNPJ consultados não possuíam negativções no Serasa, ao passo que 74% possuíam algum tipo de registro de pendência negativa nesse cadastro de restrição ao crédito. Dos 148 (cento e quarenta e oito) CNPJ consultados, apenas 92 (noventa e dois) casos possuíam efetivamente score calculado pelo Serasa, sendo: 69 (sessenta e nove) no score mínimo; 04 (quatro) no score médio e 19 (dezenove) no score mais alto.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Objetivos. Realidade empírica.

ABSTRACT

The present work has the purpose to analyze the specific objectives by law 11.101/2005 at the empirical reality after the finished of judicial reorganization. After discussing the methodological thinking on which the study is developed, which is the theory structuring of law applied to Empresarial law, the analytical microsystem of judicial reorganization action is identified with the identification of the outlines of its objectives and Principles. Then, it seeks to present the scope of the standard through data from the economic and social reality. The research investigated whether the results found in reality are in line with the objectives by law 11.101 / 2005. There were 98 (ninety-eight) decisions considered sentence of compliance with the recovery plan for this research and 148 CNPJ were left in the final sample. As a result, it was observed that 62% had no filings at the commercial board after the judicial reorganization sentence or has they did informing the closure or bankruptcy of the activity. It was evidenced that 122 CNPJ reported employment relationships to government at least in some year and only 45 CNPJ had information on employment relationships data in all years between 2009 and 2018. It was also identified that 26% of the consulted did not have negative results in Serasa, while 74% had negative pending record in this credit restriction record. About the 148 (one hundred and forty-eight) CNPJ consulted, only 92 (ninety-two) cases actually had a score calculated by Serasa, which are: 69 (sixty-nine) in the low score; 04 (four) in the medium score and 19 (nineteen) in the high score.

Keywords: Judicial Reorganization. Purpose. Empirical Reality

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Total de decisões extraídas do banco de sentenças do TJ/SP	96
Gráfico 2 - Total de sentenças extraídas do banco de sentenças do TJ/SP	97
Gráfico 3 - Total de 148 CNPJ consultados na JUCESP	101
Gráfico 4 - Total de 66 CNPJs com arquivamento após a sentença da RJ.....	101
Gráfico 5 - Total de 148 CNPJ consultados na RAIS	105
Gráfico 6 - Mediana de vínculos empregatícios após a sentença.....	106
Gráfico 7 - Mediana de vínculos empregatícios após a distribuição.....	106
Gráfico 8 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a sentença.....	107
Gráfico 9 - Mediana de vínculos empregatícios após a sentença (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período).....	108
Gráfico 10 - Mediana de vínculos empregatícios após a distribuição (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período).....	108
Gráfico 11 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a sentença (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)	109
Gráfico 12 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a distribuição (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)	109
Gráfico 13 - Quantidade de empresas com negativação após a sentença da RJ.....	112
Gráfico 14 - Conteúdo das negativações das empresas após a sentença da RJ.....	113
Gráfico 15 - Score Serasa.....	114

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

ABJ	Associação Brasileira de Jurimetria
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CNAE	Cadastro Nacional de Atividade Econômica
LREF	Lei de Recuperação de Empresa e Falência
NEPI	Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência
PUC/SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RAIS	Relatório Anual de Informações Sociais
TED	Teoria Estruturante do Direito
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PARADIGMA DO DIREITO DA PESQUISA	18
1.1 O <i>JUSNATURALISMO</i>	19
1.2 O <i>JUSPOSITIVISMO</i>	21
1.2.1 O juspositivismo normativista	22
1.2.2 O juspositivismo contemporâneo	24
1.3 O <i>PÓS-POSITIVISMO</i>	26
1.3.1 Texto legal e norma	28
1.3.2 Direito e realidade	31
1.3.3 Subsunção e concretização	33
1.3.4 Programa normativo e âmbito da norma	34
1.4 <i>DIFERENÇA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DE OUTRAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS</i>	35
1.5 A <i>TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO aplicada AO DIREITO PRIVADO EMPRESARIAL</i>	38
2 O PROGRAMA NORMATIVO	43
2.1 <i>SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR</i>	43
2.2 A <i>INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO</i>	47
2.3 <i>OS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	50
2.3.1 Viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor	54
2.3.2 Manutenção da fonte produtora	60
2.3.3 Manutenção do emprego dos trabalhadores	63
2.3.4 Interesse dos credores	66
2.3.5 Preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica	69
2.4 <i>OS MEIOS RECUPERATÓRIOS E O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	80
2.5 <i>ASSEMBLEIA DE CREDITORES E CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	83
2.6 A <i>SENTENÇA EXTINTIVA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	85
3 O ÂMBITO DA NORMA	89
3.1 <i>DIREITO E EMPIRISMO</i>	91
3.2 <i>RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA</i>	96
3.2.1 Manutenção da fonte produtora	99
3.2.2 Manutenção do emprego dos trabalhadores	104
3.2.3 Interesse dos credores	112
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	119
ANEXOS	129

APÊNDICES.....	130
APÊNDICE 1 – Listagem das 938 decisões extraídas do banco de sentença do TJ/SP.	130
APÊNDICE 2 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado da JUCESP.....	130
APÊNDICE 3 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado do RAIS.	130
APÊNDICE 4 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado do SERASA.	130

INTRODUÇÃO

O direito concursal é um fenômeno em constante evolução. Ao longo da história, moldou-se de tantas formas – seja por razões de ordem cultural, a exemplo de combater fraudes e comportamentos antiéticos, seja por motivos de crises econômicas –, que se permite dizer que os seus regramentos não são voltados para a perenidade.¹

Pairava sobre a extinta concordata a má fama de ser um instrumento de burla a serviço dos maus empresários.² Sucedeu-lhe, no direito brasileiro, a figura da ação de recuperação judicial, que permite ao Estado-Juiz fornecer um meio de preservação da atividade empresarial em crise econômico-financeira transitória.

Há uma preocupação, na doutrina³ e na jurisprudência,⁴ no sentido de adotar meios para evitar que a empresa inviável tenha em seu favor o processamento da recuperação judicial.⁵ A ideia é que a legislação falimentar permita a recuperação do negócio ainda recuperável e liquide, com rapidez, a atividade empresarial inviável.⁶

As análises sobre a insolvência empresarial, usualmente, concentram-se nas razões que provocaram a crise da econômica, financeira e patrimonial da atividade e seguem para a análise dos mecanismos formais previstos na legislação para superação desta crise.

¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 23.

² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. II. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 5.

³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 221. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 82.

⁴ “(...) 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 n. 11.101/05”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC 110250/DF**. (2ª Seção) Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010.

⁵ “(...) em muitas situações, descabe tentar a recuperação, não sendo conveniente para o interesse social. É que, não raro as vezes, um mau negócio, de grande porte, gerador de inúmeros empregos, mantém-se com base em financiamento público, obtido para tirar a atividade privada da crise. Outros interesses podem mantê-lo artificialmente em funcionamento, ora para benefício econômico de terceiros, ora por puro apelo populista”. SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 13.

⁶ “(...) o direito concursal pátrio deu largo salto e colocou-se dentro os mais modernos do mundo, respeitadas suas particularidades sociais, econômicas e políticas. Não se queira com isso chegar a conclusão de que a legislação vigente (Lei 11.101/2005) não comporte ajustes ou aprimoramento, mas, sem dúvida, é possível afirmar que o atual sistema concursal mostra-se apto a: (i) fornecer mecanismos e instrumentos eficientes de superação da crise-econômica financeira do empresário viável; (ii) retirar do mercado, celeremente, a empresa inviável, proporcionando a realocação do negócio no mercado, no todo ou em parte, sob nova gestão; e, ao mesmo tempo, (iii) criar condições de equilíbrio entre os interesses dos credores e a finalidade da preservação da empresa, expressa nos arts. 47 e 75 da Lei”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**: recuperação empresarial e falência. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 88.

No particular, esta pesquisa buscará inverter esse telescópio⁷ e investigará se os resultados encontrados na realidade estão em consonância com os objetivos previstos pela Lei 11.101/2005 – Lei de Recuperação de Empresa e Falência (LREF). Isto é, se as finalidades previstas pelo texto da lei foram devidamente concretizadas no mundo real pelas recuperandas que se submeteram ao processo e obtiveram a sentença extintiva da recuperação judicial.⁸

O objetivo básico, portanto, será investigar os efeitos identificados na atividade empresarial em si, após a sentença extintiva da recuperação judicial (art. 63 da lei), o que será feito mediante a apuração de dados da atividade da economia real.⁹

O objeto é delimitado pela sentença que põe fim ao processo de recuperação judicial na forma prevista no art. 63 da Lei 11.101/2005. A partir daí, busca-se responder se foram alcançados os objetivos específicos da manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e do interesse dos credores, eleitos no art. 47 da LREF como os bens jurídicos tutelados que promovem os princípios da preservação da empresa e sua função social.

A manutenção da fonte produtora será analisada pelos atos societários registrados na junta comercial; para a manutenção dos empregos formais, serão utilizados os dados coletados pelo denominado Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS);¹⁰ e, por fim, o interesse dos credores será concretizado pelo escore de adimplência das recuperandas constante dos serviços de informação de cadastro de crédito.

Alguns cenários poderão advir. A primeira hipótese é de que há evidências que permitam concluir que os objetivos declarados pela própria lei foram alcançados; uma segunda hipótese de que há evidências que permitam concluir que não foram alcançados; um terceiro cenário que tenha sido parcialmente atendidos os objetivos da lei, segundo as evidências dos

⁷ Tal como fez Marc Galanter em “*Why the haves come out ahead*”: “A maioria das análises do sistema jurídico começa pelo lado das regras e segue abaixo por meio dos aparatos institucionais para ver qual efeito elas têm sobre as partes. Eu gostaria de reverter esse procedimento e olhar através do outro lado do telescópio. Vamos refletir acerca dos diferentes tipos de partes e do efeito que essas diferenças podem ter no modo pelo qual o sistema funciona”. GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. Tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV - Direito SP, 2018, p. 45.

⁸ Na pesquisa realizada, identificou-se apenas duas dissertações com similaridade de objeto, quais sejam: ASSIS, Dione Valesca Xavier de. **Uma análise empírica sobre o processo de recuperação econômica pela via judicial adotado pelas sociedades empresárias**: a experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Rio de Janeiro, 2012; OLIVEIRA, Rafael Alves de. **Recuperação judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação judicial junto a 2ª 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**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁹ COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas**: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019, p. 30.

¹⁰ O RAIS é um importante instrumento instituído pelo decreto 76.900, de 23/12/1975, que permite obter informações sobre a atividade trabalhista sob o regime da consolidação das leis do trabalho. Esse relatório tem também a finalidade de servir à pesquisa e tomada de decisões governamentais, já que serve, por exemplo, como um censo anual do emprego formal no país.

casos analisados. E, por fim, uma quarta hipótese, uma ausência de dados (acessíveis ao público) que permita afirmar a impossibilidade atual de uma métrica a respeito da concretização dos objetivos do programa normativo.

Não é a pretensão desta pesquisa ser solução para todos os problemas enfrentados pela legislação falimentar. Antecipa-se, desde já, não há resposta única e solução definitiva para todas as dificuldades da ação de recuperação judicial, até porque, em ciência, o objetivo de pesquisa se renova constantemente.¹¹

Como toda questão complexa, dificilmente haverá superação dos problemas com um único fator isolado.¹² Reconhece-se a influência multifatorial que envolve o fenômeno da atividade empresarial em crise econômico-financeira aguda, sendo reconhecido que o insucesso ou não de uma determinada lei falimentar depende de variáveis econômicas, políticas e sociais.¹³

Os achados empíricos descritivos não resumem a pesquisa, mas são parte do todo no sentido de contextualizar e enriquecer a reflexão jurídica,¹⁴ que se dará dentro do paradigma do direito que supera o positivismo jurídico. A complexidade da atividade econômica atual e o direito empresarial com as suas texturas abertas estão a impor a concretização da norma jurídica somente no caso concreto, sendo relevante o método da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller.¹⁵

O primeiro capítulo abordará, portanto, o novo paradigma do direito a fim de estabelecer o pensamento metodológico que conduzirá a pesquisa, identificando o *locus* do termo pós-positivismo, especialmente para o direito empresarial.

Nesse novo paradigma do direito é que se destacarão a teoria e a metódica estruturantes do Direito. Será necessário esclarecer a diferença entre o que representa (“lugar da fala” e sobre

¹¹ POPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências naturais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Claudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

¹² “Então é preciso ter cautela, porque a solução jurídica da reorganização não existe para sanar todos os males, não resolverá todos os problemas. A recuperação judicial não se traduz na fórmula simplista da substituição da iniciativa privada pela atividade do juiz”. SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

¹³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 24.

¹⁴ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 41.

¹⁵ “A aplicação tópica do direito, que abre mão da dedução aparentemente lógica e visa o teor material e de problemas dos aspectos, portanto um sistema “aberto”, indaga necessariamente para além da norma e pretende desvelar assim a estrutura de cada interpretação, que se vê forçada a declarar como partes do direito positivo as descobertas não extraíveis das fontes formais mesmo quando alegadamente não abandona o quanto do teor “dado” da lei”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68.

“o quê” se fala)¹⁶ texto de lei e norma, além de programa e do âmbito normativos, para fins da concretização do Direito empresarial concursal em pleno século XXI.

O segundo capítulo abordará o programa normativo, que é um dos passos do processo de concretização, para estabelecer o significado dos artigos examinados, tais como os arts. 47, 50, 53 e 63, que compõem o microsistema analítico da recuperação judicial.

A abordagem iniciará com a interpretação histórica da evolução do direito falimentar e também considerará a interpretação gramatical e sistemática do texto da lei. A partir daí, alcançará, com precisão, os contornos dos objetivos e princípios que norteiam a lei de recuperação judicial.

Com a clareza sobre a moldura do programa normativo é que a pesquisa buscará, no capítulo terceiro, desenvolver o âmbito normativo. Isto é, os elementos econômicos, sociais e políticos que devem ser considerados para a concretização do programa normativo. A obtenção da descrição dos dados da realidade servirá para subsidiar o debate em torno da concretização dos objetivos da recuperação judicial.

O caráter científico dessa proposição está lastreado na possibilidade de sua *falsealidade*¹⁷ no caso concreto. A pergunta de pesquisa reúne a possibilidade de ser negada diante dos controles investigados (manutenção da atividade, dos empregos e interesse dos credores).

A fim de permitir simplificações úteis, o levantamento e a análise dos dados terão lugar na 1ª e 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da comarca de São Paulo. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) é o maior Tribunal estadual do país, sendo lícito considerar que as experiências observadas nestas varas servem de amostra¹⁸ válida para uma visão panorâmica da população das recuperações judiciais.

O TJ/SP possui varas especializadas de recuperação judicial e falência na capital, ainda que tais varas acumulem também a competência para dirimir os conflitos que envolvam a arbitragem.¹⁹

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

¹⁷ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 38.

¹⁸ “Amostras apenas permitem, em dadas circunstâncias, o conhecimento por aproximação de algumas características da população” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

¹⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Especialidade/Especialidad e/FalenciasRecuperacoesJudiciaisConflitos>. Acesso em: 30 mar. 2020.

O critério de utilizar o TJ/SP também se mostra atual porque, em 2019, foram 4.647 (quatro mil, seiscentos e quarenta e sete) casos novos ajuizados no país que escolheram “recuperação judicial” como classe atribuída ao processo, sendo 843 (oitocentos e quarenta e três) distribuídos ao Tribunal de Justiça paulista.²⁰ Isso significa dizer que quase 20% do total das ações distribuídas no país se concentraram em São Paulo, o que evidencia a sua importância e relevância para o tema.

O levantamento e a análise dos dados em São Paulo também leva em consideração a pesquisa promovida pelo Observatório da Insolvência,²¹ que é uma iniciativa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), quando foram coletados dados de 906 processos de recuperações judiciais distribuídas nas comarcas do Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017, entregando resultados importantes para a análise que se busca desenvolver.

A pesquisa de campo utilizará como parâmetro o banco de decisões das varas acima mencionadas, que tenham sido classificadas como sentença e que tenham sido prolatadas em ações que estejam na classe de recuperação judicial entre 28 de maio de 2010 a 06 de março de 2020.²²

Na mineração dos dados, será feito o levantamento quantitativo dos achados, quando se observará quantas ações de recuperação judicial foram extintas por cumprimento das obrigações previstas no plano, para a partir daí buscar a realidade da manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e do interesse dos credores.

Portanto, o estudo a ser desenvolvido não envolve só meios interpretativos, conceituais e dogmáticos. A realidade subjacente também compõe o conjunto do trabalho. O objetivo é explicar o fenômeno invocado diante dos resultados concretos do mundo real, de sorte que a pesquisa possa cumprir seu papel transformador.²³

²⁰ Veja em demandas por classe e assunto no módulo do Justiça em Números: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 18 out. 2020.

²¹ WAISBERG, Ivo. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. NUNES, Marcelo Guedes. CORRÊA, Fernando. Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório de Insolvência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 16, n. 2, p. 167-210, maio/ago. 2019.

²² “A concretude de um estudo advém da utilização de sistemas de coordenadas espaciais e temporais como parte do método de análise” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 154.

²³ Silva e Saito destacam a evolução da literatura, internacional e brasileira, e se ancoram em dados empíricos da Recuperação Judicial e Falência para, ao final, chamar a atenção para a necessidade de explorar mais estudos que objetivem identificar as variações exógenas e a relação de causa e efeito do sucesso ou não da legislação concursal brasileira: “Future research can explore the determinants of success and failure of companies that have emerged

1 O PARADIGMA DO DIREITO DA PESQUISA

Inicialmente, antes de adentrar no objeto específico da presente pesquisa, imperioso se faz estabelecer o paradigma do direito em que ela se desenvolverá. Em um trabalho científico, mostra-se adequado compreender a epistemologia e o método da produção do conhecimento.²⁴

O arcabouço teórico sobre o qual se estabelece determinado paradigma aceito pela comunidade científica tem relevância, sobretudo, para os períodos de normalidade da ciência. Como não se questiona os seus pressupostos, o trabalho da pesquisa científica pode evoluir na produção da ciência dentro deste paradigma até que sobrevenha uma ruptura com o surgimento de um novo paradigma.²⁵

Assim, para se buscar um maior rigor metodológico é que são estabelecidas as perspectivas da Teoria Estruturante do Direito (TED) de Friedrich Müller, que servirá de premissa ao pensamento jurídico empresarial concursal deste trabalho.

Pretende-se, pela técnica pós-positivista, demonstrar a aderência do objeto recuperação judicial à estruturação do método de concretização da norma (em lugar da subsunção). Esta técnica permite trazer, para dentro do processo, a subjetividade comum ao ato de decidir, especialmente em razão de previsões legislativas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

O direito empresarial busca previsibilidade e “calculabilidade”.²⁶ É seu dever se afastar do ambiente de tolerância à discricionariedade. A subjetividade invocada para dentro do processo propicia a transparência da tomada de decisão estatal, oportunizando o seu controle legal e constitucional pelos interessados.

from reorganizations (both in court and out of court). Papers that explore exogenous variations and indicate causal effects will also be extremely important, as the vast literature in the field is essentially descriptive.” SILVA, Vinicius Augusto Brunassi. SAITO, Richard. Corporate Financial Distress and Reorganization: A survey of theoretical and Empirical Contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo: v. 22, p. 401-420, 2020, p. 414. Em uma tradução livre: “Pesquisas futuras podem explorar os determinantes do sucesso e do fracasso de empresas que emergiram de reorganizações (judiciais e extrajudiciais). Artigos que explorem variações exógenas e indiquem efeitos causais também serão extremamente importantes, já que a vasta literatura na área é essencialmente descritiva”.

²⁴ Válida aqui a reflexão de Lenio Streck: “No caso, descrições são elementos que fazem parte de teorias representacionais. E isso não ocorre em um vazio paradigmático”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 166.

²⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 104.

²⁶ “A calculabilidade significa o estado ideal em que o cidadão pode saber como e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja surpreendido. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã”. ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 684.

Por intermédio da experiência pós-positivista, pretende-se estar em consonância com o plano da normatividade materialmente determinada,²⁷ sendo a metodologia empírica totalmente adequada à metódica estruturante do Direito.

Ressalva-se que não se pretende definir conceitos tampouco exaurir a discussão sobre os sistemas de direito contemporâneos, mas tão somente externar as premissas metodológicas indispensáveis ao objeto desta pesquisa.

Diante disso, passa-se a abordar a evolução dos paradigmas da ciência do direito.

1.1 O JUSNATURALISMO

O debate jurídico segue influenciado pelo paradigma jusnaturalista que continua a renascer.²⁸ Em largas linhas, o jusnaturalismo professava a existência de um direito natural que antecederia e validaria o direito posto pelo homem.

A licitude do direito concebido pelo homem (direito positivo) não poderia estar em conflito com a ideia de um direito natural (para os gregos, um direito cosmológico e, já na época da idade média, um fundamento teológico – Deus),²⁹ pois, caso contrário, seria uma ordem não justa e, portanto, não direito.³⁰

Essa doutrina do Direito Natural por meio de uma ideia metafísica de justiça (Mundo, Deus, Homem) começa a encontrar a “revolução copernicana” em Kant, com a passagem de um conhecimento metafísico para uma metafísica do conhecimento.³¹ Com isso, apenas a coisa em si, o Direito, a Lei, deveria ser objeto da reflexão, já que a experiência humana seria incapaz de capturar a metafísica sobre uma ordem de valores (tal como o justo e o injusto) universalmente preconcebido como válido.³²

²⁷ “Normatividade é a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada).” CHRISTENSEN, Ralph. apud MÜLLER, Friedrich, 2013, p. 206.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016, p. 217.

²⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 78.

³⁰ “Poderíamos definir essa corrente de pensamento jurídico como aquela segundo a qual uma lei, para ser lei, deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis* [não é lei, mas corrupção da lei]”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 54.

³¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 334-337.

³² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 56.

Com a concepção iluminista de que as categorias estão no entendimento, começa a nascer o positivismo jurídico.

Apesar disso, cunhou-se também de “neojusnaturalismo” a utilização de um conteúdo axiológico de valores e eticidade que serviria para, eventualmente, considerar não direito uma lei positiva. Nas palavras de Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira:

Nessa medida, Castanheira Neves afirma que, com Radbruch começa a ter expressão algo que podemos nomear como “neojusnaturalismo”, só que não mais cosmológico; teológico; ou psicológico (que, como vimos, foram destruídos pela crítica kantiana), mas, sim, axiológico, fundado na leitura neokantiana da razão pura prática da escola de Baden. Desse modo, temos um direito fundado a priori não no cosmos, nem na vontade de Deus, nem na universalidade da razão, mas, simplesmente, na própria essência objetiva dos valores.³³

O afigurado “jusnaturalismo”, seja ele o que se traduz na doutrina do direito natural divino ou cosmológico, seja ele o contemporâneo, não está apto a servir de paradigma para o direito empresarial atual, diante do voluntarismo e da discricionariedade que ele carrega em si.

É descabido cogitar de um elemento superior que seria capaz de revelar aos comerciantes, empresários e, em última instância, aos homens o que seria justo ou injusto, lícito ou ilícito. Ainda que isso ocorra pela reconstituição de uma teoria axiológica com base na essência dos valores,³⁴ não há como conceber esse paradigma para o direito empresarial sem que seja permitido conhecer e controlar a motivação explícita para fundamentar a decisão dessa hierarquia de valores.

³³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 345.

³⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 345.

1.2 O JUSPOSITIVISMO

O positivismo jurídico (juspositivismo) nasce no final do século XVIII e consolida-se no século XIX. O jusnaturalismo perdeu espaço nesse ambiente histórico, não só com Kant, que propugnava pela separação entre direito e moral, sendo objeto do Direito apenas o fato social produzido pelo homem, como também à medida que se intensificava o positivismo científico, que não se confunde com o positivismo jurídico.

O positivismo científico de Auguste Comte repudiava o metafísico ou teológico. A proposta metodológica era a observação e o empirismo para descobrimento de uma verdade científica, tal como ocorria, com sucesso, nas ciências naturais.

Streck assim sintetiza:

Assim, a garantia de um conhecimento verdadeiro passou a ser assegurada pela Razão por intermédio do método (científico). A verdade tornou-se somente aquilo que poderia ser comprovado num processo empírico de observação e experimentação. Neste cenário, o jusnaturalismo começou a perder força, já que era entendido como uma concepção idealista, não baseada em fatos empiricamente observáveis e que, por isso, gerava incertezas no fazer jurídico.³⁵

O juspositivismo clássico/formalista, na sua formulação original (positivismo exegético francês, jurisprudência dos conceitos alemã e jurisprudência analítica inglesa),³⁶ admite que o direito é um fato social estabelecido por uma autoridade humana legitimada.

A principal característica do juspositivismo é a de negar a postura jusnaturalista, o que faz com a separação do direito e da moral.³⁷

O positivismo jurídico, compreendendo o direito como regulamentação social produzida pelo homem, que independe de qualquer atributo metafísico, desenvolveu uma metodologia própria, que tem por objeto a norma. Daí porque o positivismo considera o direito como um sistema de compatibilidade de normas,³⁸ no qual é exigida a coerência entre elas, ou mesmo o estabelecimento de critérios para a invalidade de uma ou de ambas em caso de conflito, formando assim o ordenamento jurídico.

Esse é o positivismo legalista (escola exegética), para qual o direito e a lei são a mesma coisa. É a época do “Juiz boca da lei”, na qual não se admitem análises semânticas (o sentido

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 166-167.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

³⁷ “Assim, o juspositivismo procurará definir o direito a partir de uma separação com relação à moral. Esse é outro ponto que o distingue em absoluto das posturas jusnaturalistas: nelas, o direito é vinculado à moral”. ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 81.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 84.

do conceito em relação ao objeto) ou pragmáticas do caso (o uso prático da linguagem), restando apenas o juízo em nível sintático (o conceito em si mesmo), relacionando o decidir a uma lógica-formal.³⁹

A escola legalista do positivismo, ao repudiar a interpretação e se fixar na exclusividade da sintaxe, mostra-se inadequada para servir de resposta à complexidade das variadas relações jurídicas de direito material que o direito concursal evidencia na realidade atual.

É dizer, apenas a sintaxe do texto constitucional de que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa é insuficiente para dirimir as controvérsias que se evidenciam na concretização do direito concursal. A lógica-formal não serve como técnica para resolver a multiplicidade dos conflitos existentes no ambiente do direito empresarial falimentar.

O juspositivismo clássico deu origem a movimentos contrários, a exemplo da escola do direito livre e da jurisprudência dos interesses,⁴⁰ que buscavam se libertar dos limites que restringiam o direito à análise sintática da lei. Nesse caminho, para combater esse cenário é que surge o positivismo normativista, que tem como maiores expoentes Hans Kelsen e Herbert Hart.

1.2.1 O juspositivismo normativista

O ponto em comum a todas as formas de positivismo jurídico é o seu caráter descritivo e de adequação a um sistema de normas.

Kelsen é o primeiro positivista pós-exegético. Na metade do século XX, após as grandes codificações não terem sido suficientes para eximir as incertezas do direito,⁴¹ o juspositivismo

³⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 352.

⁴⁰ “É possível dizer que cada um dos “positivismos nacionais” teve sua antítese: na França, contra o exegetismo surge o movimento do Direito Livre; no *common law*, contra a jurisprudência analítica surge o realismo norte-americano e escandinavo; na Alemanha, contra a jurisprudência dos conceitos surge a jurisprudência dos interesses. Aliás, com Losano é possível afirmar que o chamado movimento do Direito Livre se encontra na raiz de todas essas posturas teóricas que tinham como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 110.

⁴¹ “Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 1930 e 1940 – e, também, a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

normativista de Kelsen professa a separação da ciência do Direito do próprio Direito⁴² e, por consequência, é a ciência do Direito que é afastada da moral.⁴³

Dessa forma, Kelsen inaugura o juspositivismo normativista, porque ele desloca a preocupação do juspositivismo para a esfera descritiva do direito (atividade legislativa). Ele não se preocupa com a concretização do direito em si. É relevante para o positivismo Kelseniano conhecer a validade lógica das proposições jurídicas.⁴⁴

A preocupação é que se possa atribuir uma sistematicidade unitária à ciência do Direito. Desse sistema de normas é que se permitirá extrair uma coercibilidade isenta de contradições. Lenio Streck esclarece a hierarquia das normas até chegar à norma fundamental:

A validade da norma advém, então, de uma norma superior, e esta por sua vez de outra norma ainda mais superior. Para não terminar em um regresso *ad infinitum*, Kelsen apresenta a norma fundamental (*Grundnorm*), isto é, um pressuposto lógico-transcendental para dar validade a todo sistema jurídico.⁴⁵

Essa separação entre a ciência do Direito e o Direito, formulada em Kelsen, tem razão de ser porque o próprio Kelsen, diferentemente do que muitas vezes o senso comum propaga,⁴⁶ reconhece como inevitável ao ato de julgar da autoridade jurídica um certo subjetivismo (moral, político, ideológico e de influência externa ao Direito).

É falso, portanto, admitir que Kelsen concebia a aplicação pelo Estado-Juiz da letra “fria” da lei. Já em Kelsen, nesse segundo momento do juspositivismo, é reconhecido que julgar é um ato de vontade que se mostra inseparável, inclusive, de elementos não normativos, como critérios morais.

Após Kelsen, é Herbert Hart o positivista mais bem conceituado, eleito por Dworkin como quem estabeleceu a teoria mais sofisticada do positivismo.⁴⁷ Hart professa a ideia da “regra de conhecimento” para admitir que o Direito tem validade em razão de um elemento

⁴² “é preciso insistir em um ponto: em Kelsen, há uma cisão entre Direito e ciência do Direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

⁴³ “Kelsen não separa Direito e moral. Para ele, a Ciência do Direito é que deve estar liberta de qualquer conteúdo moral”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 178.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 80.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 162.

⁴⁶ “Dessa forma, Kelsen jamais pregou a vinculação do Juiz à “literalidade da lei” conforme sustenta o senso comum teórico dos juristas”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

⁴⁷ “Denominarei essa teoria, com alguma imprecisão histórica, de “positivismo jurídico”. Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

convencional (reconhecido pela comunidade). Diferencia-se assim do elemento de ficção transcendental da norma fundamental de Kelsen.

Não é qualquer conteúdo que pode vir a ser tido como norma fundamental, já que a validade do Direito está dentro de um mundo real e concreto. E, considerando que o Direito, enquanto linguagem, possuiria “texturas abertas”, os juízes nos chamados “*hard cases*” poderiam agir com discricionariedade,⁴⁸ embora as previsões jurídicas busquem limitar essa atuação subjetiva. Por isso, Hart é considerado um positivista moderado.⁴⁹

Mesmo em Hart ou em Kelsen, o positivismo normativista, ao reconhecer uma função quase que legislativa do julgador no caso concreto, não se mostra adequado para o desenvolvimento da aplicação do direito empresarial moderno com a segurança jurídica que dele se espera. O ato de decidir imerso em um âmbito de voluntarismo e discricionariedade é indesejado pelo desenvolvimento econômico e social.

Contemporaneamente, o positivismo se encontra envolto por fortes críticas. A premissa de afastamento entre o Direito e a moral, de um lado, e o Poder Judiciário admitindo o sistema de normas a contemplar regras e princípios com fortes valores morais, de outro, rendem espaço, na atualidade, para a controvérsia sobre a disfuncionalidade entre a teoria e a prática.

Assim, duas vertentes do positivismo moderno precisam ser melhor abordadas.

1.2.2 O juspositivismo contemporâneo

Envoltos em críticas, sobretudo aquelas provenientes da visão Dworkiana,⁵⁰ os pensadores positivistas se dividiram em exclusivistas e inclusivistas. Ambos comungam da separação entre Direito e moral, todavia diferenciam-se pela intensidade de tal distinção.

Para Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira, a diferença reside na admissão ou não de critérios morais para a validade do Direito:

⁴⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 190.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 179.

⁵⁰ “O positivismo contemporâneo tem um ponto de partida comum: Ronald Dworkin”. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 98.

A doutrina enquadra como positivista exclusivistas aqueles autores que negam a possibilidade de a regra de conhecimento incorporar critérios morais, ou seja, rechaçam a possibilidade de critérios morais constituírem fundamento de validade do direito. Positivistas inclusivistas, por outro lado, admitem que seja possível (mas não necessário ou devido) que a regra de reconhecimento de um ou outro sistema jurídico se valha de critérios morais para identificar as normas que integram o ordenamento.⁵¹

A referência do positivismo exclusivista é Joseph Raz,⁵² para quem os princípios não são atribuídos de caráter jurídico, logo não podem vincular e servir de regra de conhecimento de validade para o Direito.

Aqui se encontra uma separação radical entre Direito e moral, inadmitindo espaço para a discricionariedade no que se refere ao ordenamento jurídico. Entretanto, considerando que, na prática judicial, o juiz encontra limites, este pode se valer de critérios pessoais e subjetivos (e, portanto, morais e políticos) no momento da aplicação do Direito.

Já o positivismo inclusivista encontra em Wilfrid Waluchow e Jules Coleman argumentos para defender que princípios morais podem ser considerados jurídicos, desde que convencionalmente aceitos, quando, então, validam-se como regras jurídicas *lato sensu* dentro de um sistema de Direito.

O juspositivismo contemporâneo, especialmente o exclusivista, ao não reconhecer a força das estruturas normativas dos princípios, enfraquece a aplicação e a aderência do ordenamento jurídico ao caso concreto, sobretudo diante da complexidade e da evolução das relações jurídicas que o mundo atual apresenta, no particular no Direito empresarial.

Apesar de a proposta inclusivista conseguir entregar uma teoria mais condizente com o Direito empresarial moderno, em que se verificam decisões de casos concretos com base em estrutura principiológica, vale-se das palavras de Streck para demonstrar a relevância do novo paradigma do direito frente ao positivismo, quando diz que “a resposta do positivismo pode ser metodologicamente correta. Mas a teoria do Direito não se resume ao debate metodológico”.⁵³ E assim conclui que “é preciso reconhecer que uma teoria do Direito só faz sentido hoje como teoria interpretativa”.⁵⁴

Portanto, hodiernamente, revela-se insatisfatório que o paradigma do direito se ocupe da ciência do Direito em si, concebendo uma metodologia de pureza que leve a uma ideia de

⁵¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 85.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 197.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51.

sistematização das suas proposições, mas que, de outro lado, não se ocupe de prover meios de técnicas que se preocupem com o direito como ele é.

Nessa perspectiva de transição do Direito,⁵⁵ de uma ciência puramente dogmática, que permitiria extrair soluções derivadas de um conjunto de axiomas conceituais, para o Direito que pretende a sua concretização na realidade empírica, é que tem lugar se falar em pós-positivismo.

Pretende-se caminhar por etapas na aplicação da metódica estruturante do direito ao objeto da legislação falimentar/recuperacional. Isto é, iniciar pela linguagem do texto da lei, reconhecendo seus conflitos e lacunas, para depois se valer dos dados extralinguísticos do recorte da realidade.

A concretização do Direito deve ser transparente e capaz de ser controlável em cada uma das suas etapas, conferindo mais segurança jurídica e um maior alinhamento com as promessas do Estado Democrático de Direito.

Daí porque se mostra relevante apresentar o novo paradigma do Direito, revelado no pós-positivismo de Friedrich Müller, para o desenvolvimento do objeto desta pesquisa, que envolve a vivacidade própria do direito empresarial concursal.

1.3 O PÓS-POSITIVISMO

A utilidade de abordar, de forma sucinta, a evolução das perspectivas dos paradigmas do Direito não tem por objetivo aprofundar as discussões sobre as suas variadas correntes. O mote é ter uma visão panorâmica e resumida das várias transformações do pensamento até chegar ao pós-positivismo.⁵⁶ Este é o referencial teórico que servirá de teoria e método da produção do conhecimento aqui proposto.

⁵⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁶ “Daí a importância do estudo desse debate pra a compreensão dos dilemas teóricos contemporâneos e eleição consciente do pós-positivismo, é necessário demonstrar que o positivismo contemporâneo não consegue responder de forma satisfatória a todas as críticas opostas à teoria positivista”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

A utilização pioneira do termo “pós-positivismo” se atribui a Friedrich Müller.⁵⁷ Desde a metade do século XX, Müller demonstrava preocupação com a insuficiência do paradigma positivista como fonte de fundamentação passível de responder à complexidade com que o Direito se apresenta.⁵⁸

No Brasil, o responsável pela introdução da sua obra foi Paulo Bonavides,⁵⁹ que passou a se referir ao método concretista de Müller para o direito constitucional.⁶⁰

A Teoria Estruturante do Direito de Müller influencia substancialmente aqueles que identificam a insuficiência do sistema de normas positivistas para reger a interação social e econômica da sociedade em pleno século XXI.

Reconhece-se a necessidade de uma ruptura⁶¹ com esse paradigma do direito. Mas essa quebra se dá de forma respeitosa. Nas palavras de Friedrich Müller:

A Teoria Estruturante do Direito é intencionalmente impura. Ela se despede paradigmaticamente de Kelsen. Mas, como disse, é uma despedida com respeito. Isso se expressa também simbolicamente: A primeira edição da Teoria Estruturante do Direito foi publicada em Berlim, em 1984 – portanto, exatamente 50 anos depois da primeira edição da Teoria Pura do Direito. Isso não foi uma coincidência – eu quis que fosse assim para, através desse símbolo, render a minha reverência a Kelsen.⁶²

⁵⁷ “Na realidade, deve-se a Friedrich Müller a elaboração própria do termo – pós-positivismo – que remonta a sua metódica estruturante do direito, constando o termo já na primeira edição de seu *Juristische Methodik* em 1971”. ABBoud, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2014. [Livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875918/anchor/a-102875918>. Acesso em: 20 abr. 2020; e também “No direito, um dos primeiros a usar esse termo foi Friedrich Müller em sua obra *Metódica Jurídica (Juristische Methodik)*, de 1971”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 211.

⁵⁸ “A ciência jurídica se descobre em situação particularmente embaraçada quanto ao seu objeto”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

⁵⁹ “É nesse momento que Bonavides introduziu as importantes formulações teóricas de Friedrich Müller no ambiente acadêmico brasileiro”. STRECK, Lenio Luiz. A questão interpretativa que permeia a relação texto e norma. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 125. E também “No Brasil ela foi saudada imediatamente após a publicação da 1ª edição da “Teoria Estruturante do Direito” (1984) por Paulo Bonavides, decano da Ciência Jurídica e Política como “um monumento de saber jurídico” (Revista de Direito Constitucional e Ciência Política)”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 12.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 514.

⁶¹ “Desse modo, para a CHD o pós-positivismo (ou, se quisermos, não positivismo) é um movimento de ruptura que somente é possível quando as bases filosóficas são substituídas”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 217.

⁶² MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

A influência da “impureza” da realidade prática na obra de Müller, que vai refletir na sua noção de norma jurídica composta, é destacada por Lênio Streck, quando diz que se amplia o método para incluir o elemento empírico:

É nesse sentido que a “Metódica Jurídica” de Müller se constitui como uma teoria da práxis, assumindo uma compreensão mais ampla de método, já que a interpretação passa a levar em consideração certos aspectos materiais completamente desconsiderados no passado. A partir dessa nova posição teórica, a normatividade deixa de ser analisada como uma virtude da codificação e passa a ser vista como resultado de um processo real de construção. Com isso, a dualidade do ser e do dever-ser, mantida pelo positivismo kelseniano, perde a razão de sua existência, e a norma jurídica passa a ser considerada enquanto uma noção composta, ficando impossibilitada a existência de um dever-ser puro, como estava presente na Teoria Pura do Direito.⁶³

A superação do paradigma positivista não quer dizer que ignorar, subjetiva e discricionariamente, os termos da lei seria uma atitude pós-positivista,⁶⁴ especialmente em tempos de Estado Democrático de Direito. No paradigma pós-positivista, não se pode ignorar e deixar de reconhecer o valor do texto jurídico.

As principais características do pós-positivismo de Friedrich Müller, que permitem concluir por ser o paradigma do Direito mais adequado para o objeto empresarial concursal, serão explicitadas nos itens seguintes.

1.3.1 Texto legal e norma

O positivismo jurídico confunde a norma jurídica com o texto da norma posta na codificação. Já no pós-positivismo, o texto da lei não é a norma jurídica propriamente dita. Esta só irá ser extraída a partir da interpretação/compreensão dos elementos da linguagem do

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. A questão interpretativa que permeia a relação texto e norma. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126.

⁶⁴ “É preciso compreender que não estamos mais no século XIX. Em tempos de democracia, a legislação construída na esfera pública deve receber a aplicação plena do intérprete. É desejável que, no Estado Democrático de Direito, a legalidade seja cumprida, como bem diz Elias Dias (2009). Portanto, cumprir a lei não quer dizer “positivismo”, necessariamente. Tampouco descumprir a lei quer dizer “pós-positivismo” ou “não-positivismo”. Obedecer aos limites e as dimensões textuais da legislação democraticamente construída (ou constitucionalmente recepcionada) de maneira alguma pode ser equivalente ao positivismo clássico-legalista. Também não significa automática adesão a uma forma de positivismo pós-hartiano. Há que se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade constituída a partir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar. Isso significa que “cumprir a letra da lei”, nos marcos de um regime democrático, na grande maioria dos casos passa a ser um avanço considerável”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 221.

enunciado da lei, acrescidos aos dados da realidade que envolvem o dispositivo legal. Por isso, Müller diz que o texto legal do enunciado é apenas o “dado de entrada/input”.⁶⁵

Essa é uma distinção fundamental para compreender a diferença entre os paradigmas positivista e pós-positivista na forma estabelecida pela Teoria Estruturante do Direito.

Diferentemente da pureza da ciência do Direito profetizada no positivismo, Friedrich Müller nos ensina que a teoria estruturante do direito é essencialmente impura,⁶⁶ porque, justamente, o texto de lei não contém a norma jurídica, muito embora deva partir do enunciado a interpretação⁶⁷ e se imiscuir com os dados extralinguísticos da realidade.

É dizer, para o direito empresarial brasileiro, não basta tão somente reconhecer a existência do texto do princípio constitucional explícito da livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*). A norma jurídica só será construída no exemplo prático (ou ainda hipotético) quando conhecidos os demais elementos da realidade que permitam a colmatação dessa textura inicial da livre iniciativa ao lado do valor social do trabalho, da defesa do consumidor, do meio ambiente, entre outros princípios constitucionais.⁶⁸

Para Paula Forgioni, os enunciados constitucionais da ordem econômica brasileira são só a primeira forma que moldará o mercado.⁶⁹

⁶⁵ “O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

⁶⁶ “Onde Kelsen acreditou ter de encerrar o seu trabalho, este apenas começa para uma teoria decididamente “impura” aos olhos da teoria pura do direito”. CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. *In*: MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

⁶⁷ “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual buscamos as normas contida nas disposições. Do quê diremos ser – a interpretação – atividade que se presta a transformar disposições (texto, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete”. GRAUS, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 40.

⁶⁸ “Quando a Constituição Federal prescreve, como modo de produção, o fundado na liberdade da iniciativa, ela não está disciplinando a realidade econômica unicamente focada nos interesses dos empresários. Pelo contrário, a norma constitucional que define a liberdade de iniciativa como um dos elementos fundamentais da ordem econômica (ao lado da valorização do trabalho, proteção do meio ambiente, desenvolvimento regional etc.) tutela interesse de toda a sociedade.” COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁶⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 147.

O texto do dispositivo legal, em um Estado Democrático de Direito, é um dado absolutamente relevante e que deve servir de parâmetro de obstáculo à construção arbitrária e discricionária de quem quer que seja na formulação da norma jurídica para o caso concreto.⁷⁰

O resultado construído deve partir do texto do respectivo enunciado legal e com ele não poderá se mostrar incompatível. Se, de um lado, não há uma completa divisão entre texto e norma, igualmente não há uma identidade, o que, se ocorresse, permitiria ora uma postura subjetiva própria das teorias axiológicas da interpretação, ora uma subsunção formalista de cunho objetivista.⁷¹

Para Lenio Streck, texto legal e norma jurídica não podem ser compreendidos isoladamente, fundamentalmente por causa da diferença ontológica da metafísica do ser que tem origem no giro linguístico na fenomenologia hermenêutica.⁷²

Buscando ilustrar o que aqui está sendo dito, reproduz-se o exemplo utilizado pelo jurista para colaborar com a compreensão de que as palavras não possuem sentido em si, mas tão somente em sua teorização no caso concreto (ainda que hipotético):

Se há uma lei que proíbe que se levem cães na plataforma do trem, a pergunta que se põe é: seria possível levar um urso? Afinal, apenas os cães estão proibidos... O que não é proibido está permitido... Ocorre que a palavra “cães” não esgota o sentido da regra. Neste caso, a partir da reconstrução da história institucional do direito pelo “método hermenêutico”, chega-se à conclusão de que, onde está escrito cães, deve-se ler “animais perigosos”, isto é, os animais que podem colocar em risco os passageiros.⁷³

Também no círculo hermenêutico do direito empresarial se impõe a concomitância entre a compreensão e a interpretação. Não há que se falar em, inicialmente, compreender o que seria “livre iniciativa” para depois aplicá-la; compreende-se e interpreta-se, aplicando-a, sobrepondo-se como sendo uma só ação.

Portanto, o texto da lei é apenas o início do trabalho de compreender e aplicar.

⁷⁰ “Esse ponto da Teoria Estruturante é fundamental para demonstrar que a importância dada à prescrição literal busca impossibilitar que a atividade produtora da norma jurídica possa sempre ser socorrida por elementos discricionários ou arbitrários”. ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2014. [Livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875918/anchor/a-102875918>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁷¹ “Daí minha insistência no sentido de que entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teoria axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. A questão interpretativa que permeia a relação texto e norma. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as Constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130.

A norma jurídica, por sua vez, além dos textos legais, compreende as circunstâncias históricas, econômicas, temporais e sociais que envolvem os enunciados legais. Então, como dito, o texto legal não contém a norma jurídica, é a norma jurídica que contém o texto legal e também outros aspectos materiais indissociáveis para a sua concretização no caso real (ainda que em estudo fundado em hipóteses).

De acordo com essas premissas, a orientação metodológica que se extrai daí, diferenciando-se positivismo de pós-positivismo, é de que a prescrição literal da lei (texto) vai dizer sobre o programa da norma, sendo que a norma jurídica somente se revelará quando da sua concretização com o âmbito da norma.

Nasce aí, do pressuposto fundamental de diferenciação de texto de lei e norma jurídica, a pertinência da Teoria Estruturante do Direito aplicada ao direito empresarial. Ao objeto concursal é imprescindível a noção da norma jurídica composta, que possua os contornos iniciais do texto da lei, mas que também leve em consideração para a sua formação os dados da realidade empírica.

1.3.2 Direito e realidade

O positivismo jurídico compreende uma cisão entre ciência do Direito e o próprio Direito, o que lhe permite separar formalmente a ciência da realidade. O objetivo é tornar pura (não influenciada) a ciência do Direito (e não o Direito).

O positivismo, então, pressupõe uma teoria normativa da estrutura formal do sistema de normas do Direito. Reside aí a tentativa de separação entre Direito e moral. Contudo, admite-se, na prática judiciária, a utilização de critérios morais (discrecionabilidade) para resoluções de casos concretos “não regulados” pelo Direito diante das suas lacunas e omissões.

Para o pós-positivismo jurídico da Teoria Estruturante do Direito, não há racionalidade na metódica conhecida como “ser e deve ser”.⁷⁴ O raciocínio jurídico no método pós-positivista permite apenas um juízo único e não separatista, através do qual direito e realidade estão unidos e agregados para fins da construção da norma jurídica (ainda que para apresentar análises hipotéticas).

⁷⁴ “Enquanto uma teoria da (norma) jurídica não incluir inteiramente na investigação da estrutura da norma a estrutura da ‘coisa’ normatizada, a norma no fundo sempre confrontar-se-á ao ‘ser’ como um ‘dever ser’; será concebida como uma estrutura autônoma e independente da realidade, uma estrutura que está em conexão com a realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico, mas que, em suas especificidades, e bem assim para os problemas metódicos, permanece em aberto”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 105.

O positivismo busca consagrar, antecipadamente, a fixação de definições (paradoxalmente esvaziadas), o que seria o mesmo de dizer “conceitos sem coisas”. Para a Teoria Estruturante do Direito, a “normatividade” é temporalmente dinâmica,⁷⁵ pelo que só faz sentido preencher os significados jurídicos com base na realidade.

Observe-se. Não há como dizer (*ex ante*) o que seria o princípio implícito da função social da empresa, que, por sua vez, é corolário do princípio constitucional explícito da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e 170, III, da CF).

Na dinâmica social-econômica do século XXI, é insuficiente dizer que restaria preenchido o princípio da função social da empresa na recuperação judicial porque a recuperanda, de modo genérico, busca manter a fonte produtora, manter os empregos e pagar suas dívidas.

Primeiro, porque dizer só isso seria desqualificar, no sentido de reduzir, a concepção de função social.⁷⁶ É inerente à atividade empresarial o princípio do risco do negócio,⁷⁷ ou seja, é essencial ao desenvolvimento da iniciativa privada o dever obrigacional, por conta e risco de quem se aventurou na dinâmica empresarial, de assumir o pagamento dos salários e das relações comerciais que contraiu, independentemente da sorte do seu negócio.

Afirmar, portanto, que a função social da empresa se revela no cumprimento de deveres básicos e indissociáveis do agir empresarialmente é ficar preso – e dependente – ao conceito em si no caminho da construção do Direito.

Somente os dados da realidade, aliados ao programa normativo, permitirão concluir pela concretização da concepção de função social no caso concreto, especialmente em uma ação de recuperação judicial. Dada a complexidade de interesses envolvidos, justifica-se o cabimento da Teoria Estruturante do Direito como substrato metodológico do direito empresarial concursal, que necessitará também dos dados empíricos da realidade.

⁷⁵ O que nos recorda a lição do jurista Miguel Reale: “o direito deve ser estável sem ser estático, deve ser dinâmico sem ser frenético” citado no Prefácio de Inocêncio Mártires Coelho em PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁷⁶ ALVISI, Edson. **A intervenção judicial na empresa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 25.

⁷⁷ “Esse princípio embasa, também, o instituto da recuperação judicial. Sempre que um empresário lança mão deste recurso, é inevitável que seus credores e toda a coletividade suportem os respectivos “custos”. Os credores suportam-nos diretamente, na medida em que o plano de reorganização estabeleça redução do seu crédito ou dilação do prazo de pagamentos. A coletividade suporta os “custos” indiretamente, porque os empresários em geral, para se preservarem das consequências da recuperação judicial de alguns de seus devedores, com o tempo, passam a crescer aos preços de seus produtos ou serviço uma taxa de risco associada a esta eventualidade. Ora, só tem sentido racional, econômico, moral e jurídico impor aos credores, num primeiro momento, e à coletividade, em seguida, tais “custos”, na medida em que, sendo o risco inerente a qualquer empreendimento, não se pode imputar exclusivamente ao empresário a responsabilidade pelas crises da empresa”. COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

No paradigma pós-positivista, a teoria da norma não pressupõe a diferenciação entre o fato e o direito (como ocorre para o positivista). O texto da lei em abstrato, por si só, não é capaz de converter em definições conceituais o universo complexo que se tornaram as relações de direito material em pleno século XXI. Só no campo da realidade do caso concreto (ainda que em juízos de análises hipotéticas) se efetivará a construção da norma jurídica.

Uma metódica pós-positivista aplicada ao direito empresarial deve enfrentar a realidade para aproximar a complexidade de interesses que envolvem o direito concursal atual à sua linguagem (texto).

A compreensão do fenômeno jurídico ocorre diante da prática social. E tal constatação se mostra, cada vez mais, indispensável ao campo de estudos do direito empresarial. Reside aí, também, a decisão metodológica da teoria estruturante do Direito para o desenvolvimento do objeto concursal.

1.3.3 Subsunção e concretização

A orientação positivista da separação do ser e dever-ser, dissociando direito e realidade, implica a utilização de uma lógica silogística. É o caso da técnica da subsunção do tipo legal à hipótese de incidência, tendo a lei como um dado antecipadamente construído.

No pós-positivismo, a subsunção não tem mais espaço como técnica de resolução dos conflitos. Não há como se cogitar da existência da norma jurídica somente com a interpretação dos dados linguísticos.

A tarefa do pós-positivismo, em questão de método, é realizar a concretização⁷⁸ da norma jurídica somente no caso concreto, a partir do ponto de partida do texto da lei que formará o programa normativo juntamente com os precedentes da matéria, súmulas vinculantes e as outras fontes de direito normativo já transformadas em linguagem.

Todas as novas e repetidas vezes que um texto legal for envolvido para resolução de um determinado caso concreto, será necessário fazer a concretização por etapas

⁷⁸ “Este vocábulo – concretização – pode ser utilizado num *sentido amplo* para incluir todos os procedimentos de trabalho: legislação, administração, governo, tribunais, política do direito, ciência jurídica, incluindo mesmo o acatamento a observância das normas. Num *sentido estrito*, a concretização da constituição – das normas constitucionais – é tarefa de *produzir* ou *construir uma norma jurídica geral* para resolver casos de direito. A “produção da norma” e o “concretizar a norma” é, assim, um procedimento de mediação que implica designadamente a *interpretação do texto da norma* e a *análise do âmbito da norma*, ou seja, os dados normativamente relevantes”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 256-257.

(programa + âmbito) para a criação da norma jurídica para aquela específica disputa. Nesse caminhar, não há mais como conceber o exercício do método da subsunção.

O direito empresarial, concebido como prática social, visto no paradigma pós-positivista, impede que o fenômeno jurídico seja considerado como um dado do passado (vontade do legislador ou espírito da lei) e que só precise de um ato mecânico e automático de silogismo para o encaixe da roupagem legal. Explica-se. Não é possível existir uma definição abstrata e pré-concebida do dever de preservação da empresa para ser utilizada em todos os casos futuros.

A exigência da superação do modelo de subsunção, para o direito empresarial, ocorre porque essa técnica se mostra falível e frágil no seu pretensão objetivo de entregar previsibilidade e segurança jurídica.

O método da Teoria Estruturante do Direito assegura maior controle e transparência, ao exigir a observância ao texto da lei para formação do programa normativo e a declaração dos elementos da realidade para exposição do âmbito normativo, sendo ambos considerados como entes constitutivos da decisão.

É o proceder metodológico em si que propicia a previsibilidade e a segurança jurídica. A decisão se mostra suscetível de controle (legal e constitucional) diante dos critérios expostos em cada etapa de concretização do direito.

O direito empresarial concursal no paradigma pós-positivista projeta a estruturação da norma jurídica através de um modelo que compreende teoria e práxis,⁷⁹ mediante os elementos de linguagem do programa normativo e dos dados extralinguísticos do âmbito da norma, encaixando-se perfeitamente à realidade empresarial.

1.3.4 Programa normativo e âmbito da norma

O pós-positivismo jurídico da Teoria Estruturante do Direito trabalha, então, metodologicamente, com dois entes jurídicos, identificados como programa normativo e âmbito normativo.

⁷⁹ “A “superação” do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo. Como concepção sistematicamente pós-positivista, a teoria estruturante do direito não aposentou apenas a redução da norma ao seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo, mas desenvolveu, partindo da estruturação das normas jurídicas, a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a dogmática, a metódica, a teoria do direito e a teoria constitucional e não continua devendo a resposta ao positivismo”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

O programa da norma se origina do texto literal, que garante a estrutura básica que vai influenciar e se relacionar com o âmbito normativo. O âmbito da norma é obtido pelos dados da realidade, que se comunicam com o programa da norma, sendo um componente da norma jurídica tal como o seu programa.⁸⁰

A norma jurídica só advirá da concretização de ambas as entidades jurídicas. Tanto o programa normativo, que é moldado a partir do texto da lei, como os aspectos da realidade vinculados à moldura desse programa normativo fazem surgir a norma jurídica no caso concreto.

Não há que se cogitar que dados anteriores (em abstrato) possam servir para solucionar novas situações de interpretações concretas, já que não há como um dado antecedente prever todas as circunstâncias da infinitude do ambiente normativo, sobretudo de interações empresariais.

Nessa perspectiva, portanto, é que se utiliza o paradigma pós-positivista da Teoria Estruturante do Direito nesta pesquisa de direito empresarial. A conjugação do programa normativo e do âmbito normativo (sendo que este é delimitado e, ao mesmo tempo, influencia aquele) permite maior transparência e possibilidade de controle das soluções estatais, culminando na perseguida previsibilidade, tão cara ao direito empresarial.

1.4 DIFERENÇA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DE OUTRAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS

Em época de aguçados rótulos, é preciso tratar com cuidado as terminologias para que se evite um desencontro de lugares da fala, de sorte que o debate acadêmico/científico possua uma espécie de *common ground*⁸¹ sobre o qual possa evoluir com segurança.

É preciso diferenciar o paradigma jurídico do pós-positivismo da Teoria Estruturante do Direito do movimento, atitude ou concepção que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”.⁸²

⁸⁰ “O âmbito normativo fornece ao programa normativo alternativas estruturais, fundadas em dados reais para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram. O programa normativo seleciona as abordagens da análise do âmbito normativo”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

⁸¹ “O common ground é uma base comum, cuja existência é imprescindível para que seja possível o tratamento de temas sensíveis em uma democracia, mais precisamente para compreensão e debate de argumentos genuinamente políticos. Sem o common ground, as discussões serão infrutíferas e pouco respeitadas”. ABOUD, Georges. Cinco mitos sobre a Constituição Federal brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 996, p. 27-51, out. 2018.

⁸² Sobre o tema, ver MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

Não se ignora a evolução do constitucionalismo contemporâneo, revelada na característica da nossa quadra de pensamento jurídico, que vem a ser a de preservar a força normativa da Constituição.⁸³

Ao fim da segunda década do século XXI, falar da irradiação e da onipresença das espécies normativas constitucionais para todas as relações de direito é, de certo modo, noção básica do Direito, uma espécie de pressuposto fundamental. Não reconhecer isso consiste em grave equívoco de apreensão da teoria das fontes e da norma.

Todavia, metodologicamente, é preciso que não se confunda a superação do positivismo pelo pós-positivismo com a essência da postura “neoconstitucionalista”.

Apesar da dificuldade de definir “neoconstitucionalismo”,⁸⁴ pode-se dizer que ele representa um movimento que reconhece o Poder Judiciário como protagonista adequado e capaz de converter progressos civilizatórios que estariam garantidos no texto constitucional e o faz através de modelos de julgamento “decisionistas”, que são meios para o ativismo judicial.⁸⁵

Para Jorge Octávio Lavocat Galvão,⁸⁶ a essência do neoconstitucionalismo consistiria em um dever de profetizar o caminho mais correto a ser realizado pela sociedade,⁸⁷ cabendo ao Poder Judiciário garantir o avanço dos valores constitucionais abstratos, a despeito da maturidade da mobilização política da sociedade a respeito do tema.

Não é suficiente reconhecer a existência da força normativa dos princípios constitucionais para se localizar no espectro pós-positivista. O novo paradigma do direito pós-positivista não tolera o uso da discricionariedade judicial para resolução dos conflitos.

O neoconstitucionalismo, ao depender de voluntariedade do julgador, está dentro do espectro positivista (ainda que inclusivista) do que propriamente no pós-positivismo.

⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁸⁴ “torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67.

⁸⁵ “o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

⁸⁶ “Para essa corrente de pensamento, o Poder Judiciário apresenta-se como importante veículo de transformação da sociedade, principalmente em questões que, mercê de sua importância, não são abordadas pelo processo majoritário por falta de mobilização política apta a ensejar um amplo debate nacional a respeito do tema. Essa capacidade de interferir na realidade social se dá por meio de uma interpretação progressista de princípios constitucionais – que possuem alta carga de abstração – conferindo à jurisdição constitucional a função profética de indicar o caminho mais correto a ser adotado pela sociedade.” GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

⁸⁷ Recordar-se, aqui, os versos de Gilberto Gil na canção REP do álbum “O Sol de Olso”: “O povo sabe o que quer, Mas o povo também quer, o que não sabe”.

A proposta metodológica pós-positivista estabelece meios de controle do exercício do poder jurisdicional, dada a possibilidade de exercer eficazmente a fiscalização da legalidade e da constitucionalidade do conteúdo do pronunciamento judicial através da análise da concretização das etapas do programa e do âmbito normativos.

A utilização de teorias semânticas argumentativas, especialmente da forma como importadas para o Brasil, também encontra obstáculos para ser consideradas como pós-positivistas na forma da Teoria Estruturante do Direito.

As posturas axiológicas ultrapassam os limites da interpretação ao abrirem espaço para que o juiz, através do exercício da ponderação (que era para ser, inicialmente, um critério para racionalizar a decisão judicial), faça a valoração das ordens de valores da Constituição, colocando-se, até mesmo, como crítico das opções e processos legislativos.

A incompatibilidade do pós-positivismo de Müller com a teoria argumentativa da ponderação, para além do fato de desembocar em discricionariedade, é evidenciada até mesmo por Alexy, autor da técnica da ponderação:

Essa teoria da norma geral, e da norma de direito fundamental em especial, é incompatível com a teoria semântica da norma, que é o ponto de partida da definição do conceito de norma de direito fundamental aqui apresentada. Isso fica claro no caso das normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas. Estas constituídas por aquilo, e somente por aquilo, que as disposições de direitos fundamentais expressam. Aquilo que aqui é chamado de “disposição de direito fundamental” correspondente àquilo que Müller chama de “texto”, e aquilo que aqui leva o nome de “norma” corresponde àquilo que Müller chama de programa normativo”. O conceito central da teoria normativa de Müller, o âmbito normativo, não tem lugar aqui.⁸⁸

Não há aqui, na técnica da ponderação,⁸⁹ uma diferenciação entre texto normativo e norma jurídica, diferença que, como visto, é fundamental para a caracterização do paradigma pós-positivista da Teoria Estruturante do Direito.

Rememora-se, então, que o paradigma pós-positivista não tem por objetivo suplantar, por assim dizer, o positivismo, sem que isso signifique reconhecer (i) a diferença entre texto e norma; (ii) que não há cisão entre direito e realidade; (iii) que as técnicas positivistas de

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 78.

⁸⁹ Para Ivo Gico Junior: “a ponderação não é um procedimento racional de aplicação de normas, mas sim um recurso retórico, travestido de bela linguagem, que é útil para justificar qualquer decisão judicial, não importa qual. A chamada ponderação de princípios não tem qualquer precisão capaz de limitar o julgador e sua estrutura é vazia de conteúdo, sendo seu resultado apenas o reflexo da subjetividade, ideologia e preferências do julgador. Não por outra razão, o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana pode ser invocado para justificar uma decisão a favor e contra arremesso de anão em bares para jovens, ou ainda a favor e contra o direito das mulheres grávidas abortarem. Em ambos os casos, não é o princípio que comanda a decisão e responde a estas perguntas, é o magistrado que, tendo identificado o resultado prático que se adequa às suas preferências idiossincráticas e subjetivas, finge interpretar e se esconde por trás da retórica principiológica para justificar a sua própria opção política.” GICO JR, Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 15, n. 12, p. 55-84, maio/ago, 2018, p. 75.

subsunção e ponderação não são compatíveis com o modelo de concretização que exige a metódica da construção da norma jurídica a partir do programa da norma e elementos do âmbito normativo; e, por fim, (iv) que a utilização desse método serve a combater a discricionariedade judicial e permitir maior controle da atividade jurisdicional.

1.5 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO APLICADA AO DIREITO PRIVADO EMPRESARIAL

Posto o marco teórico da Teoria Estruturante de Friedrich Müller, com a identificação da sua concretização na interpretação do direito no modelo pós-positivista, convém revelar a pertinência da sua metódica ao campo do direito privado empresarial.

O novo paradigma do direito se relaciona, de forma especial, com a área do direito público e constitucional. Contudo, ele envolve, a rigor, todas as disciplinas jurídicas,⁹⁰ ainda que isso ocorra com a observação das respectivas peculiaridades da estrutura e dos tipos diferentes de norma.⁹¹

Não obstante a teoria da norma pós-positivista não admita abstrações, a tarefa do direito privado é perquirir, dentro do sistema de normas, qual seria a realidade constitucional, de sorte que, no caso concreto, possa ser correlacionada e concretizada.

A República Federativa do Brasil, fundada nos valores da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF) e que tem por objetivo garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF), tem a ordem econômica como uma parcela⁹² da ordem jurídica constitucional.

O art. 170 e seguintes da Constituição Federal, de caráter eminentemente normativos, estabelecem um conjunto de princípios e regras⁹³ que regem a Constituição econômica⁹³ para conduzir a produção da atividade econômica na realidade concreta, com vistas a atingir determinados fins estabelecidos pelo Estado.

⁹⁰ Cita-se, por exemplo, a aplicação do novo paradigma do direito ao Código de Defesa do Consumidor. Ver a tese de doutorado de Ricardo Morishita Wada que sistematiza as práticas comerciais previstas no art. 39, 40 e 41 do CDC: WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio pra sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁹¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

⁹² “a “ordem econômica” indica uma parcela da ordem jurídica”. GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

⁹³ GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61

O texto legal da Constituição⁹⁴ estatui que as atividades econômicas sejam fundadas nos meios da valorização do trabalho e da livre iniciativa para atingir os fins de assegurar uma digna existência a todos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que deve ser feito em respeito a uma justiça social e a determinados princípios.

Entre os princípios estatuídos pela Constituição econômica, destaca-se o regime jurídico da propriedade para o desenvolvimento econômico nacional. Não só pelos dois incisivos (II e III) do art. 170, como também por restar assegurado pelo *caput* do art. 5º, que estatui os direitos e garantias fundamentais (insuscetíveis de modificação – art. 60 § 4º, IV, CF). Os incisos XXII e XXIII do art. 5º reforçam esse destaque, ao garantirem o direito de propriedade desde que atendida a sua função social, em consonância com o que estabelecem os princípios da ordem econômica (propriedade privada e função social da propriedade).

Todos os demais princípios estatuídos pelo art. 170, de certa maneira, irão influenciar e ser influenciados pelo direito de propriedade, tais como a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente. No caso concreto, devem ser verificadas, além do programa normativo, quais são as condicionantes e peculiaridades do âmbito da norma para a concretização da normatividade jurídica.

A tensão entre todos os princípios da ordem constitucional que envolvem o direito privado, em especial, o respeito à propriedade privada e a sua limitação à função social, estará sempre envolta da tarefa do constitucionalista quando for chamado a correlacionar o sistema legal e a realidade.⁹⁵

Deriva do regime jurídico constitucional do direito da propriedade o respeito à força normativa dos contratos. A observância do preceito de cumprimento das obrigações a que as partes tenham se vinculado livremente, mediante a celebração de contratos (desde que, obviamente, inexistam vícios em sua formação), é pedra fundamental da estruturação das operações e do desenvolvimento econômico do país.⁹⁶

⁹⁴ “Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa Constituição escrita corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição Real, a das verdadeiras forças vitais do país”. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução Leandro Farina. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 64.

⁹⁵ “(...) a concretização da norma no sentido aqui visado de uma teoria estruturante (da norma) jurídica não vê a lei apenas como fator parcial de uma solução material adequada ao problema. Ao menos no direito constitucional, cujo teor normativo se esgota muito menos ainda do que o do direito civil na justiça concreta do caso, o texto da norma permanece sendo o ponto de orientação”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81.

⁹⁶ “Bruno possui um produto P, que avalia como tendo valor de 100 unidades. Já André dá a esse mesmo produto P o valor de 200 unidades. Numa situação ideal, André irá comprar P de Bruno, por um valor entre 100 (o mínimo que Bruno irá aceitar) e 200 (o máximo que André se dispões a pagar). Se, posteriormente, surgir Carlos, que dê

O direito privado empresarial, especialmente no objeto que envolve o direito concursal e o agente econômico⁹⁷ em crise econômico-financeira, tem adequação e pertinência ao pós-positivismo da Teoria Estruturante do Direito porque a tensão entre os conflitos de programas normativos da ordem jurídica econômica (tais como os direitos constitucionais à livre iniciativa e da propriedade, incluindo-se aí a empresa e os contratos, bem como em sua perspectiva da sua função social) e os demais direitos e garantias fundamentais constitucionais somente poderá ser concretizada na prática.⁹⁸

A concretização da norma jurídica somente se mostra possível dentro dos limites do programa e do âmbito normativos do caso concreto, sendo defeso admitir um sentido do texto como um dado antecedente e pré-existente ao conflito. Isso também permite dizer que o pós-positivismo combate estruturas subjetivas e valorativas da decisão, que levam a uma irracionalidade *pamprincipiológica*⁹⁹ de se valer de álbis teóricos para resolver casos concretos que, justamente, comprometem a normatividade.

Na metódica estruturante do direito, não é permitido se distanciar do texto da lei. A existência de texturas abertas não é uma janela a permitir a discricionariedade. Não é dado ao julgador fazer escolhas pessoais, como é tolerado veladamente na técnica de subsunção positivista. Ninguém bate à porta do Poder Judiciário para saber o que pensa subjetivamente o julgador A ou B sobre o princípio da livre iniciativa ou da função social da propriedade.

a P o valor de 500 unidades, Carlos irá comprar P de André. Dessa forma, a troca no seio da sociedade permite que os bens passem para aqueles que lhes deem maior valor. Naturalmente, a economia de mercado potencializa estes câmbios e, por isso, tem sido o sistema de organização social que cria mais riqueza e desenvolvimento”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 161.

⁹⁷ “A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’ no mercado, e o faz principalmente por meio dos contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. Sua abertura para o ambiente em que se encontra é significativa, a ponto de parte da doutrina afirmar ‘[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixe de relações contratuais. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a empresa é agente econômico”. FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 94.

⁹⁸ “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” e “Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático” HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20 e 22. Sobre a Constituição real e a Constituição escrita: “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel.” LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução Leandro Farina. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 46-47.

⁹⁹ “Esse *pamprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Como bem acentua Otavio Rodrigues Junior (2011, p. 43 e ss.), no âmbito do direito civil essa proliferação de princípios vem comprometendo a sua força normativa”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 150.

Repare. A técnica da concretização, ao impor o dever de estruturar o programa e o âmbito normativos, bem como ao reconhecer a normatividade dinâmica e a sua interpretação/aplicação somente no caso concreto, carrega para dentro do processo o dever de expor os fatores subjetivos da tomada de decisão (elemento humano indissociável do ato de decidir), fatores esses, uma vez externados, que vão permitir um maior controle e transparência do ato estatal.

A investigação da concretização do microssistema analítico da LREF se vale da Teoria Estruturante do Direito, pois o uso desse método permite aproximar o direito empresarial concursal da tão buscada segurança jurídica, no sentido de previsibilidade.¹⁰⁰

Ao sistematizar os elementos jurídicos (programa normativo) e os não jurídicos – econômicos, políticos, éticos e sociais (âmbito normativo) –, expondo-os de forma clara e precisa para fundamentar a tomada de decisão, a técnica da concretização da norma jurídica se sujeita ao controle legal e constitucional da decisão. Sem dúvida, isso revela um avanço no processo civilizatório impulsionado pelo Estado Democrático de Direito.

Se a norma concretizada não está de acordo com o programa ou o âmbito normativo, isso poderá ser questionado ante a necessidade de apontar os elementos linguísticos da lei, como também os dados extralinguísticos do âmbito normativo que tenham sido utilizados no caso concreto. Há, então, a possibilidade do controle judicial de legalidade e até mesmo de constitucionalidade.

O paradigma pós-positivista fornece, portanto, melhores técnicas para o combate a abusos ou excessos de atuações discricionárias incompatíveis com a segurança jurídica desejada pelo ambiente empresarial.

É imperioso ainda anotar a perspectiva a longo prazo do desenvolvimento da Teoria Estruturante do Direito para o direito empresarial concursal.

Nessa metodologia, com a possibilidade real de controle substancial de cada etapa da construção da decisão, no futuro, o descompasso legal ou constitucional da normatividade temporal poderá ensejar reflexos assertivos para a construção do Direito no aperfeiçoamento contínuo da concretização da norma jurídica.

¹⁰⁰ “A inexistência de uma prognose sobre o conteúdo das respostas jurisdicionais impede que os membros de uma comunidade tenham uma percepção clara sobre a conduta que devem adotar, chegando mesmo a fazer que deixem de praticar determinados atos ou de celebrar certos negócios ante o risco a que podem se submeter em decorrência da instabilidade” BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico. **Revista de Processo**, n. 227, p. 295-315, 2014, p. 309.

É fundamental que esse recorte seja feito nesta pesquisa. Não só porque o direito privado empresarial tem relegado a segundo plano a discussão sobre a teoria da norma,¹⁰¹ como também porque o surgimento de uma produção desenfreada de *standards* valorativos tem orientado boa parcela da resolução dos casos de direito civil e empresarial, com prejuízo ao programa normativo.

Essa problemática também é enfrentada na ação de recuperação judicial. Diante do que será preciso trabalhar o ente jurídico do programa normativo, que é o primeiro passo para a construção da norma jurídica no caso concreto. Para tanto, será imprescindível o fechamento interpretativo dos princípios,¹⁰² conforme se passa a abordar.

¹⁰¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 576.

2 O PROGRAMA NORMATIVO

A ferramenta da legislação falimentar para a empresa em crise é o objeto deste estudo. Uma breve digressão da progressão do direito concursal é importante para se chegar ao instituto atual da reorganização judicial da atividade empresarial em crise. Isso dará suporte à interpretação da evolução histórica do programa normativo.

2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR

Falar da evolução histórica não se trata de cumprir um ritual tradicional de trabalhos de pós-graduação do Direito ou mesmo de fazer uma compilação de fatos históricos.¹⁰³

É preciso conhecer o que se passou¹⁰⁴ para compreender o programa normativo do microsistema de insolvência empresarial atual. Para entender a razão pela qual a Lei 11.101/2005 introduziu a ferramenta da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, com anúncios de que sobreviria uma quadra alvissareira,¹⁰⁵ é preciso, ainda que brevemente, voltar ao passado.

As dificuldades econômicas enfrentadas pelos devedores, ao longo da história, sempre foram objeto de atenção de um conjunto de normas da sociedade.

Na antiguidade (civilizações indiana, egípcia e grega), o corpo do devedor respondia pelas obrigações inadimplidas, sendo permitido aprisioná-lo até que ocorresse o pagamento da dívida, aliená-lo como se escravo fosse e até mesmo apreender o seu cadáver com vistas a coagir parentes e amigos a adimplirem o débito remanescente.¹⁰⁶

A perspectiva da Roma imperial também tinha a pessoa do devedor como garantia do adimplemento em favor do credor.¹⁰⁷ Contudo, ainda na Roma medieval, o eixo da execução

¹⁰³ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In*: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 11.

¹⁰⁴ “(...) não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XV.

¹⁰⁵ “A antiga disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil era considerada, por todos, empresários e profissionais do direito, como área inóspita, na qual não se esperava nenhum resultado positivo. Foi por isso saudada com entusiasmo a edição, em 2005, da Lei de Recuperação de Empresas” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *In*: DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 17.

¹⁰⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 35.

¹⁰⁷ “o devedor passava à condição de escravo, podendo o credor conduzi-lo à praça pública para ser vendido ou resgatado. Inexitosa essa tentativa, sofria o devedor a *capitis diminutio maxima*, quando se tornava propriedade do

da inadimplência deixaria de ser o corpo do devedor com a criação do conceito de patrimônio de que a pessoa era dotada.¹⁰⁸ Através da *Lex Poetelia Papiria* e *Lex Ebuia*, bem como dos institutos *venditio bonorum* e *missio in bona*, tiveram fim os castigos cruéis.

Na Idade Média (após a queda do Império Romano), o pêndulo entre a responsabilidade pessoal e patrimonial também se fez presente. Na alta Idade Média, apesar dos conhecimentos romanos decorrentes da evolução da responsabilidade patrimonial, a execução pessoal também teve lugar, subsidiariamente, com a adoção de castigos cruéis ao corpo do insolvente, na falta de bens para quitar a sua dívida.¹⁰⁹ Era o que ocorria contra os servos da era feudal.

Já na baixa Idade Média, com o aparecimento das cidades medievais, cruzadas e surgimento do comércio no início dos centros urbanos (que tinham localização geográfica privilegiada nas rotas), tem início uma organização jurídica que permitiu o nascimento de um direito dos mercadores (*Lex Mercatoria*). A impontualidade autorizava a destruição física do local do comerciante devedor, derivando daí o vernáculo “bancarota” para expressar “banca quebrada”.¹¹⁰

Paralelamente à criação de institutos jurídicos, ainda que revisitados do direito romano¹¹¹ (tais como, execução coletiva e os conceitos de suspensão de pagamentos e de fuga¹¹² para caracterizar a falência), permaneciam ainda as penas de reprovação social.¹¹³

credor, que podia vendê-lo fora do território romano ou mata-lo e, quiçá, esquarteja-lo”. VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

¹⁰⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

¹⁰⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 74.

¹¹⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52. Para outra origem da expressão: “A expressão falência – insolvência, ruína, quebra – originalmente vem de *banca rotta*, literalmente o banco em que os comerciantes negociavam (banca) que não podia honrar os seus compromissos por estar “quebrado” (*rotta*)”. SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 342.

¹¹¹ “Ainda que se deva reconhecer no direito estatutário medieval das cidades italianas os primeiros contornos da disciplina falimentar, não se pode deixar de convir que o Direito Romano, também aqui, propiciou relevantes contribuições”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**: recuperação empresarial e falência. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 50.

¹¹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 90.

¹¹³ “Havia, também, a prática da “pintura infame”: instituto tipicamente florentino, embora o primeiro exemplo tenha sido encontrado nos estatutos de Parma de 1261, que consistia em um retrato pintado do falido feito por ordem do magistrado e exposto em local público (geralmente nos muros do palácio comunal), uma espécie de registro ilustrado sobre a situação deste (acompanhado de seu nome e da atividade que explorava), para conhecimento de todos, inclusive dos analfabetos. Essa medida tinha por objetivo tolher de todo o resíduo de estima pública que pudesse lhe restar”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 96.

Note-se que a interpretação histórica permite resgatar textos de lei que carregavam um sentimento de repreensão social¹¹⁴ decorrente de uma presunção de atuação fraudulenta do falido. E, muito embora a falência fosse possível de ser aplicada a todos os devedores,¹¹⁵ eram os comerciantes os seus destinatários naturais.¹¹⁶

Estando a falência, naturalmente, voltada às pessoas que faziam atividades mercantes, passou-se, gradativamente,¹¹⁷ a aceitar a ideia de que o estado falimentar poderia ter origem em ações não dolosas, ainda que permanecessem existindo os casos de fraude e insolvência com culpa grave. Aos devedores de boa-fé, nos estatutos medievais, era permitida a concordata amigável ou judicial.¹¹⁸

A despeito da eficiência da concordata,¹¹⁹ o relevante a ser anotado para a formação do programa normativo é o movimento histórico que forneceu o direito concursal de meios, cada vez mais técnicos, para solução da insolvência, em substituição a soluções de desforço ou represálias¹²⁰ (embora sanções de diversas naturezas permaneçam até os dias atuais).

As condições do meio e do momento da elaboração da norma são relevantes para a formação do programa normativo, especialmente do que venha a ser no caso concreto a manutenção/preservação da empresa.¹²¹ As respostas legislativas anteriores não levavam em

¹¹⁴ “Palavras como insolvente, falido, quebrado, estão marcadas por um valor negativo, vexatório, intimamente ligado a ideia de caloteiro, criminoso, fraudador, desonesto, trapincola, entre outros. A insolvência é por muitos considerada um motivo de desonra e infâmia, um estado análogo ao crime, uma nódoa indelével na história de uma pessoa”. MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.

¹¹⁵ “Em regra, não se distinguia, no Medievo – como não se fez em Roma – a insolvência do devedor comerciante daquela do não comerciante, embora o devedor civil insolvente fosse geralmente tratado com maior indulgência”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 93.

¹¹⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 52.

¹¹⁷ “Essa ideia, que fora inicialmente absorvida pela cultura medieval, aos poucos foi sendo abandonada por uma outra de maior eficiência sistêmica na proteção do direito do Credor”. VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

¹¹⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 102.

¹¹⁹ “Pode-se entrever, na concordata, um equívoco de fundo e de forma. Rubens Requião, em conferência, hoje histórica, proferida no Instituto dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, em 08.03.1974, apontava, como erro fundamental das concordatas (preventiva e suspensiva), sua concessão desde que fossem “atendidos, apenas, alguns pressupostos formais”. Não eram levadas em conta “as verdadeiras causas da insolvência do devedor”, nem se indagava se ele teria “um plano viável para a recuperação da empresa”, nem se ele havia sido “inepto ou incompetente”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 60.

¹²⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

¹²¹ “o direito falimentar inicia um novo momento de inflexão, desviando o foco da mera liquidação de ativos e pagamento dos credores para se voltar a preservação da empresa”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis

consideração essa nova perspectiva econômica do agente em crise, que agora está presente na moldura do programa normativo.

Sob essa nova ótica, a experiência norte-americana¹²² impulsionou globalmente a discussão sobre a adoção de boas práticas no quesito de insolvência empresarial. Os organismos internacionais¹²³ editaram documentos com o objetivo de difundir conhecimento através de um guia de princípios e recomendações (*The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*).¹²⁴

Esse movimento internacional influenciou diversos sistemas legislativos concursais, incluindo-se aí o Brasil. E se notabilizou por reconhecer que o agente econômico “empresa” repercute nos mais diversos feixes de relações jurídicas. Não só os devedores e credores são influenciados, mas também os empregados, fornecedores, sócios e a sociedade como um todo.¹²⁵

Diante da evolução histórica das respostas estatais ao concurso de credores quando da insolvência empresarial, fica nítida a limitação de uma solução que não envolva essa nova perspectiva econômica de harmonizar os diversos interesses que envolvem a empresa. Essa é uma preocupação evidente e relevante ao que interessa à análise do programa normativo atual.

A interpretação histórica se coaduna também com o método pós-positivista empregado na pesquisa, pois permite maior controle sobre os entes jurídicos que compõem a noção da norma jurídica a ser construída no processo de concretização.

Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 134.

¹²² “A lei norte-americana de 1978 (*Bankruptcy Reform Act*, ou *Bankruptcy Code*) revogou o *Chandler Act* e instituiu novos regimes jurídicos, em especial a reorganização (*reorganization*, ou *business reorganization*), reformulando a antiga *corporate reorganization* e permitindo ao devedor prosseguir sua atividade visando recuperar-se, com base em um plano aprovado pelos credores e homologado judicialmente”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**: recuperação empresarial e falência. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 71.

¹²³ No *Doing Business 2020*, o Brasil figura na 77ª (septuagésima sétima) posição no quesito resolução de insolvência entre os critérios apurados por esse relatório do Banco Mundial para medir aspectos do ambiente empresarial de diversos países. O Brasil está atrás dos latinos Chile, Colômbia e Uruguai e de caribenhos como Bahamas e Barbados. BANCO MUNDIAL. **Doing Business Studies, Resolving Insolvency (2020)**. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 26 out. 2020.

¹²⁴ A respeito do tema ver: MENDES, Emerson Soares. Eficiência do sistema de garantia dos credores, de recuperação de empresas e de falência: princípios e diretrizes do Banco Mundial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 261-278, jun. 2017

¹²⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 145.

2.2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Ante a feição híbrida¹²⁶ e a natureza mista¹²⁷ do texto da lei de recuperação judicial, que envolve conteúdo de ordem material e processual, impõe-se investigar a orientação de direito processual que influencia o programa normativo do processo de recuperação judicial.

A orientação é a de que o direito processual tem por finalidade a concretização do direito material. Essa é uma lição conhecida,¹²⁸ que, cada vez mais, tem tomado a consciência do processualista moderno.¹²⁹

Cândido Rangel Dinamarco, reconhecendo a evolução vivenciada pelo direito processual até passar a dispor de autonomia, reafirma que a vocação do processo é servir ao direito material: “é preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por afeiçoar-se as exigências deste”.¹³⁰

O processo não é um fim em si mesmo. Para José Roberto dos Santos Bedaque, a “conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”.¹³¹

Essa interpretação teleológica do escopo jurídico do processo se mostra relevante para destacar que a ação de recuperação judicial não pode ser indiferente aos fins anunciados pelo próprio programa normativo extraído do texto da lei mediante análise da sua historicidade e dos dados da linguagem.

Aqui, quando se fala em instrumentalidade do processo, não significa dispensar as garantias constitucionais asseguradas no curso do processo civilizatório ou avalizar a discricionariedade e o ativismo de uma atuação judicial, o que é incompatível, como visto, com o método da Teoria Estruturante do Direito.

¹²⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 199.

¹²⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

¹²⁸ “Há muito tempo se sabe que o processo é instrumento, que deve cumprir algum objetivo”. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 17.

¹²⁹ “A importante e nobre missão do processualista moderno fazer com que o processo seja meio efetivo de resolução de litígios e não fonte de problemas”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 271.

¹³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21.

Calmon de Passos adverte que, muito embora direito material e processual possuam uma relação integrativa e indissociável, há uma dimensão maior que necessita ser preservada para fins de evitar o arbítrio de quem tem o poder de julgar:

Se o Direito é *produzido* socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, de rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que tem poder de decidir.¹³²

A lição de Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira também é no sentido de que a busca por efetividade do processo não acarrete, justamente, uma abertura de porta para a teoria do modelo de estado estatalista,¹³³ que aumenta demasiadamente os poderes do Juiz ao invés de limitá-lo. Não se trata aqui de vertente do *pamprincipiologismo* do “princípio da instrumentalidade”.¹³⁴

A orientação de que a instrumentalidade não permite o relativismo está de acordo com a perspectiva metodológica do paradigma pós-positivista. O cidadão não é mero participante da relação processual,¹³⁵ nela interfere e influencia ativamente, já que detentor do direito público subjetivo de obter a tutela jurisdicional fundamentada, célere e satisfativa.

A perspectiva, portanto, do sentido da instrumentalidade do processo de recuperação judicial que se invoca é a que esteja dentro dos parâmetros do programa normativo extraído do texto do parágrafo primeiro do art. 75 da Lei 11.101/2005 (após edição da lei 14.112/2020). Embora dentro do capítulo de falência, o referido dispositivo estatui a necessidade de observar

¹³² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68-69.

¹³³ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, n. 166, p.1-33, 2008, p. 7.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 562.

¹³⁵ Sobre a questão de repensar a dinamicidade do processo pela filosofia hermenêutica: “Ora, ninguém duvidará que as relações jurídicas que se estabeleciam em função do homem do Século 19 são profundamente diferentes daquelas que se constituem a partir do homem no século 21. Não é porque a jurisdição como exercício do poder do Estado se transforma que, arbitrariamente, como num passe de mágica, as relações jurídicas se transformarão. Pelo contrário, são as relações jurídicas enquanto marcas indelévels da existência humana que, se transformando, alteram a jurisdição ou mesmo o processo. Destarte, é a relação jurídica, pensada existencialmente, que possui o acesso privilegiado ao *como* do processo. Como dizíamos no início nas pistas de Kaufmann, a relação jurídica permite o acesso hermenêutico ao direito processual, e ainda é o único fenômeno que possibilita o pensamento da dinamicidade do processo”. ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, n. 166, p. 1-33, 2008, p. 15.

os princípios da celeridade e da economia processual para todo o estatuto da empresa em crise, considerando a uniformidade própria da sistematização.

A guinada do direito processual¹³⁶ avançou para incluir como preocupação do processo, no momento da concretização, o direito material como seu vetor.¹³⁷ Não há neutralidade do processo em relação à dinâmica social. É uma vigília e um compromisso do processo para com os resultados por ele produzidos, dentro do plano da facticidade do conflito existente.¹³⁸

O método da Teoria Estruturante do Direito é compatível com essa moderna processualística, tendo em vista o seu proceder metodológico. Ao exigir desvelar os entes jurídicos que constituem a decisão, o caminhar pós-positivista confere maior segurança jurídica ao percurso adotado. Isso porque há a possibilidade de controle judicial e da própria sociedade sobre os fundamentos de decidir, o que se encontra em consonância com o Estado democrático.

A ação de recuperação judicial, desenvolvida em um ambiente multidisciplinar¹³⁹ e com as suas características de pluralidade de interesses e objetos variados, deve atender à celeridade¹⁴⁰ e à economia processual.

¹³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 25.

¹³⁷ “Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso”. DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 41.

¹³⁸ “a instrumentalidade do processo pode ser de duas espécies: finalística, no sentido de que o processo deve ser instrumento de atuação do direito material; e metodológica, no sentido de que o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade (de índole individual ou coletiva), para que se obtenha uma tutela jurisdicional (ou processual) adequada (ou seja, a resposta justa e alinhada com as pretensões das partes) e a tutela processual adequada só pode ser obtida por intermédio do procedimento adequado, ou seja do procedimento apropriado à solução de cada conflito surgido no plano sociológico” GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 16.

¹³⁹ “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismo de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, apresentar através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

¹⁴⁰ Entre outros fatores críticos para o sucesso da recuperação de empresa, a tese de Doutorado de Marcelo Monteiro Perez destaca a importância do tempo: “Portanto, em situações de crise de liquidez e de queda de performance, o tempo é um fator vital, podendo determinar se uma empresa conseguirá ou não reverter esse quadro”. PEREZ, Marcelo Monteiro. **Uma contribuição ao estudo de processo de recuperação de empresas em dificuldade financeiras no Brasil**. 2007. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 55.

A fim de se obter o resultado almejado, a instrumentalidade pode ser adaptada “a velocidade das transações mercantis e a dinâmica da atividade econômica”,¹⁴¹ desde que observada a moldura do programa normativo, aliada às circunstâncias que envolvem a complexidade no caso concreto.¹⁴²

Com a Teoria Estruturante do Direito, fica assegurada uma metódica, clara, transparente e sindicável, que pode ser controlada pela sociedade.

A ação de recuperação judicial, a par do debate sobre sua natureza processual ou contratual,¹⁴³ contém em seu programa normativo, por interpretação teleológica, o escopo de conceber o processo como um meio que precisa ser dinâmico e flexível¹⁴⁴ para alcançar os objetivos definidos pelo próprio programa normativo.

2.3 OS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Assim como as pessoas naturais, as sociedades empresárias nascem, desenvolvem-se e se extinguem.¹⁴⁵ Existiriam, todavia, aquelas empresas que seriam feitas para durar?¹⁴⁶ O que seria preciso para uma empresa permanecer próspera por várias décadas?¹⁴⁷

A direção, aqui, preocupa-se em conhecer a solução estatal da recuperação judicial para a empresa em enfermidade¹⁴⁸ econômico-financeira debilitante e reversível.

¹⁴¹ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 38.

¹⁴² “O processo é instrumento e, como tal, deve ser modelado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 80.

¹⁴³ Ver TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83-86.

¹⁴⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 118.

¹⁴⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

¹⁴⁶ A atenção sobre o que seria preciso para construir uma empresa duradoura é objeto de publicação de Professores sobre a administração das empresas e a cultura organizacional dos negócios. Ver COLLINS, James C.; PORRAS, Jerry I. **Feitas para durar**: práticas bem-sucedidas de empresas visionárias. Tradução Silvia Schiros. Rio de Janeiro: Rocco, 1995; CORREA, Cristiane. **Sonho grande**. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

¹⁴⁷ Válida a reflexão do professor da Harvard Business School, Bill George: “Da mesma forma como as pessoas não podem viver sem comer, uma empresa não sobrevive sem lucros. Mas a maioria das pessoas não vive apenas para comer, nem as organizações devem existir apenas para lucrar”. In: MACKKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**: como libertar o espírito heroico dos negócios. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM, 2013, p. xvi-xvii.

¹⁴⁸ “Durante o ciclo da vida de uma pessoa humana é normal que, em vários momentos, passe por debilidades físicas oriundas de algum tipo de enfermidade. Se esta enfermidade for debilitante ao ponto de tornar irreversível o processo de reabilitação física desta pessoa, tenderá a morrer; se a enfermidade debilitante for reversível, a tendência será a recuperação da pessoa e a sua continuidade como ser vivo, após submeter-se a um tratamento

De início, é preciso advertir que a solução natural¹⁴⁹ para a crise econômico-financeira é dada preferencialmente pelo próprio mercado (através, por exemplo, de modalidade de investimentos como *private equity*,¹⁵⁰ aquisição de controle acionário, incorporação, trespasse, alienação de ativos, entre outras).

Somente na ausência de uma justificativa que permita explicar por que o sistema econômico não se encarregou de encontrar uma solução para a crise da atividade empresarial é que teria lugar a solução estatal. E nesse horizonte, o Estado não deve substituir a iniciativa privada.¹⁵¹ É esperado que o interesse na recuperação judicial de uma empresa seja diferente entre esses atores.

Ainda que não tenha havido uma solução dentro da lógica de mercado, pode remanescer justificativa para a ação estatal no sentido de assegurar objetivos econômicos e sociais relevantes para o arranjo da sociedade.

A atuação estatal, diferentemente da ação privada, justifica a sua intervenção quando ela seja capaz de oportunizar uma solução que somente poderia ocorrer mediante as prerrogativas exclusivas e próprias do Estado.

Os exemplos dessas prerrogativas são a suspensão das execuções,¹⁵² a obtenção de novação *sui generis*¹⁵³ aperfeiçoada com a aprovação do plano de recuperação judicial em juízo ou mesmo a alienação de filiais ou de unidades produtivas isoladas, sem que isso importe em sucessão das obrigações pelo comprador.¹⁵⁴

medicamentoso”. VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a — Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

¹⁴⁹ “A solução de mercado é a forma natural de superação das crises, mas depende da atuação das forças de mercado e também da possibilidade econômica de realização dos investimentos”. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35.

¹⁵⁰ Uma modalidade de investimento que consiste na ingestão de capital em empresas com potencial de crescimento ainda que em dificuldades financeiras.

¹⁵¹ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

¹⁵² Refere-se aqui ao denominado *stay period* (uma espécie de período de respiro) previsto no §4º do art. 6º da Lei 11.101/2005, que vem a ser a suspensão das execuções pelo prazo de 180 dias.

¹⁵³ O efeito da concessão da recuperação judicial é a novação dos créditos, a que ficam submetidos todos os credores, ainda que tenham ficado vencidos, que não tenham comparecido em assembleia ou que não tenham habilitado seus créditos, conforme previsão do art. 49. Diz ser *sui generis* porque ela fica submetida a uma condição resolutiva prevista no art. 61, §2º, da lei.

¹⁵⁴ A redação original § único do art. 60 da LREF estipulava que: “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei. Todavia, a lei 14.112/2020 buscava ampliar a natureza das obrigações que não renderiam ensejo a sucessão pelo arrematante, incluído obrigações originárias de dano ambiental, o que motivou o veto integral do referido dispositivo pelo Presidente da República, conforme se vê da mensagem de veto. Contudo, a constitucionalidade da arrematação sem sucessão já havia sido objeto de apreciação pelo STF através da ADIN 3.934 havia considerado constitucional o antigo § único do art. 60 da LREF, o que leva a concluir que permanece a lógica de não sucessão. Além do que se mantém rígido o art. 141, II da LREF.

Somente assim, em hipóteses de exceção, em razão do relevante interesse social e para atender a uma disfunção do sistema econômico e social, a fim de não incorrer em interferência desmedida na competitividade própria do capitalismo,¹⁵⁵ é que se projeta uma solução estatal para reestruturação judicial da atividade empresarial em crise.

A empresa, enquanto atividade, é imprescindível ao modo de produção capitalista.¹⁵⁶ A atividade empresarial é do interesse de toda a sociedade, pois está por todo o tônico do tecido social. A cama onde se dorme, a pasta de dente, a marca do chuveiro, a roupa que se veste, os alimentos das refeições, a construtora da residência, o piso, os móveis, o elevador, os veículos de transporte e assim por diante. A “empresa” está presente em tudo.

A convivência com o fornecimento de produtos e serviços é indelével à vivacidade do nosso arranjo social do século XXI. A iniciativa privada desempenha fundamental importância na fomentação da qualidade de vida,¹⁵⁷ seja diretamente por sua operação, seja indiretamente através do patrocínio ao esporte, à cultura e também com medidas de inclusão social das pessoas menos favorecidas.

A introdução da ferramenta da ação de recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, realizada pela Lei 11.101/2005, foi recebida com presságio de significativa evolução legislativa.¹⁵⁸ A nova previsão legal suprimiu uma lacuna da legislação anterior, que não contemplava essa dimensão da perspectiva econômica e social da empresa, como visto na interpretação histórica.

A elaboração do programa normativo da ação de recuperação judicial tem como ponto de partida a Lei 11.101/2005, que possui uma topografia peculiar.¹⁵⁹ Interessa-se, basicamente,

¹⁵⁵ “O capitalismo é, assim, um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes. Mas enquanto for o modo de produção predominante, será proveitoso para todos que dele possa funcionar da maneira mais eficiente possível. Daí a importância de a ordem jurídica assegurar a liberdade de iniciativa. Só os que acreditam numa solução definitiva advinda da substituição do capitalismo por outro modo de produção, e que adotam, por estratégia, a radical piora nas condições de vida dos trabalhadores, podem ver sentido no solapar dos pressupostos da eficiência do sistema, no dificultar do seu melhor funcionamento”. COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

¹⁵⁶ “O modo de produção capitalista é essencialmente jurídico”. WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**. v. I. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018, p. 37.

¹⁵⁷ ALVISI, Edson. **A intervenção judicial na empresa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 29.

¹⁵⁸ “Há inúmeras distinções, de conteúdo e forma, entre a nova Lei e o revogado Decreto-Lei 7.661/1945. Essas diferenças, aliadas a breve análise que acima se fez da evolução legislativa brasileira na matéria, mostram que o direito concursal pátrio deu largo salto e colocou-se dentre os mais modernos do mundo.” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 88.

¹⁵⁹ “A legislação falimentar, mesmo para os iniciados, é um intrincado de idas e vindas, com constantes remissões a outros capítulos e artigos, que não permite a visão metódica e sequencial que outras leis admitem”. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

pelo Capítulo III (da recuperação judicial) e as Seções I a IV (disposições gerais, pedido e processamento, plano e procedimento), embora se possa ir adiante ou fazer um regresso, quando assim se mostrar necessário.

O teor literal do texto de lei que inaugura o microsistema da ação de recuperação assim prescreve:

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.

O dispositivo referido é o núcleo central,¹⁶⁰ o coração da ação da recuperação judicial.

Fixado o teor literal, convém proceder à interpretação gramatical e sistemática, relacionando-a com o estudo da doutrina e da jurisprudência. O resultado disso permitirá alcançar, com maior precisão, o contorno do texto da lei sobre o que deve ser considerado como objetivos e princípios que norteiam a lei de recuperação judicial.

Cuida-se de uma assertiva categórica: “A recuperação judicial tem por objetivo”. É aquilo que se projeta alcançar, conseguir ou atingir. É a própria lei que anuncia qual é o alvo, o fim e o propósito a ser atingido. Não há o que hesitar na compreensão desse comando. Ele é decisivo ao impor ao programa normativo a submissão a um horizonte. A ação de recuperação judicial tem que servir de instrumento para perseguir os objetivos que se passará a tratar.

O objetivo principal¹⁶¹ estatuído pela lei é “viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor”. Essa é uma metanorma, que está dentro do espectro de textos abertos da sistematização legislativa que marca a nossa quadra histórica.

Viabilizar a superação do estado de crise empresarial tem por finalidade outros objetivos específicos que estão expostos em ordem de grandeza¹⁶² e prioridade¹⁶³ entre si, quais sejam: “a manutenção da fonte produtora”, “do emprego dos trabalhadores” e “dos interesses dos credores”.

¹⁶⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183; LUCAS, Fernando Pompeu. Aspectos gerais e princípios. In: COSTA, Daniel Carnio (coord.). **Comentários completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 17.

¹⁶¹ “o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa”. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 76.

¹⁶² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123.

¹⁶³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

As expressões acima exigem uma interpretação para que sejam alcançados os limites interpretativos do programa normativo. Observe-se que não se trata de estabelecer o sentido pré-definido da lei, pois, se o fizéssemos, estaríamos no espectro positivista.

No método pós-positivista, há o reconhecimento de que as expressões já carregam em si uma compreensão da linguagem. Todavia, será mediante a interpretação da doutrina e da jurisprudência e da análise sistemática da lei que se buscará clarificar o programa normativo que irá influenciar o âmbito da norma.

2.3.1 Viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor

Diz o texto da lei que haverá a concretização do objetivo principal da ação da recuperação judicial se houver a viabilidade de superação da crise econômico-financeira do devedor.

Viabilizar a superação, na interpretação gramatical, é tornar realizável essa transição, isto é, reunir condições de passar de um estágio transitório atual A para um estágio constante futuro B. Não significa que irá conseguir. O objetivo não é superar, mas é preciso que seja possível viabilizar a superação.

E esse estado a ser superado é o de crise, ou seja, de desacordo, de embaraço, de agravamento de circunstâncias que estejam fora do curso de uma normalidade, em descompasso com um padrão típico que seria esperado.

Não é qualquer crise. Não é ela emocional, mental ou familiar. Adjetiva a crise a sua qualidade de ser econômica (retração do negócio em si, diminuição de interesse do mercado pelo bem ou serviço ofertado) ou financeira (liquidez, inadimplemento das obrigações nos seus vencimentos, fluxo de caixa-capital para se manter pontual).

E o titular dessa superação de crise seria o devedor. Mas quem seria esse devedor?

A doutrina adverte para o fato de não existir um direito público subjetivo da recuperanda (pessoa jurídica com personalidade própria) à recuperação. O devedor, no caso, é a atividade em si. Isto é, os fatores de produção organizados (e não necessariamente da sociedade empresária ou do empresário).

Para João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, a lei supera o paradigma anterior do Decreto-Lei 7.661/1945 ao considerar a viabilidade econômica da empresa, ainda que seja preciso separar a “sorte da empresa e do empresário”.¹⁶⁴

A interpretação sistemática também se socorre ao significado atribuído à palavra “devedor” como sendo a atividade/empresa. O regime do microssistema da recuperação judicial prevê o afastamento da pessoa do devedor nas hipóteses do art. 64 da lei, atribuindo ainda o dever de fiscalização ao comitê de credores (art. 27, II, “a”) e ao administrador judicial (art. 22, II, “c”).

A sistematização da lei permite afirmar que a racionalidade da regra é o empresário devedor permanecer na posse dos bens e no controle da recuperanda, até porque essa solução se mostra economicamente mais eficiente.¹⁶⁵ Todavia, nas hipóteses taxativamente previstas, é autorizado o seu afastamento.

Então, são elementos do programa normativo o devedor, assim como a atividade em si. Considerando que é permitido diferenciar a sorte do empresário e da empresa, o termo “devedor”, empregado no art. 47, se relaciona com a perspectiva de preservação da atividade, o que também está em consonância com a evolução histórica do instituto.

Está contido também dentro do programa normativo de viabilizar a superação da crise o substrato de que ela seja temporária.

Observe que a legislação cria um cenário propício a um ambiente de negociação, quando, por exemplo, prevê a hipótese de suspensão das ações e execuções em face do devedor (art. 6º, §4º). Para Cassio Cavali e Luiz Roberto Ayoub o *automatic stay period*, é uma das características mais importantes¹⁶⁶ da lei. É nesse prazo de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias que todos os atos principais da recuperação judicial devem ocorrer.

De outro lado, a lei veda a reiteração do uso da ferramenta da recuperação judicial no interstício de cinco anos para quem (pessoa jurídica) já obteve a recuperação judicial (art. 48, II).

O alcance que se extrai da análise sistemática dos dispositivos é que a ferramenta da recuperação judicial não deve servir de benefício para uso do devedor empresário que esteja

¹⁶⁴ “É evidente que a Lei busca proteger a atividade, não necessariamente o seu titular – e o faz prevendo várias hipóteses de transferência da titularidade ou de exploração dos estabelecimentos do devedor”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 130.

¹⁶⁵ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280.

¹⁶⁶ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 127.

em um estado de crise que não possua um intervalo mínimo de cinco anos. O referido lapso temporal, aliado aos demais prazos da lei, serve para subsidiar a ideia de provisoriedade e transitoriedade da crise.

Para ultrapassar as circunstâncias econômicas financeiras debilitantes, será preciso que esse quadro se mostre reversível. Mas quem dirá o que é reversível? Como estabelecer os limites interpretativos do que seria uma atividade economicamente viável?

Para Paulo Toledo e Adriana Pugliesi,¹⁶⁷ embora o instituto não se destine a empresas inviáveis, não haveria um conceito fechado tampouco a possibilidade de se definir o que seria viabilidade econômica, cabendo somente ao caso concreto encontrar a solução.

Fábio Ulhoa Coelho busca sistematizar vetores que permitiriam ao Poder Judiciário estabelecer uma racionalidade para efetivamente preencher a moldura da viabilidade da empresa no caso concreto, quais sejam: (a) importância social; (b) mão de obra e tecnologia empregados; (c) volume de ativo e passivo; (d) idade da empresa; e (e) porte econômico.¹⁶⁸

O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação n. 57, de 22/10/2019,¹⁶⁹ orientou a realização do que se convencionou chamar de “constatação prévia”,¹⁷⁰ de sorte a mensurar/metrificar a capacidade da devedora (atividade) de se viabilizar econômica e financeiramente.¹⁷¹

¹⁶⁷ “A viabilidade da empresa em crise, portanto, remete ao conceito concreto de possibilidade de saneamento das dificuldades num ambiente de negociação com a coletividade de credores”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 182.

¹⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 354-355.

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 57**, de 22/10/2019: “Art. 4º A constatação prévia consistirá, objetivamente, na análise da capacidade da devedora de gerar os benefícios mencionados no art. 47, bem como na constatação da presença e regularidade dos requisitos e documentos previstos nos artigos 48 e 51 da Lei n. 11.101/2005”.

¹⁷⁰ Atualmente, após edição da lei 14.112/2020, a constatação prévia está disciplinada no artigo 51-A da lei 11.101/2005.

¹⁷¹ Daniel Carnio Costa e Eliza Fazan conceberam um modelo chamado de MSR (modelo de suficiência recuperacional) que teria por objetivo avaliar, de modo prévio, os aspectos reais e contábeis do Autor da ação de recuperação, o que seria feito de forma objetiva através de índices de suficiência recuperacional e de adequação da documentação essencial e útil. Nas palavras dos Autores, com esse modelo “busca-se evitar que uma empresa inexistente, sem qualquer atividade e sem qualquer capacidade de gerar empregos, produtos, serviços e tributos ajuíze a recuperação judicial com o objetivo de impor aos credores uma negociação que não terá nenhuma contraprestação de interesse público ou social. Se não haverá empregos a serem salvos, por exemplo, qual é o sentido de impor aos credores uma negociação que implique na alteração dos seus créditos?”. COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR)**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 47.

A despeito da predileção por um ou outro critério para racionalizar sobre a atuação do Poder Judiciário¹⁷² na condução da recuperação judicial,¹⁷³ o que não é objeto do recorte desta pesquisa,¹⁷⁴ importa observar que o programa normativo é moldado pelo dado de entrada do texto da lei que reputa como relevante a viabilidade econômico-financeira da empresa a ser recuperada.

O objetivo do art. 47 da Lei 11.101/2005 volta-se à viabilidade, especialmente porque a ação de recuperação judicial envolve custos que são socializados por todos.¹⁷⁵

O comercialista Fábio Ulhoa¹⁷⁶ adverte para o fato de que nem toda empresa deve ou merece ser recuperada, destacando que, em última análise, os custos e a taxa de risco acabam sendo repassados para os preços finais dos produtos e serviços, fazendo com que o peso de uma recuperação judicial recaia sobre toda a sociedade.

Essa preocupação também é compartilhada pelo Ministro Luis Felipe Salomão,¹⁷⁷ para quem a prática judiciária pode indicar que os credores não se entusiasmassem a emendar

¹⁷² “Não cabe ao Poder Judiciário a tarefa de reestruturar a atividade do empresário individual ou sociedade empresária em crise. Cumpra-se somente acompanhar e reger a aplicação à sociedade empresária em apuros financeiros de uma série de procedimentos legalmente previstos como formas de se propiciar a retomada econômica da unidade produtiva”. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 68.

¹⁷³ Não se ignora o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, cumpridos os requisitos legais do art. 51 da Lei 11.101/2005, o Juiz deve deferir o processamento da recuperação, independente da viabilidade econômica da empresa, que deverá ser apurado pelos credores quando da assembleia. No REsp 1.359.311, que se tratava de um caso em que o plano de recuperação já havia obtido aprovação em assembleia, restou consignado que seria vedado ao juiz se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa: “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 CJP/STJ”. (REsp 1.359.311, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma do STJ, julgado em 09.09.2014, DJE 30/09/2014).

¹⁷⁴ A respeito do tema do controle jurisdicional, ver a dissertação de Mestrado de VAZ, Janaina Campos Mesquita. 2015. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹⁷⁵ “(...) a legislação deve ser elaborada, interpretada e aplicada de forma que os ganhos dos beneficiários por ela sejam maiores que as perdas que venham causar (eficiência de Kaldor-Hicks)”. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 29.

¹⁷⁶ “Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo.” COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 352.

¹⁷⁷ “(...) na prática, ordinariamente assistimos a falências que não chegam ao fim, justamente porque se estabelece uma verdadeira “indústria” para extinção dos ativos da empresa, até que ela esteja literalmente “sugada”. Dir-se-á que os credores deverão fiscalizar. Na prática, contudo, sabemos que a dificuldade dessa atuação. Os credores preferem arcar com as perdas experimentadas a continuar com as despesas para perseguir o crédito. Ademais, muito embora a lei estabeleça o prazo de dois anos, a contar do deferimento, para término do processo judicial de recuperação, o fato é que o plano em si pode ter duração muito maior. É preciso, pois, muita vigilância do juiz,

seguidos esforços para perseguir o crédito e fiscalizar a recuperação judicial, o que acaba por levar a tramitações alongadas, que não chegam ao fim e que acabam por sugar os ativos da empresa no curso do processo.

Leonardo Adriano Ribeiro Dias¹⁷⁸ observa que a doutrina estrangeira chama atenção para o fato de o risco do valor da empresa recuperanda ser dissipado na tramitação com os custos gerados à atividade em recuperação, a exemplo de desgastes com os parceiros comerciais e pagamentos dos profissionais envolvidos para um bom plano de recuperação (advogados, administrador judicial, contadores, consultores).

Na perspectiva estrangeira sobre a observação do que acontece na reorganização da atividade empresarial na realidade americana, Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen advertem para a possibilidade de haver o desvirtuamento dos objetivos iniciais da legislação:

The vast majority of firms in financial distress never enter bankruptcy. Today the Chapter 11 of a large firm is an auction of the assets, followed by litigation over the proceeds. To the extent we understand the law of corporate reorganizations as providing a collective forum in which creditors and their common debtor fashion a future for a firm that would otherwise be torn apart by financial distress, we may safely conclude that its era has come to an end.¹⁷⁹

Importante observar, portanto, que, se de um lado, o objetivo principal da lei é a superação da crise econômico-financeira, de outro, como vimos, é relevante para o nosso sistema recuperacional que somente as empresas viáveis possam se valer dessa ferramenta.

Todavia, não é adequado ao Poder Judiciário adentrar no exame da viabilidade econômica da empresa. Desde que ocorra o preenchimento dos requisitos legais e que seja da

administrador e credores.” SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 14.

¹⁷⁸ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 59.

¹⁷⁹ BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of Bankruptcy. **Law & Economics Working Paper**, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “A grande maioria das empresas em dificuldades financeiras nunca entra em processo de falência. Hoje, o Capítulo 11 de uma grande empresa é um leilão dos ativos, seguido por um litígio sobre os rendimentos. Na medida em que entendemos a lei de reorganizações societárias como um meio de fornecer um fórum coletivo no qual os credores e seu devedor comum moldam um futuro para uma empresa que de outra forma seria dilacerada por dificuldades financeiras, podemos concluir com segurança que sua era chegou ao fim.”. Em 2006, Rasmussen deixou ainda mais claro que o que ele e Baird escreveram não foi no sentido de que o Chapter 11 deixaria de ser usado na prática, mas que haveria um desvirtuamento do seu uso: “Rather, the essential point is that because of changes in the market and in bankruptcy practice, Chapter 11 would no longer be operating in the fashion intended by those who drafted it” RASMUSSEN, Roberto K. “The End of Bankruptcy” Revisited. **Legal Studies Research Papers Series**, n. 16-28, USC Gould School of Law. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821838. Acesso em: 20 jul. 2020. Em uma tradução livre “Em vez disso, o ponto essencial é que, devido às mudanças no mercado e na prática de falências, o Capítulo 11 não estaria mais operando da maneira pretendida por aqueles que o redigiram”. Em sentido contrário ver LOPUCKI, L. M. The nature of the bankrupt firm: A response to Baird and Rasmussen’s the end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, v. 56, n. 3, p. 645-671, 2003.

vontade dos credores em assembleia geral,¹⁸⁰ a recuperação judicial deverá ser processada e deferida, muito embora sempre fique a advertência do risco de assistencialismo.¹⁸¹

Suponhamos que coubesse ao magistrado decidir qual empresa teria futuro promissor no ambiente econômico-financeiro, teria ele motivação para ser remunerado como um excelente analista de mercado ou mesmo buscaria ser sócio do negócio viável. Afinal, lição costumeira nas salas de aula de direito societário¹⁸² é que “sócio é para dividir risco”. Se o empresário estiver certo de que o seu negócio irá gerar frutos financeiros, não chamaria um sócio para dividir o lucro.

A decisão sobre a aprovação da viabilidade econômica ficar a cargo dos credores da recuperanda é, entre as soluções (tal como a democracia),¹⁸³ a menos pior, dentro de uma lógica de abstração dedutiva.

Contudo, a prática judiciária diária pode deturpar um raciocínio lógico-dedutivo pretensamente absoluto. Tal qual a antiga lei do uso ou desuso de Lamark,¹⁸⁴ a utilização reiterada, ao longo dos anos, de recuperações judiciais consideradas não exitosas aos objetivos definidos pela lei, pode servir de incentivo à utilização dessa ferramenta para alcançar proveitos e vantagens ocultas, tais como dar sobrevida a uma empresa inviável para mitigar os direitos dos trabalhadores e os interesses dos credores. E isso vindo a ocorrer, é justamente o contrário do que se pretendeu com a Lei 11.101/2005.

Inclusive, Eduardo Munhoz já advertiu ser essa discussão sobre os limites do poder jurisdicional um falso dilema. Para o referido autor, ao Juiz não cabe o papel de servir de mero homologador, e também não lhe cabe substituir a negociação estruturada entre os credores para fins de aprovação do plano:

Há de se buscar regras procedimentais que, concretizando o princípio (a cláusula aberta) insculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, organizem os interesses afetados pela crise da empresa, alçando o juiz ao papel de presidente do processo de negociação

¹⁸⁰ Através do **REsp 1.314.209**, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que a assembleia geral é soberana em suas decisões quanto ao conteúdo do plano, ainda que se submeta ao controle judicial da legalidade dos negócios jurídicos em geral: “1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial”. (REsp 1.314.209, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, julgado em 22.05.2012, DJe 01/06/2012).

¹⁸¹ SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

¹⁸² Recordar-se aqui das aulas do professor Pablo Arruda no LLM de direito empresarial societário no programa de pós-graduação da escola de direito da FGV Rio.

¹⁸³ “A democracia é o pior dos regimes políticos, mas não há nenhum sistema melhor que ela” frase atribuída a Winston Churchill.

¹⁸⁴ Jean-Baptiste Lamarck é um biólogo francês naturalista que desenvolveu uma teoria, hoje já contestada, que a utilização ou não dos órgãos dos seres vivos interfeririam na evolução da espécie motivo pelo qual o meio ambiente era capaz de influenciar.

e de árbitro dos eventuais desvios de rota que possam comprometer o atendimento dos objetivos definidos pelo legislador.¹⁸⁵

A investigação da concretização dos objetivos do art. 47 da Lei 11.101/2005 utilizará do método indutivo para fazer uma abordagem descritiva dos resultados preditivos evidenciados no âmbito da norma da ação de recuperação judicial.

Diante da análise da concretização da lei de recuperação que deve envolver os objetivos anunciados pelo dispositivo do art. 47 da Lei 11.101/2005, o programa normativo da superação da crise econômico-financeira levará em consideração a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores e o efetivo cumprimento das obrigações nele previstas.

As empresas que obtiveram a sentença extintiva da recuperação judicial, necessariamente, submeteram um plano de reorganização das suas dívidas à aprovação dos seus credores e, mesmo após dois anos, não tiveram impuntualidade das obrigações novadas. Isso permite afirmar que atingiram a concretização do objetivo principal de viabilizar a superação da crise econômico-financeira sob a perspectiva de cumprimento do plano homologado judicialmente.

A conquista desse patamar (superação da crise econômico-financeira) é indispensável para se conseguir alcançar os demais objetivos secundários. Não há hipótese alguma em que se possa conceber a manutenção da fonte de produtos e serviços, a manutenção de empregos e a preservação dos interesses dos credores, com a permanência do negócio em debilidade contínua. Vencer a enfermidade econômico-financeira é pressuposto fundamental e lógico para se adentrar nos demais objetivos.

2.3.2 Manutenção da fonte produtora

O texto da lei da ação de recuperação judicial, para além do objetivo amplificado de buscar soerguer a atividade econômica em crise, tem como primeiro objetivo específico a manutenção da unidade produtiva.

O substantivo feminino “manutenção” é utilizado como vocábulo do emprego do verbo “manter” e não se sujeita a maiores dificuldades de compreensão. “Manter” significa conservar, resistir, guardar determinada posição. A fonte é a origem, a nascente, a procedência, e o termo “produtora” vem de “produzir”, logo, pela interpretação gramatical, a fonte que deve ser mantida é aquela que produz.

¹⁸⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 10, n. 36, abr./jun. 2007, p. 192.

Para Bezerra Filho, “manutenção da fonte produtora” seria “recuperar a empresa”¹⁸⁶. E isso seria uma orientação principiológica prioritária a ser atendida pelo juiz. Haroldo Verçosa diz que a referência à “manutenção da fonte produtora” corresponderia a um conceito impreciso e se mostra crítico da opção legislativa quando diz que melhor seria se fosse “manutenção da empresa ou do estabelecimento”.¹⁸⁷ Henrique Lana aduz que a produção dessa fonte seria a da renda e a do emprego.¹⁸⁸

A Ministra Nancy Andrighi¹⁸⁹ direciona a interpretação da aplicação da lei para a finalidade de atender à manutenção do ente empresarial dentro do sistema de circulação de bens e serviços na sociedade. Dessa forma, o programa normativo da expressão “manutenção da fonte produtora” vai possuir como significado a produção desse conjunto de benefícios que é proporcionado pela consequência de introduzir no mercado a circulação de um bem ou um serviço.

Naturalmente, na grande maioria dos casos, a superação da crise econômico-financeira levará a preencher também o objetivo específico, que vem a ser a manutenção da fonte produtora.

É dizer, obtida a novação e o rearranjo das dívidas, de sorte que a então devedora consiga cumprir suas obrigações, é natural pensar que haverá a continuidade da oferta do produto ou serviço no mercado, evitando-se desabastecimento e prejuízos advindos da solução de continuidade (interrupção).

Aqui, embora possa ser repetido muito do que acima foi dito sobre viabilidade econômica, há uma diferença, que merece ser destacada, entre a superação de uma conjuntura adversa de crise e a ideia de manutenção da fonte produtora.

A superação da crise econômico-financeira vai dizer com o estágio de adimplemento das obrigações de que era devedora à época da crise. Para descrever com exatidão o que caracteriza a superação da crise, pode-se dizer que é o progresso entre o binômio algébrico que

¹⁸⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

¹⁸⁷ “porque, no final das contas, tudo se refere a dinheiro novo destinado a fazer mais dinheiro novo que pague as obrigações correntes e as antigas, dentro do esquema que vier a ser aprovado”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 356.

¹⁸⁸ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise econômica do Direito e a empresa em crise: inteiração inafastável. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 16, n. 1, p. 11-44, jan/abr. 2019. LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Algumas ponderações após mais de um década desde a publicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 15, n. 2, p. 143-177, maio/ago. 2018.

¹⁸⁹ REsp 1.193.115/MT, Voto vencido da Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, Dje 07/10/2013.

fará marchar do negativo para o positivo na perspectiva do cumprimento das obrigações. De inadimplente para adimplente.

Já a manutenção da fonte produtora exprime a ideia de fornecimento ao mercado, para fins de troca, de bens e serviços voltados à necessidade de outra pessoa. Essa é a externalidade positiva provocada pela fonte que produz. É a movimentação do giro econômico que se deve conservar e manter. É a catalisação ininterrupta de novos modelos de negócios que o ciclo de desenvolvimento econômico provoca e estimula.

Em certas ocasiões, poderá ocorrer um desvirtuamento entre os objetivos eleitos pelo programa normativo, o que só poderá ser resolvido com o conhecimento dos dados extralinguísticos próprios do âmbito da norma.

Marcelo Sacramone adverte que o “desvirtuamento poderia ocorrer nas hipóteses em que o devedor procura a recuperação judicial para garantir a transferência patrimonial sem sucessão em detrimento dos credores extraconcursais ou com prejuízo da continuidade da atividade”.¹⁹⁰

O programa normativo extraído a partir do dispositivo legal do art. 47 da lei impede que o instituto da recuperação judicial seja utilizado pelos agentes econômicos em detrimento dos objetivos para os quais foi concebido, cabendo às situações encontradas no âmbito da norma observar eventuais conflitos entre o objetivo principal de superação da crise econômico-financeira do devedor e o de manutenção da fonte produtora.

Por ora, importante se mostra fixar apenas que a noção de que o programa normativo prevê como objetivo da Lei 11.101/2005 a superação da crise econômico-financeira e, como objetivo específico, a manutenção da fonte produtora.

Em diversas oportunidades, esses objetivos estarão conjugados harmoniosamente entre si. No entanto, é possível que haja também hipóteses de desvirtuamento do uso da recuperação judicial, observando-se a necessidade de se verificar o arranjo social como um todo no caso concreto.

Para Cassio Cavali e Luiz Roberto Ayoub, devem ser liquidadas as empresas que estiverem baseadas em modelos de negócios que não são capazes de gerar valor.¹⁹¹

¹⁹⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 191.

¹⁹¹ “No jargão anglo-saxônico, empresas incapazes de gerar valor são referidas como empresas produtoras de chicotes para charretes (*buggy whips markers*), em uma alusão às empresas produtoras de chicotes do século XIX que não se adaptaram ao surgimento do automóvel. Bons exemplos de empresas produtoras de *buggy whips* são a Kodak e a Blockbuster. Aquela não conseguiu mudar o seu modelo de negócios para adaptar-se à fotografia digital; esta não conseguiu adaptar seu modelo de negócios para a tecnologia de distribuição digital de filmes”. AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 221.

A concretização do programa normativo do objetivo específico da manutenção da fonte produtora se verificará no caso concreto com o arquivamento de atos da atividade empresarial no registro mercantil após a sentença extintiva da recuperação judicial. A existência de arquivamento¹⁹² e o conteúdo do seu registro na junta comercial permitirão colher evidências sobre a manutenção da fonte produtora.

Com análise dos dados empíricos que evidenciem as empresas que obtiveram a sentença extintiva da recuperação judicial e que, após isso, realizaram novos arquivamentos, é que será possível denotar a permanência da atuação no mercado, de sorte a evidenciar a concretização do objetivo específico de manutenção da fonte produtora.

2.3.3 Manutenção do emprego dos trabalhadores

Estatui ainda o texto legal que a manutenção dos empregos é um objetivo, também específico, a ser perseguido pela ação de recuperação judicial.

Há de ser observado, em um primeiro momento, que o dado de entrada linguístico para o exame da lei se refere a “emprego” e a “trabalhadores”. Isso permite dizer que está contida no programa normativo a figura do empregado do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).¹⁹³

A elaboração sistemática desse programa normativo possibilita ver a importância do crédito trabalhista que está projetado em diversos dispositivos da lei. O art. 54 prevê o prazo de até um ano para pagamento dos créditos estritamente salariais¹⁹⁴, o art. 83, I, coloca o crédito trabalhista em primeiro lugar na classificação do quadro de credores na falência, assim como o enunciado do art. 26, I, que garante assento aos credores trabalhistas no comitê de credores.

Em reforço, tem-se como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego. Deilton Brasil e Leandro Martins¹⁹⁵ destacam que tal princípio se baseou nas ideologias de John

¹⁹² Aqui entendido como generalidade do ato da empresa levado ao órgão de registro da empresa.

¹⁹³ “Os elementos fáticos-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade”. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 299.

¹⁹⁴ Após a edição da lei 14.112/2020, incluiu-se o parágrafo segundo ao artigo 54 para prever a extensão em até dois anos do prazo de pagamento dos créditos trabalhista, desde que cumpridos cumulativamente os requisitos da apresentação das garantias julgadas suficientes pelo juiz; aprovação dos credores trabalhista e garantido a integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas.

¹⁹⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. O princípio do pleno emprego: a função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 212-244, mar. 2017, p. 219.

Maynard Keynes, que no contexto da Grande Depressão chegou ao extremo de defender que os governos gastassem de qualquer forma para criar empregos, tal como cavar buracos nas vias públicas para serem fechados posteriormente.¹⁹⁶

Importa investigar, então, a partir da interpretação gramatical e sistemática dos dispositivos espalhados na lei, se os limites interpretativos encontrariam óbice na extensão da expressão “manutenção do emprego dos trabalhadores” para outros tipos de relação de trabalho.

Não há dúvidas de que está contido no programa normativo do art. 47 da Lei 11.101/2005 o empregado propriamente dito, ou seja, aquele que possui, na sua relação de direito material, os requisitos da pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação.

Contudo, na dinâmica do mundo atual, a prestação de trabalho não está restrita exclusivamente aos elementos que caracterizam a relação empregatícia. Nelson Mannrich¹⁹⁷ esclarece que, a partir de novas tecnologias, as empresas reduziram o seu quadro pessoal e outras realidades de prestação de serviços foram sendo construídas.

Então, aqui, para formação do programa normativo dentro do espectro pós-positivista, para fins da concretização do art. 47, seria permitido envolver na análise dos dados da realidade empírica também os trabalhadores (ainda que não empregados diretos da recuperanda) – terceirizados, eventuais, autônomos e outros prestadores de serviço, especialmente em período de flexibilização de norma juslaboral.

Paulo Robert Ebert, citando Alain Supiot, nomeia o fenômeno atual de *law shopping*,¹⁹⁸ para dizer que os Estados estariam preocupados em reduzir o preço da mão de obra com vistas a atrair investimentos e assim oportunizar produtos e serviços mais competitivos.

¹⁹⁶ “muito se falou sobre essa receita Keynesiana do gasto público (ou desperdício) com “abertura e fechamento de buracos”, pouco foi dito que Keynes qualificou-o como um meio tão somente se não houvesse outro para se perseguir e alcançar tal objetivo.” AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Keynes, crise e política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

¹⁹⁷ “Novas tecnologias da informação introduziram mudanças profundas no mundo do trabalho. As empresas se reduziram, passaram a se utilizar da externalização (terceirização), do teletrabalho, surgindo também a teledisponibilidade e a telessubordinação. Observa-se aumento do trabalho autônomo dependente, do trabalho precário e da grande massa dos excluídos do mundo formal de trabalho. A globalização e internacionalização do capital determinaram novas estratégias de reestruturação das empresas e novas modalidades contratuais, com o fim de horários fixos e jornadas rígidas”. MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. **Revista LTr**, v. 81, n. 11, p. 1.287-1.300, 2017, p. 1.290.

¹⁹⁸ “A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, apodada de Reforma Trabalhista, apresenta-se como uma nítida manifestação do fenômeno descrito por Alain Supiot como *law shopping*, a compreender, sob a ótica do Estado, a busca pela redução do custo de mão de obra com vistas à obtenção de vantagens na precificação de seus produtos no mercado internacional, bem como à atração de investimentos produtivos e, da parte dos empresários, a escolha daqueles ordenamentos jurídicos trabalhistas menos onerosos no que concerne aos custos com pessoal”. EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988. **Revista LTr**, v. 81, n. 10, p. 1.182-1.193, 2017, p. 1.182.

Dentro dessa perspectiva da quadra atual, como equilibrar o objetivo específico de conservação de postos de trabalho¹⁹⁹ *lato sensu* com o fenômeno da automatização²⁰⁰ próprio da indústria 4.0,²⁰¹ que, em boa parte, conflita com o sentido estático de emprego/trabalho tradicional?

Fábio Ulhoa Coelho adverte para o paradoxo que pode vir a ser recuperar uma empresa tecnologicamente atrasada que dependa de modernização e, ao mesmo tempo, garantir a manutenção dos empregos. A modernização “implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída a tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza”.²⁰²

Encontra-se aí uma aparente antinomia prevista no texto da lei. Essa contradição entre proposições se dá quando há duas possibilidades de decisões sobre as quais não se pode decidir.

Se, de um lado, o programa normativo visa à recuperação da empresa e, portanto, provavelmente a atividade precise de inovação tecnológica para aprimorar e tornar eficiente/competitivo os seus processos internos de fabricação, industrialização, distribuição e de comercialização, de outro, também é verdade que um dos objetivos do programa normativo é a conservação dos empregos, ainda que seja conhecido que a evolução tecnológica, por vezes, impõe o desemprego.²⁰³

Diz-se tratar-se de aparente antinomia, uma vez que o art. 47 da Lei 11.101/2005 não pode ser lido apartado da Constituição Federal. A nossa Carta Política conjuga a livre iniciativa com o valor social do trabalho,²⁰⁴ especialmente quando a iniciativa privada for socorrida por

¹⁹⁹ Destacando ser possível a diminuição dos postos de trabalho: TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 76.

²⁰⁰ “a palavra “automatização” seria o emprego das máquinas dotadas de inteligência artificial relacionada com a robótica e a mecatrônica com capacidade de identificação de possíveis erros, desperdícios e implementos a serem feitos na produção”. MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 43, v. 182, p. 21-59, out./2017, p. 23.

²⁰¹ “Indústria 4.0 corresponde à quarta Revolução Industrial, estágio atual. Combina tecnologias inovadoras capazes de aprimorar a indústria, potencializando sua produtividade. Além de oferecer economia de tempo, reduz custos, oferece maior eficiência no uso de recursos e controle de qualidade”. MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. **Revista LTr**, v. 81, n. 11, p. 1.287-1.300, 2017, p. 1.290.

²⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 354.

²⁰³ “A automação é um fenômeno multifacetado que revela boas e más expressões fisionômicas. Ele pode representar, a um mesmo tempo, o divido ato de salvaguardar o trabalhador da execução de atividades prejudiciais à sua saúde e segurança e o diabólico desemprego estrutural”. MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 43, v. 182, p. 21-59, out./2017, p. 22.

²⁰⁴ “É justamente nesse sentido que o valor social da livre iniciativa ladeia topograficamente o valor social do trabalho no texto conferido aos arts. 1º, IV e 170, *caput*, da Carta Magna, na condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e como uma das diretrizes norteadoras da atividade econômica. EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988. **Revista LTr**, v. 81, n. 10, p. 1.182-1.193, 2017, p. 1.184.

intermédio de benefícios decorrentes de uma solução estatal para a crise econômico-financeira, como vem a ser a recuperação judicial.

A tarefa do constitucionalista moderno e do processualista/comercialista a atuar na recuperação judicial está também em decidir, no caso concreto, entre a exigência de analisar os custos de transação da atividade empresarial – de sorte a torná-la mais competitiva, o que, no futuro próximo, terá lugar em larga escala com a revolução robótica –²⁰⁵ e a salvaguarda do emprego formal.

Como já dito em Müller, somente com a junção dos entes jurídicos do programa normativo e do âmbito da norma é que se poderá fazer nascer a norma jurídica. O caso concreto, portanto, será a libertação e ao mesmo tempo o fechamento dos limites interpretativos.

Daí porque se acredita ser fundamental conhecer a realidade empírica brasileira para fins de revelar os resultados das ações de recuperação judicial já extintas em comparação com o objetivo específico de manutenção do emprego dos trabalhadores previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005.

A ocorrência ou não da manutenção dos empregos formais após a extinção da recuperação judicial será conhecida através da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), instituída pelo Decreto 76.900, de 23/12/1975.

2.3.4 Interesse dos credores

Por derradeiro, a legislação tem como objetivo específico último²⁰⁶ satisfazer os interesses dos credores.

A despeito do que ocorria na concordata, em que se concentrava o poder de decisão na mão do Estado-Juiz, a lei de recuperação judicial avança no sentido dos interesses dos credores, o que se revela, sistematicamente, em diversos dispositivos que albergam a efetiva possibilidade de dar voz e vez aos credores da recuperanda.

No art. 27, I, alínea “c”, é atribuição expressa do comitê de credores levar ao conhecimento do juiz a eventual violação dos direitos ou prejuízos aos interesses dos credores. Tanto na assembleia da recuperação judicial como na falência (art. 35, I, “f”, e II, “d”), pode ser pautada para deliberação qualquer matéria que diga respeito ao interesse dos credores. O

²⁰⁵ De acordo com o ManpowerGroup no estudo “A Revolução das Competências” 45% das atividades realizadas por nós humanos no local de trabalho será automatizada em pouco espaço de tempo (MANPOWERGROUP, 2017)

²⁰⁶ Defendendo existir uma ordem de preferência entre os objetivos a serem alcançados: MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 183.

art. 64, III, permite a destituição de administrador judicial, de administradores e de membros do comitê de credores que eventualmente tenham atuado em desfavor dos interesses dos credores.

Outras disposições permitem condutas proativas, a exemplo do art. 109, que permite lacrar o estabelecimento do devedor no interesse dos credores, quando for o momento da arrecadação e custódia dos bens do falido, assim como o art. 129, que considera ineficazes atos praticados antes da falência.

Para o Ministro Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva, a ideia é demonstrar ao mercado a importância dos credores na condução ativa²⁰⁷ desta nova ferramenta que é ação de recuperação judicial. Isso porque são eles, os credores, que irão suportar os prejuízos concretos²⁰⁸ mais diretos de um eventual insucesso da reorganização da atividade empresarial.

João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea vão além ao dizer que são os credores que irão “financiar”²⁰⁹ a atividade empresarial do devedor, no caso de sucesso.

Contudo, reconhecer a estrutura de incentivos da lei para a participação ativa dos credores no processamento da recuperação judicial não esgota o programa normativo do art. 47 da Lei 11.101/2005. A perseguição do objetivo específico é realizar a recuperação na medida dos interesses dos credores.

A reflexão a que se socorre aqui é aquela apresentada em “The Logic and Limits of Bankruptcy Law”,²¹⁰ quando se faz referência a um evento de rock popular, em que, provavelmente, se a procura por ingressos for intensa, valerá a ordem de chegada para os melhores assentos (“first-come, first-served”), isso para uma hipótese de uniformização dos preços dos locais.

No mundo dos negócios e do crédito, há razões para se acreditar que uma legislação concursal possa melhor alocar os interesses através de um regime de cooperação,²¹¹ como pode ocorrer na teoria dos jogos²¹² do tipo “dilema dos prisioneiros”.²¹³

²⁰⁷ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 41.

²⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 229.

²⁰⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 133.

²¹⁰ JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of Bankruptcy Law**. Washinton, DC: Beard Books, 2001, p. 7-19.

²¹¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 103.

²¹² “(...) a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência entre os agentes”. HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução a teoria dos jogos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 115.

²¹³ “As características essenciais do dilema dos prisioneiros são: (i) cada jogador tem duas estratégias – cooperar com o outro (no exemplo dado, negar participação no crime ou não confessar) ou não cooperar (no caso, delatar o

O exemplo dado é dos peixes (ativos) em um lago (devedor). Se todos os pescadores (credores) tiverem a possibilidade de pescar (executar a dívida) ao mesmo tempo e se valer da regra de “quem primeiro pescar leva o produto da pesca”, é provável que o lago seja liquidado (pois haveria uma corrida entre os credores). No entanto, pode ser do interesse dos credores que a preservação do lago pudesse fornecer peixes continuamente ao longo do tempo, de modo a permitir a satisfação de todos os credores.

Assim, os credores tenderiam a cooperar e a evitar a liquidação prematura da operação que oportunize mais valor em sua continuidade operacional.²¹⁴

Silva e Saito²¹⁵ fazem uma revisão da literatura internacional e concluem que a opção pela recuperação judicial envolve a alternativa de menor custo. Também dependerá do nível de assimetria de informação entre os credores e da gravidade do conflito de interesse que precisará de coordenação da posição dos credores.

A formação do programa normativo da expressão “interesse dos credores” apresenta um sentido mais dilatado que os demais objetivos, manifestando uma maior vagueza e ampliação dos limites interpretativos.

Sistematicamente, o interesse dos credores representa o poder atribuído pela lei para que eles deliberem sobre a condução da recuperação. A lei de recuperação judicial institui um fórum coletivo entre credores para servir de incentivo à deliberação conjunta e à atenuação da assimetria de informação, em lugar de negociações financeiras individualizadas.

A aprovação e o cumprimento do plano representariam atender ao interesse dos credores, haja vista que cabe a eles deliberar sobre a melhor solução possível no caso concreto.

outro ou confessar); (ii) cada jogador tem uma estratégia dominante (no caso, confessar); e (iii) a solução de equilíbrio de estratégias dominantes é pior para cada um dos jogadores do que a situação fora de equilíbrio onde ambos cooperam”. HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução a teoria dos jogos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 120.

²¹⁴ “To the extent that a no piecemeal collective process (whether in the form of a liquidation or reorganization) is likely to increase the aggregate value of the of assets its substitution for individual remedies would be advantageous to the creditors as a group. This is derived from a commonplace notion: that a collection of assets is sometimes more available together than the same assets would be if spread to the winds. It is often referred to as the surplus of a going-concern value over a liquidation value”. JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of Bankruptcy Law**. Washinton, DC: Beard Books, 2001, p. 14. Em uma tradução livre: “Na medida em que o processo coletivo não seja fragmentado (seja ele na forma de liquidação ou reorganização) é provável que aumente o valor agregado dos ativos e a sua substituição a remédios individuais seria vantajosa para os credores como grupo. Isso é derivado de uma noção comum: uma coleção de ativos às vezes tem mais valor em conjunto do que os mesmos ativos espalhados aos ventos. Isso é referido como o excedente do valor de uma empresa em funcionamento sobre seu valor de liquidação.”

²¹⁵ “Therefore, theoretical studies show that the least-cost alternative will drive reorganization cases. However, it depends on the level of information asymmetry and the severity of conflicts of interest and coordination problems.” SILVA, Vinicius Augusto Brunassi. SAITO, Richard. Coporate Financial Distress and Reorganization: A survey of theoretical and empirical contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo: v. 22, p. 401-420, 2020, p. 405.

Considerando que o objeto desta pesquisa é a atividade empresarial após a sentença da recuperação judicial, o programa normativo “interesses dos credores” será investigado aqui de modo mais dilatado,²¹⁶ pois será revelado pela adimplência da atividade empresarial já recuperada no mercado,²¹⁷ o que se dará com a verificação do *ranking (score)* e da inscrição ou não das empresas que obtiveram sentença extintiva nos cadastros negativos.

2.3.5 Preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica

O conjunto de objetivos específicos previstos no art. 47 da lei tem como consequência promover a preservação da empresa, da sua função social, e o estímulo à atividade econômica.

São textos da lei que evidenciam cláusulas gerais. Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira lecionam que as cláusulas gerais costumam ser derivadas de princípios constitucionais e que a solução da sua utilização seja consentânea com a ordem jurídica, observando-se a necessidade de fundamentar a decisão na história institucional do direito de determinada comunidade política.²¹⁸

O primeiro desafio que acomete o programa normativo é verificar os contornos do significado de empresa para o direito. Para que se dê o passo de compreender o que seja preservar uma empresa, precede que o trabalho busque a historicidade institucional do conceito jurídico atribuído à empresa²¹⁹ pela teoria geral.

O tema é absolutamente conhecido e debatido na doutrina, a ponto inclusive, de a literatura jurídica adjetivar das mais diversas formas a complexidade que é abordá-lo.²²⁰ Dessa

²¹⁶ Sobre o interesse público/coletivo na recuperação judicial: “os efeitos da crise econômico-financeira da empresa não interessam apenas às esferas jurídicas do devedor e de seus credores. Por outras palavras, o moderno direito concursal desloca seu âmbito de atuação do campo exclusivamente privatístico para o publicístico”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. O plano de recuperação judicial. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 207-208.

²¹⁷ Silva e Saito aludem que um estudo de 1995 de Hotchkiss considera que 40% das empresas continuaram a ter perdas operacionais após 03 (três) anos da reorganização. SAITO, Richard. Coporate Financial Distress and Reorganization: A survey of theoretical and empirical contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo: v. 22, p. 401-420, 2020, p. 405.

²¹⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 414-415.

²¹⁹ CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 236.

²²⁰ Elucidativa a reflexão de Jorge Lobo sobre os estudos da conceituação da empresa: “por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final”. LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**, 40, 125, p. 29, 2002.

forma, não é pretensão deste trabalho, e sequer poderia ser, colocar um ponto final no tema da conceituação jurídica da empresa.

Cuida-se, aqui, menos de polissemia e variância tônica²²¹ do conceito jurídico, e mais de dotá-lo de uma acepção racionalizável para os fins pretendidos no trabalho.

Nas palavras de Cassio Cavalli, “a história do direito comercial é a história de sua especialidade em relação ao direito civil”.²²² O curso da história foi responsável por criar um destacamento do direito comercial do direito civil, dando início a essa dicotomia dentro do ramo do direito privado.²²³

E a razão de ser estaria, inicialmente, na singularidade da atuação dos comerciantes, que valorizavam costumes mercantis peculiares que justificariam a autonomia do direito comercial frente ao direito civil comum.

Assim, para fins de reconhecer um direito especial a ser aplicado, ora se teve como elemento epistemológico dessa diferenciação a existência de atos de comércio (critério objetivo),²²⁴ ora ocorreu em razão da pessoa envolvida no fato qualificado como jurídico, a saber, o comerciante (critério subjetivo).²²⁵

Em que pese o Livro II da Parte Especial do Código Civil brasileiro seja nomeado de Direito de Empresa,²²⁶ o diploma civil, por opção de política legislativa, não definiu o conceito jurídico de empresa,²²⁷ cabendo à doutrina formatá-lo.²²⁸

²²¹ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 93.

²²² CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 54.

²²³ Sobre o tema ver a tese acadêmica com a qual a professora Paula Forgioni obteve aprovação no concurso para titularidade da cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²²⁴ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

²²⁵ “Nesse contexto, seguindo uma tendência europeia, os juristas chamavam a importância de se abandonar o critério objetivo, ou seja, que atentasse para o objeto da atividade mercantil, o ato de comércio (mormente em face da limitação oferecida pelo art. 19 do regulamento 737/1850), e passar-se a um critério subjetivo, isto é, que considera-se o sujeito da atividade mercantil, assimilando o fenômeno das empresas, cuja importância para a economia era inequívoca”. MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

²²⁶ “Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de terminologia, mas um substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado”. WALD, Arnoldo. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 854. Sobre a mudança legislativa, válida também a reflexão de Gladston Mamede: “A adoção da Teoria da Empresa, entre nós, fez-se de forma tardia. Assim, acredito, fizemos uma reforma para trocar o arcaico pelo antigo, perdendo a oportunidade de cancelar a modernidade”. MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

²²⁷ FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria crítica da empresa**. São Paulo: IASP, 2018, p. 197.

²²⁸ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

Na ótica de Luiz Inácio Vigil Neto, “o legislador brasileiro, acertadamente, optou por não definir já que uma definição escrita poderia engessar o conceito, afastando-o da compreensão social ao longo dos anos”.²²⁹

Nada obstante a inexistência de definição legal, o Código Civil, erigindo a empresa como categoria central do direito de empresa,²³⁰ estabeleceu, no art. 966, os pressupostos jurídicos para conceituação da figura do empresário, que, por sua vez, autoriza a aplicação dos regramentos provenientes do direito empresarial.²³¹

Apesar do caminho trilhado pelo direito comercial/empresarial (ontem comerciante, hoje empresário), Cassio Cavalli adverte que a finalidade normativa permanece em qualificar juridicamente um sujeito de comerciante, de modo a identificar o estatuto jurídico aplicável.²³²

O autor argumenta, ainda, que a doutrina jurídica esteve presa a uma dependência cíclica no caminho da construção da noção jurídica da empresa proveniente do conceito econômico (a que ele atribuiu a figura de *lock-in em path dependence*).²³³

Apenas para ilustrar, Sérgio Campinho definiu a empresa “como uma organização técnico-econômica, ordenando emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”.²³⁴ Fábio Ulhôa Coelho a descreveu como “atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção”.²³⁵ E Gladston Mamede, entre outras definições, aduz que a “empresa, na sua qualidade de organização, é um conjunto de partes com funções específicas, constituída artificialmente pelo engenho humano, com a finalidade de otimizar uma atuação no plano econômico, ou seja, de produzir riquezas”.²³⁶

Portanto, mesmo após mais de um século da conceituação econômica da empresa pelo jurista Cesare Vivante,²³⁷ ou mesmo após o seminal artigo de Alberto Asquini²³⁸ sobre os perfis

²²⁹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

²³⁰ FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria crítica da empresa**. São Paulo: IASP, 2018, p.199.

²³¹ “Do exercício da atividade resulta a qualificação do sujeito, a qual constitui, por sua vez, o pressuposto para aplicação das normas integrantes do estatuto do empresário. Por essa razão, sustenta-se que a noção de empresa é decorrente do conceito legal de empresário”. CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 70.

²³² CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72.

²³³ “o direito comercial brasileiro contemporâneo não conseguiu elaborar um conceito de empresa juridicamente relevante e operacionalizável pois se encontra em uma situação de *lock-in em path dependence*”. CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 275.

²³⁴ CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 26.

²³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 34.

²³⁶ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 32.

²³⁷ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. I, p. 150-151.

²³⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.

jurídicos da empresa (subjeto, funcional, patrimonial e corporativo) e todas as alterações ocorridas no ordenamento jurídico do direito comercial/empresarial, os juristas, para Cassio Cavalli, presos à teoria econômica neoclássica, descrevem a empresa como:

(a) a organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada a obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidade alheias; (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro.²³⁹

Contudo, a ciência econômica possui variadas teorias (econômicas) da empresa, o que permite afirmar que haverá igualmente variados conceitos jurídicos de empresas, conforme a escolha da finalidade normativa.²⁴⁰

Para além da teoria neoclássica,²⁴¹ este trabalho se interessa pela teoria econômica que prevê a empresa como função de economizar custos de transação,²⁴² isto é, a economicidade dos meios (contida aí a busca da eficiência técnica e da inovação permanente).

Ronald H. Coase,²⁴³ primeiro (em 1937), insatisfeito com o sistema de preços²⁴⁴ decorrente da dinâmica natural do mercado defendido pela economia neoclássica, buscou dar mais aderência à realidade do porquê empresas existem,²⁴⁵ derivando daí que a função da criação das empresas por agentes econômicos seria evitar os custos de transação.²⁴⁶

Depois, em 1960, contrapondo-se às ideias de Arthur Cecil Pigou em “The Economics Welfare”, Coase descreveu, em “The problem of social cost”,²⁴⁷ que os agentes econômicos

CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 276

²⁴⁰ CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 208.

²⁴¹ Importante destacar, porque relevante, que na tese de Doutorado de Cassio Machado Cavalli também é desenvolvida a teoria da empresa como conexão de contratos com a função de economizar custos de agência. CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 194.

²⁴² “Dahlman cristalizou o conceito de custos de transação ao descrevê-los como “custos de busca e informação, custo de barganha e decisão, custos de monitoramento e cumprimento”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

²⁴³ COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.

²⁴⁴ Baird e Rasmusen relatam, no artigo The End of Bankruptcy, que a motivação inicial de Coase era demonstrar que a ideia de Lenin de transformar a União Soviética em uma enorme fábrica estava fadada ao fracasso.

²⁴⁵ “É possível pressupor, creio, que a marca distintiva da firma é que esta suplanta o mecanismo de preços”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 36.

²⁴⁶ CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 221.

²⁴⁷ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

barganhariam²⁴⁸ de maneira cooperativa em um hipotético cenário de inexistência de custos de transação, chegando a um resultado eficiente independentemente do que disciplinar a lei.²⁴⁹

Já no cenário de custos de transação altos (como acontece na realidade), Coase descreve que as partes não conseguem barganhar e o resultado da alocação dos recursos dependerá da lei,²⁵⁰ estipulando ainda que no mundo ideal a lei deveria privilegiar aquela parte que extrair maior ganho/valor para fins de atingir a maximização da eficiência.²⁵¹

Para o teorema de Coase,²⁵² a função primordial da empresa seria racionalizar sobre os custos que envolvem decisão, monitoramento, fiscalização e cumprimento das transações de mercado, de modo que a alocação ótima permita uma maior eficiência em favor do arranjo social como um todo.

Sob a perspectiva da empresa em crise, a economia dos custos de transação se mostra pertinente, sobretudo, para as hipóteses de preservação da empresa mediante a integração vertical²⁵³ dos seus ativos. Para Cavalli:

²⁴⁸ Barganhar aqui deve ser compreendido em seu sentido econômico, qual seja, negociação com trocas decorrente de interações entre agentes econômicos em um contexto mercadológico. Ou seja, nada tem a ver com seu sentido mais popular como pechinchar ou regatear. Nas palavras de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa: “Barganhar é o mesmo que negociar, trocar. Barganha é o termo geralmente usado na *common law* para examinar a formação de um contrato. Ou melhor: é através da teoria da barganha que, na *common law*, se diz ou não da existência de um contrato. Barganha, sob essa perspectiva, é um diálogo em torno do preço de um bem ou serviço.” PORTO, Antônio Maristrello. GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 195-196.

²⁴⁹ “(...) o resultado final (que maximiza o valor de produção) independe do sistema jurídico desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

²⁵⁰ “Nessas condições, a delimitação inicial de direitos tem sim efeitos sobre a eficiência com que o sistema econômico opera”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 115.

²⁵¹ Porque relevante, transcrevem-se os seguintes trechos do artigo “O problema do Custo Social” que rendeu um prêmio Nobel a Coase: “pareceria ser benéfico que os tribunais tivessem uma boa compreensão das consequências econômicas de suas decisões, bem como que, na medida do possível, sem criar demasiada incerteza sobre a situação jurídica em si, levassem em conta essas consequências ao tomar suas decisões”. e mais adiante “É tudo uma questão de sopesar os ganhos que adviriam da eliminação desses efeitos nocivos com os ganhos que se obteriam por permitir que continuassem” e, por fim, “O que precisa ser decidido é se o ganho obtido em impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outra parte como resultado da interrupção do ato que produziu o dano”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 119, 130-131.

²⁵² O economista George Stigler foi o responsável por enunciar o Teorema de Coase, fazendo-a da seguinte forma “em condições de concorrência perfeita, os custos privados e sociais são iguais”. STIGLER, George J. **The theory of price**. 3. ed. New York: Macmillan, 1966, p. 113. Todavia, o próprio Coase advertiu que o cenário de utilizar como exemplo um mundo sem custos de transação servia apenas para simplificar a análise a fim de destacar a importância dos custos de transação no mundo real: “Não me parece proveitoso gastar muito tempo na investigação das propriedades de um mundo como este. O que meu argumento realmente sugere é a necessidade de introduzir, explicitamente, na análise econômica, os custos de transação positivos a fim de que possamos estudar o mundo que, de fato, existe”. COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16.

²⁵³ Apesar das conhecidas divergências de Posner e Coase, cabe a transcrição do seguinte trecho: ““The Nature of the Firm” (nota 2) oferecera uma explicação diferente, não monopolística, para a integração vertical. Segundo essa explicação, os administradores trazem uma parte do processo de produção para dentro da empresa, em vez de manter todo o processo terceirizado por meio de contratos com outros produtores, quando os custos de coordenar

O que interessa não é quem é o proprietário dos ativos específicos, mas que os ativos específicos continuem sujeitos a um mesmo controlador, que pode ser outro veículo societário que não aquele em reorganização judicial. Nesse caso, mantidos os ativos específicos sob uma mesma hierarquia, haveria economia de custos de transação e maior capacidade de geração de valor de operação.²⁵⁴

O conceito jurídico atribuído à empresa pela doutrina é, portanto, “plurissignificativo que, mesmo para o direito, deve ser interpretada partir de cada situação referencial de fato”²⁵⁵ e dependerá da teoria econômica escolhida para ser o seu substrato.

O mote da ideia de preservar a empresa estaria no aludido axioma de que ela teria mais valor de mercado com a manutenção da íntima união dos seus fatores de produção reunidos para um determinado fim do que em eventual liquidação de seus ativos em pedaços.²⁵⁶ Chega-se a dizer que a empresa, enquanto atividade empresarial, vale (em relação aos seus ativos) mais “viva” (em operação) do que “morta” (em liquidação).

Seria, então, o princípio da preservação da empresa aquele valor superior (uma espécie de *valuation*)²⁵⁷ obtido pela continuidade operacional dos ativos organizados em empresa em detrimento do que seria o valor dos seus ativos separados em outro local. E tal situação, em tese, seria benéfica ao arranjo da sociedade como um todo.

O princípio da preservação da empresa está previsto no art. 47 e também revelado em outros dispositivos da lei que visa proteger a atividade em dificuldade financeira (arts. 6º, 49 §3º, 59, 60, entre outros),²⁵⁸ assim como é reconhecido expressamente pela jurisprudência.²⁵⁹ A sua base constitucional tem respaldo na garantia do desenvolvimento nacional²⁶⁰ alicerçado nos arts. 3º, III, e 170, VII e VIII, da Constituição Federal.

É o princípio da preservação da empresa que autoriza a separar a empresa (atividade) do destino do seu titular, assim como também afastar os seus sócios e dirigentes.²⁶¹ A

as diversas partes da produção da empresa através de transações de mercado excedem os custos de coordená-las hierarquicamente”. POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 433.

²⁵⁴ CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 228.

²⁵⁵ FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria crítica da empresa**. São Paulo: IASP, 2018, p. 207-208.

²⁵⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**: recuperação empresarial e falência. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183.

²⁵⁷ Sobre o problema da avaliação ver PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 214-215.

²⁵⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 126-127.

²⁵⁹ Ver STJ: AgInt no AREsp 1.053.565/RS; REsp 1.598.130/RJ; REsp 1.299.981/SP.

²⁶⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 81.

²⁶¹ SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. **Principais controvérsias na nova lei de falências**. Porto Alegre: Sergio Antonio

preocupação não é resguardar o patrimônio do empresário, mas fornecer condições de o negócio, enquanto atividade, permanecer ativo, se for para a bem da função social e dos interesses que gravitam na recuperação judicial.

Assim, o princípio da preservação da empresa é considerado o elemento de orientação basilar²⁶² na interpretação dos ditames da lei de recuperação judicial no caso de lacunas, omissões e contradições entre as regras e as metanormas que veiculam os interesses envolvidos nesse microsistema.²⁶³

A lição de Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen se mostra relevante quando se questiona sobre a ideia do valor dos ativos que estão presos/bloqueados dentro das empresas em recuperação inexitosa.²⁶⁴

Dando vazão às reflexões sobre os custos de transação, os referidos autores destacam que a lei de reorganização corporativa deveria fazer a mesma pergunta que Coase se fez sobre o porquê uma transação ocorreria no mercado ou dentro de uma empresa.

A questão é descobrir o que realmente teria mais valor para o arranjo social, isto é, se seria manter os ativos específicos de determinada empresa sempre juntos ou se seria melhor que eles retornassem ao mercado.

Os autores nos remetem à reflexão sobre a mudança da estrutura corporativa em pleno século XXI. Eles chamam atenção para o fato de que os ativos especializados de uma determinada empresa, atualmente, são frequentemente intangíveis, o que faz com que a empresa possa ter um elevado valor de mercado (exemplos do tipo *Google, Uber, Amazon*), mas não necessariamente possua ativos fixos e imobilizados (tangíveis) atrativos ao mercado.²⁶⁵

Fabris, 2008, p. 27; CARVALHO, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. **Direito falimentar contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 182.

²⁶² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124.

²⁶³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 190.

²⁶⁴ No original: “The question for us is not how much value is locked inside the firms that flourish, but how much is locked up in firms that fail”. BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of Bankruptcy. **Law & Economics Working Paper**, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “A questão para nós não é o quanto de valor está preso dentro das empresas que floresceram, mas quanto está preso nas empresas que faliram.”

²⁶⁵ Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen fazem alusão ao exemplo do Walmart para dizer que esta empresa desenvolveu um sistema que lhe permite operar melhor que seu competidores e por esse motivo é a maior empresa dos Estados Unidos, não necessariamente pelos seus galpões ou estrutura física. No original: “WalMart, the nation’s largest corporation, produces nothing. It developed a way of putting manufactured goods into consumer hands at a cost lower than its competitors”. Em uma tradução livre: “Walmart, a maior empresa do país, não produz nada. Desenvolveu uma forma de colocar produtos manufaturados nas mãos dos consumidores a um custos menor que os seus concorrentes”

A reflexão destaca que os maquinários, atualmente, são individualizados e específicos (construídos sob encomenda) e, portanto, insuscetíveis de reaproveitamento no mercado com grande valor atrativo.

Cada vez mais, as empresas precisam menos dos ativos duros (*hard assets*), imobilizados ou inflexíveis, tal como o exemplo das companhias áreas, que podem facilmente remodelar o mesmo avião que atenderia à empresa A para atender à companhia B.

Dessa forma, em muitos dos casos, a melhor solução para o arranjo da sociedade não seria buscar preservação da continuidade da empresa, sob o pretexto de que os bens reunidos teriam mais valor em operação do que se retornassem ao mercado. Ainda mais, se aquela atividade já for realizada por outro ator do mercado que possuiria um plano empresarial melhor sucedido, como sói ocorrer na regra de competição natural ao capitalismo. Nas palavras dos autores:

Every small bookstore has a process for acquiring new books, displaying them, and training a workforce to sell them. Know-how locked up in any individual bookstore, however, is not worth saving in a world in which another firm has an operating plan that is both better and scalable. The small bookstore has a firm-specific know-how that will disappear, but this know-how is worthless in a competitive market when a competitor arrives whose know-how is better, even if it is only slightly better.²⁶⁶

Portanto, não são todas as vezes que a preservação de empresa será benéfica para o conjunto da sociedade e ao seu desenvolvimento.

É que a empresa deve ser preservada na medida da relevância da sua função social, de sorte que a concessão de uma recuperação judicial não signifique uma prolongada liquidação de ativos, que teriam feito melhor à sociedade se retornassem o quanto antes ao mercado para serem reutilizados.

Obviamente que perceber a medida da função social da empresa que busca recuperação judicial não é se ater às suas eventuais atividades de caridade, voluntariado ou obras de cunho eminentemente social.²⁶⁷

²⁶⁶ BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of Bankruptcy. **Law & Economics Working Paper**, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “Cada pequena livraria tem um processo para adquirir novos livros, exibi-los e treinar uma força de trabalho para vendê-los. Não vale a pena salvar o know-how armazenado em qualquer livraria individual em um mundo em que outra empresa tem um plano operacional melhor e escalonável. A pequena livraria tem um know-how específico da empresa que vai desaparecer, mas esse know-how não vale nada em um mercado competitivo quando chega um concorrente cujo know-how é melhor, mesmo que seja apenas um pouco melhor”

²⁶⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124.

A despeito do propósito²⁶⁸ de cada empresa, o intuito lucrativo é o elemento que justifica a reunião de pessoas em uma sociedade empresária. O meio de se obter o lucro é através da disponibilização de serviços e produtos no mercado. Mas, ao fazer isso, ainda que seja em busca do lucro, a empresa beneficia o desenvolvimento de toda a sociedade. Onde houver uma necessidade de qualquer parte do organismo social, haverá uma empresa disposta a empreender (obviamente se o resultado da subtração entre receita e despesas for positivo).

Por essa razão, diz-se que, ao produzir riqueza para si, a atividade empresarial organizada produz riqueza para a coletividade.²⁶⁹ As influências e estimulações promovidas pelas empresas nas trocas econômicas vão produzir uma espiral de benefícios ao tecido social.²⁷⁰

A moeda recebida da venda do produto exposto na loja permitirá que essa mesma moeda sirva de pagamento ao salário da funcionária da loja, que, por sua vez, usará a moeda para comprar seu alimento no supermercado, que, por sua vez, pagará seu funcionário com essa moeda, que pode retornar a loja, caso a funcionária do mercado deseje comprar o produto lá exposto. É o que se chama de externalidade²⁷¹ positiva da economia.

Contudo, embora essa seja a função da empresa (racionalizar sobre os fatores da produção com vistas a proporcionar menores custos de transação), a ordem econômica constitucional veicula o exercício da livre iniciativa com observância de outros valores que a condicionam, como a defesa do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência e também da função social da propriedade.

²⁶⁸ “Bill Gates não abriu a Microsoft planejando ser o homem mais rico do mundo. Ele apenas vislumbrou o potencial dos computadores para transformar nossa vida e se entusiasmou com a chance de criar um software que, de tão útil, acabaria se tornando indispensável para a maioria de nós. Gates seguiu sua paixão e acabou sendo o homem mais rico do mundo – mas esse foi o resultado do processo, e não seu objetivo ou propósito”. MACKKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM, 2013, p. 20.

²⁶⁹ “A função social da empresa somente será produzida se a atividade for lucrativa e eficiente. Apenas a atividade economicamente eficiente tem condição de se perpetuar em mercados competitivos e gerar benefícios pretendidos pela Lei a todos”. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 191.

²⁷⁰ “Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 125.

²⁷¹ “Quando uma ação individual gera, não apenas custos (benefícios) individuais, mas também custos (benefícios) para terceiros, dizemos que existem externalidades negativas (positivas)”. ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Claudio Djissey. **Macroeconomia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 67.

A expressão “função social” carrega em si uma concepção de um agir no interesse de outrem.²⁷² É um despertar para o coletivo. A partir dessa limitação,²⁷³ o direito à propriedade é reconhecido como poder-dever, pois o seu exercício é vinculado a uma finalidade.²⁷⁴

No caso de uma recuperação judicial, a função social da empresa quer tornar aparente o reconhecimento do agir empresarial em prol da coletividade. Não se trata de um empreendedorismo social, mas sim de reconhecer que há um substrato de função social a ser cumprido através da livre iniciativa. Assim, como o trabalho humano, a livre iniciativa também tem igual valor social.

Pela função social é que se permite preservar a empresa,²⁷⁵ que, por sua vez, permitirá separar a sorte da empresa e a sorte do empresário, pois a atividade empresarial, na perspectiva da recuperação, não é desenvolvida em proveito do seu titular, mas sim em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados e da comunidade. Então, o alicerce da preservação da empresa é a sua função social.²⁷⁶

A despeito de a questão da aplicação principiológica ser bastante conturbada,²⁷⁷ revela-se acertado afirmar, sem risco de erro, que os princípios fundamentais da recuperação judicial são: (a) a preservação da empresa; e (b) a função social da empresa, na forma aqui desenvolvida.

²⁷² SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008, p. 279.

²⁷³ É preciso refletir também sobre o que diz o professor Haroldo Verçosa: “A imposição do atendimento da função social em diversas áreas do direito, tendo nascido entre nós com a função social da propriedade, não passa de um modismo jurídico que, como acontece no campo do vestuário, frequentemente, torna absolutamente ridículo quem a ele se rende de forma incondicional”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 356.

²⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, n. 7, jul./set. 2001, p. 77.

²⁷⁵ Eduardo Secchi Munhoz já afirmava em 2007: “o direito falimentar – ou da empresa em crise – corresponde a um dos ramos do direito empresarial em que se evidencia com maior nitidez a função social da empresa, ou a necessidade de contemplar todos os interesses afetados, que não se resumem aos interesses do empresário. Os interesses externos, no momento da crise da empresa, passam ao primeiro plano, ao lado dos internos.” Todavia, adverte que “Daí não se deve depreender, porém, que a recuperação da empresa deve ser buscada a qualquer custo, porque somente essa solução se compadeceria com a função social da empresa. Na realidade, também a falência encerra interesse público relevante”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 10, n. 36, abr./jun. 2007, p. 187 e 190.

²⁷⁶ “[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 n. 11.101/05”. (AgRg no CC 110250/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção do STJ, julgado em 08/09/2010)

²⁷⁷ “Em julgamento de tribunais e em empoçadas conferências, lemos e ouvimos que os juízes não devem “cumprir a letra ‘fria’ (sic) da lei” e que há(veria) dois tipos de juízes: “o positivista, que se apega à lei” e o “crítico pós-positivista, que se utiliza dos princípios” (que seriam a “positivação dos valores”). Segunda essa tese, o primeiro tipo de juiz deve “desaparecer”; o segundo, o dos princípios, é/seria o modelo ideal de juiz...! Ora, nesse último caso, olvida-se que, ao incentivarem a “busca dos valores”, seus autores mal sabem que o que estão fazendo é uma vulgata do velho positivos fático (realismo jurídico)”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89.

O estímulo à atividade econômica do país ocorrerá com o desenvolvimento da preservação da empresa e da sua função social.

É essa a visão dogmática do programa normativo dos princípios da preservação da empresa e da sua função social expressamente previstos no art. 47 da lei de recuperação de empresas.

O patrimônio (*hard assets*) da recuperanda só deve ser sinônimo de precaução da solução estatal se estiver presente a função social da atividade que necessitaria de proteção especial, tudo a bem do interesse da comunidade e para o próprio estímulo da atividade econômica.

Acontece que somente no recorte da realidade social é que o intérprete autêntico²⁷⁸ terá condições de concretizar o direito, munindo-se dos elementos do âmbito da norma, sem os quais não conseguirá racionalizar sobre a disputa de interesses eventualmente existentes no curso da ação da recuperação judicial.

Naturalmente, cada agente econômico (recuperanda, trabalhadores, credores) buscará racionalmente maximizar²⁷⁹ seus interesses²⁸⁰ no que tange à aprovação ou não do plano de recuperação.²⁸¹

Nesse sentido, se já seria difícil para uma empresa sem crise econômica atender a tantos interesses conflitantes, presume-se qual não seja a dificuldade de uma atividade econômica em crise, no caso concreto, proteger os objetivos principal e específicos, além de observar os princípios da preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica. Por isso, afirma-se que a ação de recuperação judicial é uma medida contramajoritária, extraordinária e especial.

²⁷⁸ “É este ato de vontade (essa escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela cria direito tanto quando assuma a forma de uma lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito (um juiz), crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção”. GRAUS, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 55.

²⁷⁹ “Os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dada as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora”. GICO Jr., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 22.

²⁸⁰ Ivo Gico Jr diz em frase mnemônica que “pessoas maximizam e mercados se equilibram”. GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil** (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21.

²⁸¹ “A restauração da empresa que passa por uma crise econômico-financeira somente será eficiente – e, portanto, viável – se todos estes grupos de interesses organizados vislumbrarem na manutenção da unidade produtiva o modo mais eficiente de maximizarem seus interesses”. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 102-103.

2.4 OS MEIOS RECUPERATÓRIOS E O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Após o Capítulo III da Lei 11.101/2005 estabelecer requisitos para fins de apurar a legitimidade do pedido de recuperação judicial (art. 48), bem como disciplinar os créditos que estão submetidos à recuperação judicial (art. 49), encarrega-se o dado de entrada do programa normativo de apresentar um rol exemplificativo de meios recuperatórios (art. 50).

São dezoito incisos previstos na lei²⁸² e, a rigor, boa parte deles seria até mesmo desnecessária.²⁸³ Isso porque são sugestões de tomada de decisão empresarial que caberiam à recuperanda e poderiam ser implementadas por seu controlador/administrador, independentemente do ajuizamento de uma ação de recuperação judicial.

A doutrina,²⁸⁴ para fins didáticos, agrupa os incisos em razão da natureza do efeito pretendido pelo meio recuperatório sugerido, todavia variam sobremaneira essas nomenclaturas propedêuticas. Interessa, aqui, observar que, a despeito da expressiva liberdade dos meios de recuperação, o programa normativo não libera a pessoa em recuperação de observar as condicionantes legais que gravitem em torno de cada meio recuperatório.

Isso significa dizer que, na hipótese de aprovação pelo plano de implementação de atos societários (cisão, incorporação, fusão, transformação, subsidiária integral, entre outros), será necessário observar a legislação societária correlata e, se tais atos significarem eventual concentração de mercado, aplicar-se-á a legislação concorrencial.²⁸⁵ As deliberações trabalhistas de redução salarial e de jornada, ainda que constem do plano aprovado, para serem implementadas, também será necessário acordo ou convenção coletiva.

Há também limitações²⁸⁶ expressamente referidas na Lei 11.101/2005, a exemplo do respeito à garantia real (art. 50 §1º) e à alteração das condições do crédito em moeda estrangeira (art. 50 §2º), bem como dos limites de pagamento do crédito trabalhista (art. 54) e da supressão

²⁸² A lei 14.112/2020 acrescentou os incisos XVII e XVIII, a saber conversão de dívida em capital social e 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.

²⁸³ Defendendo que todos seriam desnecessários (antes da edição da lei 14.112/2020): BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178.

²⁸⁴ Sobre o tema, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 261; TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 216-217.

²⁸⁵ Defendendo não se submeter ao crivo do CADE: TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220.

²⁸⁶ Sobre as limitações legais e posicionamento jurisprudencial ver AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 223-230.

das garantias fidejussórias²⁸⁷ (art. 49 §1º) e, de natureza jurisprudencial, a diferenciação entre credores da mesma classe, excetuada a possibilidade da criação das subclasses²⁸⁸ por razões não arbitrárias.²⁸⁹

Em verdade, o grande valor atrativo da recuperação judicial está na possibilidade de implementar, especificamente, os meios recuperatórios que, sem a ação de recuperação judicial,²⁹⁰ não poderiam ser implementados na plenitude que esse microsistema permite. Cuida-se (a) da aprovação da concessão de prazos e condições especiais, tais como deságios e parcelamentos, das obrigações vencidas ou vincendas; e (b) do trespasse e da alienação parcial de bens.

Isso porque, ainda que um ou alguns dos credores sejam contrários, uma vez aprovado o plano de recuperação, todos os credores se submetem à novação daí proveniente, o que importa em extinção do antigo vínculo obrigacional e no surgimento da nova obrigação com seus novos valores e novas formas de pagamentos. É uma verdadeira reestruturação do passivo, que não teria sido possível sem que fosse envolvido o Estado-Juiz.

De outra banda, a possibilidade da venda parcial de bens e a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas permite que a recuperanda reestruture o seu ativo, maximizando a possibilidade de oferta sobre o produto proveniente da venda, o que também não conseguiria fazer sem a necessária intervenção do Estado-Juiz.

Essa alienação judicial é considerada aquisição originária e em razão disso não há a sucessão pelo arrematante das obrigações inadimplidas trabalhistas,²⁹¹ tributárias²⁹² e empresariais²⁹³ da recuperanda.

²⁸⁷ Em que pese o conteúdo da súmula 581 do STJ “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”, não se ignora a existência dos REsp 1.532.943/MT 1.700.487/MT que divergem do conteúdo da súmula do próprio STJ.

²⁸⁸ No REsp 1.634.844/SP, a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no caso concreto, admitiu a validade da criação de uma subclasse entre os credores quirografários em razão de serem reconhecimentos como fornecedores de insumos essenciais a continuidade da atividade empresarial da recuperanda, admitindo-se, portanto, cuidar-se de um critério objetivo e fundamentado.

²⁸⁹ Para aplicação do princípio da paridade de credores na recuperação judicial ver SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 219-220.

²⁹⁰ Excluída, obviamente, a hipótese de recuperação extrajudicial na qual é permitida a renegociação com parte dos credores e também a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas.

²⁹¹ Ver CC 152.841 e EDcl no CC 152.255 através dos quais a 2ª Seção do STJ reconhece ser da competência da vara da recuperação, em conflito com o Juízo trabalhista, para apreciar a existência de sucessão na alienação judicial de unidade.

²⁹² No CC 161.042, a Segunda Seção definiu que, na hipótese de alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor, estas estão livres de quaisquer ônus, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive nas de natureza tributária.

²⁹³ Não há fraude contra credores ou contra execução.

O plano é o elemento mais importante²⁹⁴ da ação de recuperação judicial, é a peça-chave²⁹⁵ da fase deliberativa, na medida em que impõe a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação de que deverá se servir para o soerguimento da atividade empresarial, bem como impõe a demonstração da viabilidade econômica da atividade e a apresentação de laudo econômico-financeiro da avaliação dos bens e ativos da recuperanda.

Cuida-se de um trabalho multidisciplinar,²⁹⁶ que necessariamente envolverá profissionais de outras áreas do conhecimento e que tem por objetivo demonstrar de forma matemática²⁹⁷ aos credores os motivos pelos quais eles devem acreditar na reestruturação da atividade. É preciso refutar tentativas de homogeneização e uniformidade de planos de recuperação para atender às peculiaridades das crises das mais diversas atividades e segmentos.²⁹⁸

A apresentação desses documentos busca atenuar a assimetria de informações que há entre a recuperanda e seus credores sobre o seu real estado econômico-financeiro. O devedor que se submete à recuperação judicial é obrigado a revelar, mediante o trabalho de terceiros, os valores atuais dos seus bens e ativos, bem como a demonstrar a sua viabilidade financeira para permanecer em operação.

Isso colabora para que os credores deliberem, com maior racionalidade, pela aprovação ou não do plano de recuperação. Todavia, considerando o agir estratégico das partes envolvidas, isso não significa eliminar os desvios provenientes de uma superestimação dos bens e ativos da recuperanda e/ou subestimação dos déficits/prejuízos que a levaram à crise econômico-financeira.

²⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 261; MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157; TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 384.

²⁹⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 442.

²⁹⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 210.

²⁹⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 454.

²⁹⁸ “Cada empresa tem suas particularidades. Não há uma receita única para a solução de problemas específicos, que devem ser tratados caso a caso. Portanto, cada plano tem suas peculiaridades e sua elaboração não está adstrita a uma determinada fórmula”. MALHEIROS, Aristides. Plano de recuperação – isso funciona?. **Revista do Advogado – Aasp**, v. 29, n. 105, p. 21-28, 2009, p. 23.

De acordo com o art. 53 da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação deve ser apresentado no prazo improrrogável de 60 dias,²⁹⁹ que tem início com a decisão que defere o processamento da recuperação. Não sendo apresentado o plano no prazo, deverá ser decretada a falência. Apresentado o plano, qualquer credor poderá apresentar objeção (art. 55) e assim será designada assembleia de credores (art. 56), da qual se passa a cuidar no próximo tópico.

2.5 ASSEMBLEIA DE CREDITORES E CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL³⁰⁰

Caso não ocorra objeção ao plano de recuperação judicial por qualquer dos credores, na forma do art. 55 da Lei 11.101/2005, o processo seguirá para a concessão da recuperação judicial em favor da recuperanda (art. 58).

Contudo, o caso mais comum³⁰¹ é que o credor demonstre insurgência em face do plano apresentado pelo devedor, seja porque não concorda com as propostas constantes do plano, seja porque não acredita na possibilidade de superação da crise econômico-financeira da recuperanda ou por qualquer outro motivo que seja, por exemplo, melhorar a barganha da negociação dos valores e prazos.

A objeção não precisa, necessariamente, ser fundamentada, tampouco será objeto de análise o mérito das suas alegações pelo Poder Judiciário.³⁰² A sua razão de ser é tão somente impedir a aprovação tácita do plano de recuperação apresentado e com isso ensejar a necessária designação da assembleia de credores, conclave soberano para deliberar sobre aprovação, rejeição ou modificação do plano.

²⁹⁹ Curioso observar que o texto da lei (antes da edição da lei 14.112/2020) se referia a dois prazos improrrogáveis. Um deles era a antiga redação do art. 6º §4º que dizia “em hipótese nenhuma excederia o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias” e o outro ainda é do art. 53 que prevê que o plano de recuperação deve ser apresentado no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias. No que tange ao dito prazo “improrrogável” do antigo art. 6 §4º a orientação jurisprudencial era no sentido de que ele é prorrogável para a hipótese de que a não realização da assembleia não seja por culpa da recuperanda, o que motivou a modificação legislativa com o advento da lei 14.112/2020. Ver STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1356729/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 07/10/2019, DJe 11/10/2019; STJ, 4ª Turma, AGInt no Agravo em REsp 443.665/RS, relator Ministro Marco Buzzi, DJe 15/09/2016; STJ, 4ª Turma, AgInt no Agravo em REsp 887.860/SE, relator Ministro Raul Araújo, DJe 23/08/2016.

³⁰⁰ Adverte-se que o tema da assembleia de credores e a decisão que concede a recuperação judicial permitiria diversos enfoques de temas controvertidos na realidade prática, contudo, considerando o recorte dessa pesquisa, o objetivo aqui é tão somente trilhar o caminho para se chegar a sentença de extinção da recuperação, por uma questão de linearidade dos dispositivos do programa normativo.

³⁰¹ Segundo o trabalho do observatório da insolvência da Associação Brasileira de Jurimetria, referido na introdução dessa pesquisa, apenas em 2% dos planos apresentados ocorreu a aprovação sem a assembleia de credores, isso para as varas especializadas. Já nas varas comuns, esse percentual foi de 4,6%. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>. Acesso em: 6 out. 2019.

³⁰² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

Uma vez apresentada objeção ao plano, é obrigatória a convocação da assembleia geral de credores pelo juiz, que deverá fazê-lo em prazo que não exceda 150 dias contados do deferimento da recuperação judicial (art. 56 §1º).

Observe-se que há uma evidente preocupação do texto legal em dotar o intérprete de premissas sequenciais e contínuas, com lapso temporal determinado, a exemplo do prazo improrrogável de sessenta dias para apresentação do plano a contar da decisão que defere o processamento da recuperação, depois prazo de 30 (trinta) dias para objeção, a contar do edital de aviso do recebimento do plano, e, agora, prazo de 150 (cento e cinquenta) dias para realização da assembleia, tudo a bem de reconhecer que há um tempo de desgaste³⁰³ natural a uma atividade econômica enquanto estiver em recuperação judicial.

Portanto, em tese, o cuidado tomado pela legislação deveria ser adotado como primordial (sobretudo, pela própria recuperanda), considerando o custo social que envolve preservar uma empresa em situação de insolvência. Um tempo³⁰⁴ de desgaste excessivo do processo de recuperação judicial³⁰⁵ renderá prejuízos sociais inversamente proporcionais aos objetivos pretendidos pela lei.

A previsão da assembleia de credores, assim como o comitê e o administrador judicial, são institutos comuns à recuperação judicial e à falência e, por esse motivo, estão disciplinados no Capítulo II da lei, ou seja, no capítulo que antecede o regramento do processo de recuperação judicial. Assim, a assembleia de credores tem seu regramento, tal como modo, quórum de deliberação, limites, prazos e competência, previsto entre os arts. 35 a 46 da Lei 11.101/2005.

Cumpridas as exigências da lei no caso concreto, ao Estado-Juiz caberá conceder a recuperação judicial cujo plano resulte aprovado da assembleia de credores (conforme art. 58 ou ainda nas formas dos arts. 56 §4º e 56-A), decisão que terá cunho homologatório.

³⁰³ “Quanto menos ágeis e efetivos forem os procedimentos previstos na lei para implementar um plano de recuperação ou para liquidar os ativos no caso de falência, maior será o tempo em que os credores ficarão com os créditos em atraso e menor a probabilidade de reaverem o valor que lhes é devido, dentre outros motivos, porque o tempo provoca a deterioração dos ativos da empresa. Diante de um quadro como esse, indubitavelmente, compromete-se o custo e o volume de crédito disponível na sociedade.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 10, n. 36, abr./jun. 2007, p. 187.

³⁰⁴ Sobre um conceito de tempo e os destinatários da normatividade da razoável duração do processo ver JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁰⁵ O estudo da ABJ sobre 906 processos de Recuperação Judicial no Estado do São Paulo evidenciou que o tempo mediano (que é diferente de tempo médio) até o deferimento do processamento da recuperação seria de 57 dias nas varas especializadas e 57,5 dias nas varas comuns. O tempo mediano do deferimento da recuperação até a realização da 1ª assembleia de credores (que deveria ser no prazo de 150 dias) seria de 314 dias nas varas especializadas e de 433 dias nas varas comuns.

A decisão concessiva da recuperação judicial pode ser ainda obtida mediante o instituto previsto no §1º do art. 58 (*cram down*). Essa manifestação judicial³⁰⁶ é título executivo judicial (art. 59, §1ª) e desafia agravo de instrumento (art. 59, §2º).

A decisão concessiva da recuperação judicial implicará, na forma do *caput* do texto normativo do art. 59, novação em relação aos créditos concursais no exato modo, forma, prazo e valores que restar deliberado no plano final aprovado em assembleia (ou tacitamente, se não houver objeção).

A novação recuperacional³⁰⁷ é uma forma de extinção da obrigação antiga para em seu lugar nascer, ao mesmo tempo, uma nova obrigação. Diz-se que na recuperação judicial se opera uma novação *sui generis*,³⁰⁸ na medida em que o plano fica submetido a uma condição resolutiva imposta pela regra do art. 61, §2º, da Lei 11.101/2005. Sendo decretada a falência, os créditos voltam aos valores e condições originais de antes da recuperação judicial.

Encerrada a fase deliberativa da recuperação judicial com a sua concessão, dá-se início à fase de execução/cumprimento do plano, que se passa a tratar no tópico seguinte.

2.6 A SENTENÇA EXTINTIVA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Após edição da lei 14.112/2020, o texto da LREF, no art. 61, estipula que o Juiz poderá determinar a manutenção da recuperanda sob supervisão por até, no máximo, dois anos a contar da concessão da recuperação judicial, independente da eventual existência de prazo de carência.

Durante a fase de cumprimento das obrigações novadas pela aprovação do plano, que pela dicção da lei seria de 02 (dois) anos, o descumprimento de qualquer obrigação acarreta a convalidação da recuperação em falência (art. 61, §1º, c/c art. 73, IV, da LRF).

³⁰⁶ “(...) a concessão da recuperação judicial é realizada mediante sentença homologatória, que possui carga constitutiva e condenatória”. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 287. Em entendimento diverso: “O ato decisório em questão possui a natureza de decisão interlocutória, sendo desafiado, portanto, por meio de agravo de instrumento”. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 472.

³⁰⁷ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação recuperacional. **Revista do Advogado – Aasp**, v. 29, n. 105, p. 115-128, 2009.

³⁰⁸ “A novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é *sui generis*, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas”. (REsp 1.272.697/DF, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, 2ª Turma do STJ, julgado em 02/06/2015)

Importante observar que, não raro, os planos de recuperação contemplam períodos de carência³⁰⁹ que vão entremear a decisão concessiva da recuperação judicial e o efetivo início do cumprimento das obrigações previstas no plano aprovado.

A estipulação desse intervalo de carência pode, justamente, figurar como um obstáculo à fiscalização do efetivo cumprimento das obrigações novadas, que teria lugar durante o biênio³¹⁰ de observação, o que poderia sugerir que o início do prazo só ocorresse após o período da carência.

Contudo, o legislador reformista acompanhou o precedente³¹¹ preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³¹² no sentido de não haver justificativa para modificação do termo inicial da contagem do prazo de 02 (dois anos), que deve ser contado da concessão da recuperação judicial.

O argumento do precedente (*ratio decidendi*)³¹³ é assentado no princípio de direito que busca salvaguardar a segurança jurídica no trâmite da recuperação judicial, na medida em que isso importará em confiança aos envolvidos, no particular, sobre o respeito ao prazo de supervisão judicial para o efetivo encerramento da recuperação judicial.

Após o período de 02 (dois) anos da concessão da recuperação com o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação, o Estado-Juiz está autorizado a decretar por sentença o encerramento da recuperação judicial.

Ultimada, de vez, a prestação jurisdicional da ação de recuperação judicial, o Estado-Juiz deverá determinar (art. 63): o pagamento do saldo residual dos honorários do administrador judicial, a apuração das custas judiciais, a apresentação de relatório sobre a execução do plano, a dissolução do comitê de credores e a exoneração do administrador e, por fim, a comunicação

³⁰⁹ Segundo os dados da Associação Brasileira de Jurimetria na pesquisa revelada na 2ª fase do observatório da insolvência, verificou-se que, dos planos aprovados, 87,7% previam período de carência na classe de credores com garantia real e 91,3% também estipulavam carência para a classe quirografários. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>. Acesso em: 6 out. 2019.

³¹⁰ “O biênio legal teria sido determinado justamente para fiscalizar o cumprimento das obrigações da recuperanda. A cláusula do plano que estabeleceria que as obrigações venceriam apenas após esse período ou cujo valor seria insignificante diante do montante total devido impediria a efetiva fiscalização judicial do cumprimento das obrigações. Ainda que indiretamente, a cláusula afrontaria a disposição legal e deveria ser reputada como inválida”. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 274.

³¹¹ “O precedente, de forma um tanto quanto geral, é a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior. Do precedente, isto é, a partir da cuidadosa leitura do inteiro teor da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo) pode haver a extração da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* para que se possa extrair o seu significado e a amplitude do que foi efetivamente decidido”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 147.

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.853.347-RJ**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020.

³¹³ “A identificação da *ratio* de uma decisão tem relação com a tentativa de encontrar uma resposta para o *porquê* da conclusão alcançada”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 191.

ao registro de empresas e a receita federal para providências cabíveis, em especial, de exclusão da referência obrigatória “em recuperação judicial”, a que alude o art. 69 da lei de recuperação de empresas.

Sentença é o pronunciamento judicial que põe fim ao módulo processual, seja ele de conhecimento, de execução ou de procedimento comum, seja de procedimento especial.³¹⁴ Esse ato de encerramento da fase de fiscalização/execução da recuperação judicial desafia recurso de apelação.³¹⁵

Após a decisão concessiva da recuperação judicial e o início da fase de cumprimento, abrem-se três cenários, quais sejam: (i) ocorre o pagamento das obrigações vencidas no período de fiscalização, em conformidade com o plano, e o Estado-Juiz encerra a recuperação através de uma simples sentença extintiva; (ii) ocorre o inadimplemento das obrigações novadas ainda durante a fase de cumprimento, ocasionando a convolação da recuperação em falência com a reconstituição das dívidas aos valores e condições originais; ou (iii) cumprido o plano no período de fiscalização e encerrada a recuperação judicial por sentença, caso o antigo devedor (autor da recuperação já extinta) volte a inadimplir os créditos novados, ficará sujeito a execução específica da obrigação com base no título executivo judicial ou mesmo ao pedido autônomo de falência com base no art. 94 da Lei 11.101/2005.

A sentença que põe fim ao processo de recuperação judicial, na hipótese de cumprimento das obrigações no biênio, não fundamenta a decisão da extinção com dados do âmbito normativo que permitam concluir pela efetiva concretização dos objetivos específicos do art. 47 da lei no caso concreto. Limita-se a análise à existência ou não de descumprimento de obrigações vencidas no período de 02 (dois) anos após a concessão da recuperação.

Mesmo sendo a sentença o ato que põe fim ao processo, não é levado em consideração pelo texto da lei se os objetivos do art. 47 foram atingidos. Sendo a prestação jurisdicional lacunosa, não é possível dizer, com profundidade nos autos, se houve ou não deferência ao programa normativo.

Inexistindo informações nos autos sobre a manutenção da ponte produtora, manutenção dos empregos e dos interesses dos credores, a bem de concluir pela preservação da empresa e

³¹⁴ “Não há, pois, mais de um conceito de sentença no CPC. Sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que se encerram”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador. Juspodivm, 2016, p. 313-314. “Pode-se, então, dizer que sentença é o ato do juiz que põe fim ao processo ou a alguma de suas fases”. CAMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 270.

³¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 258.

da sua função social, mostra-se útil o recorte empírico que envolva tão somente as atividades empresariais que alcançaram a sentença extintiva da recuperação judicial que, em tese, deveria ocorrer no lapso de 02 anos da decisão concessiva.

Apenas a título de exemplo, o estudo do observatório da insolvência, realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), denota que somente 18,2% dos processos que tiveram o plano aprovado até junho de 2016 obtiveram a sentença extintiva da recuperação judicial por cumprimento do plano. Os demais casos tiveram decretada a falência (24,7%) ou ainda persistiam na fase de acompanhamento (57,1%).

É por isso que se falou em inverter o telescópio para, justamente, buscar conhecer a atividade empresarial após a sentença da recuperação judicial diante dos dados da realidade empírica.

Para tanto, apenas as atividades empresariais que tiveram sentença extintiva da recuperação judicial por cumprimento do plano aprovado serão objeto de consideração. Isso porque a grande maioria das atividades em dificuldades econômico- financeiras já sucumbiram no meio do caminho, isto é, não conseguiram a decisão que concede o processamento da recuperação, ou tiveram o plano rejeitado na assembleia geral de credores, ou ainda tiveram a recuperação convolada em falência.

Interessa a esta pesquisa saber se as atividades que ultrapassaram todas as etapas e conseguiram alcançar a sentença extintiva da recuperação judicial realmente tiveram sucesso diante dos objetivos do programa normativo.

3 O ÂMBITO DA NORMA

A Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial da sociedade empresária e do empresário,³¹⁶ encontra-se, atualmente, em seu mais elevado grau de utilização. Isso é evidenciado pelo indicador do número de ações ajuizadas nos últimos cinco anos (2015 a 2019), quando foram requeridos 7.365 pedidos de recuperação judicial, ultrapassando-se assim, os 5.062 pedidos formulados ao longo dos dez anos anteriores à vigência da lei (2005 a 2014).³¹⁷

Com clareza a respeito dos limites interpretativos do programa normativo do art. 47 da Lei 11.101/2005, a pesquisa desenvolverá o âmbito normativo através dos elementos econômicos e sociais que devem ser considerados para responder à pergunta sobre a efetiva concretização do programa normativo.

Em 2012, Dione Valesca Xavier de Assis³¹⁸ descreveu que a realidade das recuperações judiciais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indicava que, até então, nenhuma atividade empresarial conseguiu ser recuperada. Isso porque nem mesmo no caso da VARIG, única demanda judicial que teria alcançado a sentença extintiva da recuperação judicial até 2012, a empresa poderia ser considerada como recuperada, pois, em menos de um ano após a sentença extintiva da recuperação judicial, teve sua falência decretada.

Em 2015, Rafael Alves de Oliveira³¹⁹ realizou uma pesquisa empírica que teve por campo a 2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo. O referido autor concluiu que apenas nove empresas chegaram ao fim da recuperação judicial através da sentença de cumprimento do plano, sendo que em face delas não se verificou novo pedido de falência ou execução específica fundado no título executivo originário da concessão da recuperação.

³¹⁶ Não se ignora a existência de decisões judiciais autorizando o processamento de ações de Recuperação Judicial em favor de agentes econômicos que não estão necessariamente inseridos na moldura da sociedade empresária/empresário, tal como ocorre no processo n.º 0093754-90.2020.8.19.0001, em curso na 5ª Vara empresarial do Rio de Janeiro, em que figura como recuperandas a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) e o Instituto Cândido Mendes.

³¹⁷ SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³¹⁸ ASSIS, Dione Valesca Xavier de. **Uma análise empírica sobre o processo de recuperação econômica pela via judicial adotado pelas sociedades empresárias: a experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Rio de Janeiro, 2012.

³¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Alves de. **Recuperação judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação judicial junto a 2ª 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**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2015.

Todavia, uma das nove empresas possuía pendências financeiras significativas no cadastro de proteção ao crédito. Dado o critério adotado pela referida pesquisa, essa constatação empírica permitiu concluir que essa empresa não teria conseguido recuperar a sua atividade empresarial.

O Ministério da Justiça, através da Secretaria de Assuntos Legislativos, em 2009, lançou edital para realização de uma pesquisa sobre as principais mudanças verificadas pela nova lei de falência (Lei 11.101/2005). Cuidou-se da série “Pensando o Direito”, realizada pela Fundação Getúlio Vargas,³²⁰ que acabou por concluir que a Lei 11.101/2005 aperfeiçoou o sistema concursal brasileiro.

O relatório final do referido projeto concluiu que houve aumento da capacidade de recuperação da empresa em comparação com o regime anterior à Lei 11.101/2005 pelo fato de ter sido apurada uma redução no tempo médio dos procedimentos concursais. Contribuiu para essa conclusão também a percepção das pessoas entrevistadas dentro da metodologia da pesquisa.

Apesar do propósito da Lei 11.101/2005 de buscar minimizar as perdas e maximizar os ativos através da recuperação judicial e da falência, esses ritos processuais diferenciados conduzem a custos suportados por todos os seus participantes.

Fernanda Karoliny Nascimento Jutpetipe, Eliseu Martins, Poeri do Carmo Mário e Luiz Nelson Guedes de Carvalho consultaram 102 processos de falência e 29 de recuperação judicial, entre 6 de fevereiro de 2013 e 24 de outubro de 2013, nas comarcas de Belo Horizonte, Contagem e São Paulo. Os autores identificaram que:

Os custos diretos pagos foram de 35% do ativo final da falida; os ativos das falidas perderam 47% do valor; a taxa de recuperação total dos credores foi de 12%; e os processos duraram nove anos. Quanto aos processos de recuperação, os custos diretos foram de 26% do ativo inicial da recuperanda, a taxa de recuperação dos credores foi de 25% e a duração dos processos foi de quatro anos (valores médios).³²¹

Em que pese os autores evidenciarem o melhor desempenho da recuperação judicial em comparação com os dados dos processos de falência, tem-se que os custos que envolvem a empresa em crise econômico-financeira submetida a esses procedimentos podem influenciar significativamente na sua continuidade operacional e, por consequência, na concretização dos objetivos do programa normativo do art. 47 da Lei 11.101/2005.

³²⁰ FGV. Série Pensando o Direito. Análise da nova Lei de Falência. Convocação 01/2019 do Ministério da Justiça, 2010.

³²¹ JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento; MARTINS, Eliseu; MÁRIO, Poeri do Carmo; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. **Revista Direito GV**. São Paulo: v. 13, n. 1, p. 20-47, jan/abr. 2017.

Henrique Avelino Lana, em 2019, advertiu que “de acordo com o Instituto Nacional de Recuperação de empresas (INRE) apenas 5% dos pedidos de recuperação judicial, feitos no Brasil, tiveram êxito e permitiram a efetiva recuperação da atividade”.³²² O referido autor afirma, categoricamente, que o regramento da Lei 11.101/2005 não se mostrou eficiente.

O levantamento do Banco Mundial de 2020 indica que o Brasil tem um tempo médio de 4 anos para os processos de insolvência, cujo custo é de 12% do patrimônio do devedor, e possui uma taxa de recuperação de \$0,18 (dezoito centavos de dólar) para cada \$1,00 (um dólar) a que teriam direito os credores,³²³ números qualitativamente inferiores aos das economias de países da América Latina e do Caribe.

Considerando essa variedade de dados e resultados, convém realizar um diálogo necessário entre direito e empirismo, antes de serem apresentados os resultados da pesquisa empírica realizada, a qual, assegurada pela metodologia, servirá para subsidiar a resposta ao debate em torno da concretização dos objetivos da recuperação judicial.

3.1 DIREITO E EMPIRISMO³²⁴

Thomas S. Ulen, no seminal artigo “Um Prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito”,³²⁵ através de um recurso retórico sobre um ficcional prêmio Nobel para o Direito, provoca a refletir em que medida estaria ocorrendo uma tendência acadêmica que permitiria concluir que o Direito estaria se aproximando do método científico de outras ciências:

³²² LANA, Henrique Avelino. Interação entre direito, economia, recuperação de empresas e falência: Análise econômica do direito e a Lei 11.101/2005. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, v. 7, p. 203-238, maio 2019.

³²³ BANCO MUNDIAL. **Doing Business Studies, Resolving Insolvency (2020)**. Disponível em: https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil#DB_ri. Acesso em: 1 nov. 2020.

³²⁴ “o empirismo é a prática filosófica-científica de se chegar a conclusões investigativas por meio da utilização de dados obtidos pela observação da realidade. O empirismo se contrapõe, por exemplo, ao dogmatismo.” YEUNG, Luciana. *Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. Pesquisar empiricamente o Direito*. Organizado por Maíra Rocha Machado. São Paulo: Rede de Estudos empíricos em Direito, 2017, p. 249.

³²⁵ ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

(...) acredito, não obstante, que, por meio do silencioso acréscimo de diversas mudanças nas últimas décadas, o conhecimento jurídico esteja prestes a alcançar uma maneira drasticamente diferente de fazer pesquisa jurídica rotineira. Em suma, a alteração deve tornar o direito muito mais similar às outras disciplinas universitárias que se reconhecem como praticando “ciência” e menos semelhante àquelas que conscientemente driblam o modelo de investigação científica.³²⁶

O método científico a que o autor alude é aquele da observação, do teste, da reunião e da manipulação de dados relativos ao exame de determinado fenômeno.

A comunidade jurídica deve concordar não só com o objeto do estudo, mas também com o método que permita uma explicação positiva e não meramente normativa da realidade. Isso deve acontecer por intermédio de evidências que confirmem ou refutem uma teoria, ainda que haja discordância sobre o valor dos resultados específicos encontrados.³²⁷

A ciência do Direito, ao se preocupar em revelar os dados da realidade empírica,³²⁸ facilita a compreensão do problema³²⁹ e torna a solução mais racional³³⁰ e aderente às exigências da nossa quadra histórica.³³¹

³²⁶ ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p.30.

³²⁷ ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 54.

³²⁸ “Se eu estiver correto ao afirmar que a teorização de um tipo em particular está se tornando cada vez mais comum entre os estudiosos do direito, então também acredito que haja outra consequência importante para o futuro da ciência do direito: o aumento do uso de métodos empíricos e experimentais para examinar fenômenos jurídicos. De um modo geral, esta seria uma consequência perfeitamente trivial da teorização do conhecimento jurídico: todas as ciências possuem um componente teórico e empírico central, e se o direito está se tornando cada vez mais teórico, no sentido que aqui proponho, inevitavelmente também se mostrará mais empírico”. ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 80.

³²⁹ “Assim como o erro de diagnóstico de um médico, também o equívoco do jurista pode fazer piorar o quadro do paciente. Quando a intuição conduz o analista a caminhos equivocados, deve-se procurar a tábua de salvação proporcionada pela metodologia confiável. Com teorias caracterizadas pelo pragmatismo, além da ênfase na pesquisa empírica, a análise econômica do Direito pode proporcionar uma visão mais clara sobre a temática dos acordos”. FUX, Luiz. Bodart, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 52.

³³⁰ “O jurista, por mais respeitado e competente que seja em seu mister, não reúne necessariamente condições para contribuir, de modo satisfatório, na elaboração de projetos de lei, de minuta de normas infralegais, na melhoria da gestão da Justiça, na organização de movimentos acadêmicos, no aperfeiçoamento do ensino jurídico ou em qualquer outra política pública de natureza jurídica. Isso porque são saberes distintos. De um lado, os que precisam ser dominados pelo competente profissional do Direito para atuar como advogado, juiz, promotor etc.: e de outro, os necessários aos que se envolvem em mudanças mais amplas do sistema jurídico. É inapropriado, e, em geral, conduz a resultados desastrosos, tentar atuar em política pública jurídica valendo-se apenas dos conhecimentos empregados na aplicação do Direito.” Préfácio de Fábio Ulhoa Coelho em NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 15-16.

³³¹ “é importante destacar que o encontro do Direito com a pesquisa empírica é antigo e de extrema importância para a consolidação de disciplinas como a antropologia jurídica”. IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. **Pesquisar**

Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama advertem para a transformação que sofreu o Direito até chegar ao modelo atual baseado em espécies normativas do tipo de regras e princípios. Os referidos autores remetem indiretamente à Teoria Pura do Direito ao asseverarem que a ciência jurídica passará para uma manifestação *impura*³³² (tal como foi dito por Friedrich Müller para romper com o paradigma do positivismo e preparar a evolução para o pós-positivismo):

(...) a aplicação do direito tornou-se cada vez mais baseada em princípios, em detrimento de regras (Ávila, 2005: 15-16). A simples descrição “pura” de regras, prescindindo do exame da conduta humana, e a aplicação do raciocínio lógico-dedutivo ficam prejudicadas nesse novo contexto.³³³

Os dados tradicionalmente vistos como extrajurídicos é que compõem o âmbito da norma dentro da epistemologia pós-positivista da Teoria Estruturante do Direito de Müller. A norma é contemplada de forma composta pela junção dos dois entes jurídicos (programa e âmbito normativos).

Cristiano Carvalho chama atenção exatamente para a necessidade de se observar que o texto de lei é só o dado de entrada do processo de concretização da norma.³³⁴ Luciana Yeung, como economista estudiosa do direito, defende a metodologia empírica como a candidata ideal para a tarefa da concretização do direito:

Responder como “X afeta Y” é uma tarefa não trivial, pois normalmente “cada caso é um caso”, e a resposta natural tenderia a ser “depende”: “depende de X”, “depende de Y”, “depende de onde X afetou Y” etc. Com tantos “dependes”, nunca seria possível chegar a conclusão alguma, muito menos chegar a algum conhecimento considerado científico. A estatística, baseada na sua *lei dos grandes números*, é o instrumento mais eficaz (apesar de não infalível) para isso. E é por isso que o método empírico é tão bem sucedido em responder a perguntas como essas, que também abundam na economia. Parece trivial, mas não é.³³⁵

empiricamente o Direito. Organizado por Maíra Rocha Machado. São Paulo: Rede de Estudos empíricos em Direito, 2017, p. 12.

³³² PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos:** doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 108.

³³³ PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos:** doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 114.

³³⁴ “o positivismo deveria ser visto apenas como um axioma, um ponto de partida para o desenvolvimento da real epistemologia jurídica. A partir desse marco, juristas poderiam então propor hipóteses passíveis de teste empírico, construindo então a verdadeira ciência do direito”. CARVALHO, Cristiano. É possível uma “ciência” do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos:** doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 129.

³³⁵ YEUNG, Luciana. Direito, economia e empirismo. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos:** doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 177-178.

A união da produção do conhecimento teórico e empírico tem a consequência de acarretar uma transição significativa na forma como a comunidade jurídica recebe os trabalhos científicos do Direito em pleno século XXI.

O economista Amartya Sen³³⁶ faz uma abordagem singular sobre a ideia de uma justiça transcendental e outra comparativa. Em seu texto, através de ancoragens como a diferença da linguagem indiana para os termos *niti* (que seria uma justiça idealizada) e *nyaya* (que seria uma justiça real), o referido autor nos leva a refletir sobre a importância de reconhecermos a necessidade de se analisar a realidade empírica para se conseguir estabelecer uma base comum da discussão sobre o que é justiça e o que é uma injustiça reconhecidamente indiscutível.

O divórcio entre teoria e empiria é que levou a uma aproximação da economia, em razão do seu método, às demais ciências sociais.³³⁷

A econometria e as teorias econométricas, das quais a Jurimetria³³⁸ é apenas espécie do gênero, são transnacionais. Romperam uma barreira que a ciência do Direito ainda não havia conseguido ultrapassar.

Observe-se que reconhecer a importância das teorias e dos métodos econômicos não significa esvaziar o Direito epistemologicamente. O paradigma desta pesquisa é justamente aquele que contempla teoria e método, na forma da concretização do Direito proposta pela teoria estruturante de Frederick Müller.

Lenio Luiz Streck, Ziel Ferreira Lopes e William Gale Dietrich fazem a crítica no sentido de que existe hermenêutica (revelação dos sentidos) para além e até mesmo contra o método:

Em Verdade e Método, Gadamer tem o intento construir o argumento de que as denominadas “ciências do espírito” (Geisteswissenschaften) trabalham com um nível de verdade que opera para além do método. Tudo que envolve a estética, a história ou

³³⁶ “Talvez a contribuição mais importante da escolha social pra a teoria da justiça é seu interesse nas avaliações comparativas. Essa estrutura relacional, ao invés de transcendental, concentra-se na razão prática por trás daquilo que deve ser escolhido e em quais decisões devem ser tomadas, em vez de especular sobre a aparência de uma sociedade perfeitamente justa (sobre a qual pode ou não haver acordo). Uma teoria da justiça deve ter algo a dizer sobre as escolhas que de fato são oferecidas, e não apenas nos manter absortos em um mundo imaginado e implausível de imbatível magnificência.” SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Traduzido por Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 137.

³³⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Onde estão as fronteiras entre direito e economia? Comentários a Thomas Ulen: “A Nobel Prize in Legal Science”. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 100.

³³⁸ “A Jurimetria é a aproximação de dois conhecimentos, o jurídico e o estatístico.” Prefácio de Fábio Ulhoa Coelho em NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 15.

a linguagem (estando aqui o Direito) não se esgota em um método e em pretensões “matematizantes”.³³⁹

Todavia, os próprios autores argumentam que existe uma agenda em comum em que é possível a produção do conhecimento se valer da análise econômica.³⁴⁰ Admitir o método econômico aplicado ao Direito não significa recepcionar acriticamente os postulados econômicos. A identificação dos limites interpretativos do programa normativo é imprescindível para a concretização do Direito.

É preciso ressaltar ainda, com Marcelo Guedes Nunes, que conhecimento científico não significa dizer determinismo.³⁴¹ É necessário deixar registrada a observação de que conhecimento científico não é conhecimento absoluto.³⁴² Diz o autor:

Na atualidade, o pesquisador tem consciência de que a complexidade de certos processos inviabiliza a redução de suas causas a um modelo determinístico. A ciência abandonou sua pretensão de ser exaustiva na investigação das causas e precisa nas previsões do futuro, para admitir um conhecimento incompleto, que busca apenas errar menos.³⁴³

Cuida-se de um conhecimento por aproximação,³⁴⁴ mas nem por isso de menor importância. É um tipo de conhecimento que está em toda parte a nossa volta.

É só observar o que acontece com o exame de DNA (com 99,9% de “certeza”) tão utilizado pelos Tribunais para resolver as lides de reconhecimento de paternidade. Verifica-se

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. LOPES, Ziel Ferreira. DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte: ano 16, n. 23, p. 11-26, jan/jun, 2018, p. 18.

³⁴⁰ “E mesmo discordando, podemos, inclusive, encontrar agendas comuns de pesquisa. Na descrição do fenômeno jurídico, de maneira mais ampla, tem grande interesse a análise econômica. Apenas se disputará o recorte que eventualmente despreze ou “empiricize” questões de justiça, que negue a verdade na interpretação do direito etc.” STRECK, Lenio Luiz. LOPES, Ziel Ferreira. DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte: ano 16, n. 23, p. 11-26, jan/jun, 2018, p. 22.

³⁴¹ “O determinismo científico consiste na crença de que o universo é um sistema governado por leis absolutas, que permitem a previsão racional de qualquer evento futuro com qualquer grau de precisão.” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

³⁴² “(...) é inegável a conclusão de que conhecimento científico não é conhecimento provado, mas representa conhecimento provavelmente verdadeiro que pode se revelar inadequado com o passar do tempo, pela continuidade das observações ou em vista do desenvolvimento de sistemas mais refinados de medição etc.” NUNES, Marcelo Guedes. O direito comporta testes empíricos? *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 218.

³⁴³ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 25.

³⁴⁴ “Nem sempre (para não dizer nunca) conseguimos construir uma teoria certa, exata e exaustiva a respeito do que observamos, porém a medida que estudamos nosso objeto e reunimos sucessivas informações a seu respeito, temos a consciência nítida de que nos encontramos mais próximos de nossos objetivos do que estávamos no início, e de que, apesar de não determos um domínio completo, compreendemos mais. Cultivamos um ideal de saber exato e absoluto, no entanto, na prática, lidamos com um conhecimento por aproximação, circunstancial, limitado, e essencialmente precário” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

também na engenharia para construções de edifícios e pontes que até então eram inimagináveis. De igual modo, o conhecimento por aproximação subsidia estudos econômico-financeiros para fins de concessão de empréstimo para a casa própria de muitas famílias. O que falar, então, dos cálculos atuariais dos contratos de seguro e plano de saúde, sem os quais a qualidade de vida, tal como tida atualmente, estaria severamente comprometida.³⁴⁵

Portanto, empregando a metodologia empírica ao Direito, é necessário ir a campo para obter os resultados. É isso que se passa a expor no tópico seguinte através da metodologia estatística.³⁴⁶

3.2 RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA

A busca³⁴⁷ no espaço reservado ao banco de sentenças do *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo permitiu localizar 938 processos que teriam sido julgados no 1º grau com os parâmetros de consulta desta pesquisa, quais sejam: cadastrados como “sentença” na classe de processo “recuperação judicial” oriundos da 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperação Judicial da comarca de São Paulo, entre 28 de maio de 2010 e 6 de março de 2020 (Apêndice 1).

No bojo da etapa de mineração das 938 decisões, identificou-se 732 pronunciamentos judiciais que guardavam relação com as decisões do art. 52 e 58 da Lei 11.101/2005³⁴⁸, bem como também relativas a decisão de habilitação de crédito, decisão de embargos de declaração e até termo de audiência, as quais não serão objeto da pesquisa empírica.

Para o fim específico do critério definido para esta pesquisa, 206 decisões possuíam natureza de decisão que efetivamente colocavam um termo final na ação de recuperação judicial. Nesse cenário, tem-se o Gráfico 1 a seguir, que contempla o dito acima:

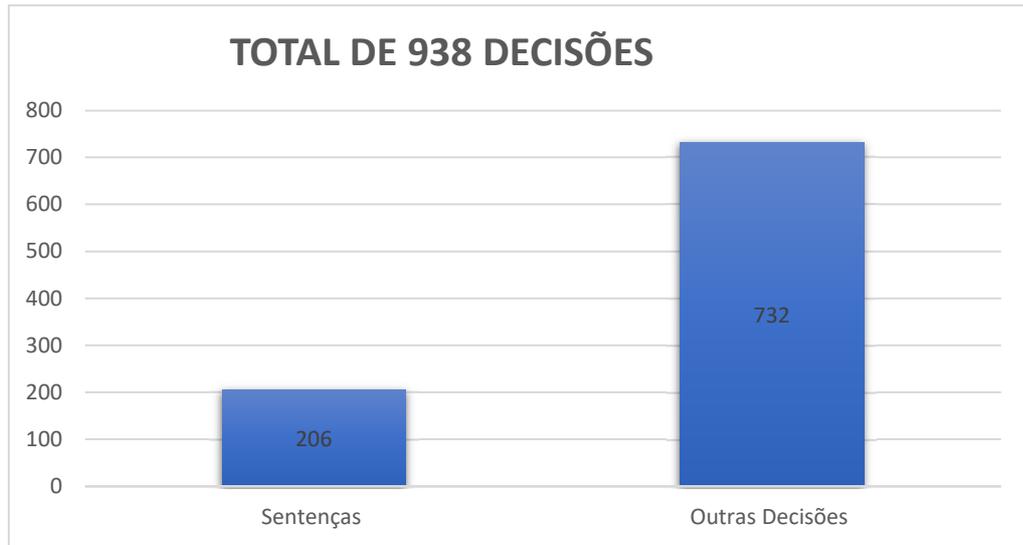
Gráfico 1 - Total de decisões extraídas do banco de sentenças do TJ/SP

³⁴⁵ Todas essas reflexões são extraídas do livro de Marcelo Guedes Nunes.

³⁴⁶ “a estatística é uma disciplina definida por sua metodologia e que pode ser aplicada a qualquer objeto passível de experimentação e observação. Na definição de Stephen Stigler: “A estatística moderna oferece tecnologia quantitativa para a ciência empírica” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

³⁴⁷ Trabalho este que recebeu fundamental ajuda da Associação Brasileira de Jurimetria na pessoa do seu secretário geral Julio Trecenti. O Relatório contendo os números do processo foram extraídos do site <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>

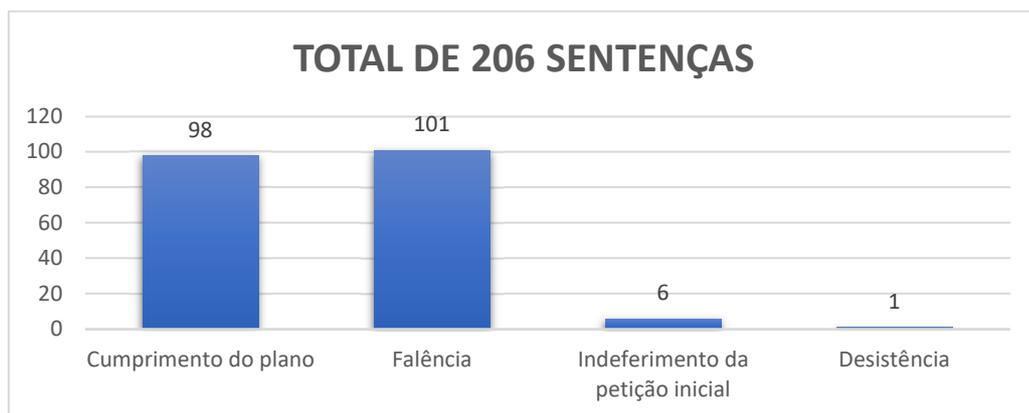
³⁴⁸ Sobre a natureza jurídica de sentença da decisão do art. 58 da lei 11.101, 205, ver TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 345.



Fonte: TJ/SP (2020)

As 206 (duzentas e seis) decisões consideradas como de natureza de sentença³⁴⁹ para esta pesquisa tiveram os seguintes conteúdos: (a) 98 (noventa e oito) sentenças por cumprimento do plano de recuperação tal como previsto no art. 63 da Lei 11.101/2005 (objeto deste estudo); (b) 101 (cento e uma) decisões por decretação da falência; (c) 06 (seis) indeferimentos da petição inicial; e (d) 01 (uma) sentença por desistência, conforme demonstrado no Gráfico 2 a seguir:

Gráfico 2 - Total de sentenças extraídas do banco de sentenças do TJ/SP



Fonte: TJ/SP (2020)

Já no começo da pesquisa, é possível perceber que apenas 48% das sentenças cadastradas no banco de sentenças de recuperações judiciais da 1ª e 2ª varas privativas da comarca de São Paulo guardam relação com decisões que efetivamente permitem concluir que

³⁴⁹ O § único do art. 58-A da lei 11.101/2005 (introduzido pela lei 14.112/2020) é expresso ao reconhecer a natureza de sentença para decisão que convola a recuperação judicial em falência.

o processo de recuperação judicial chegou ao fim dentro da expectativa inicial que motivou o deferimento do processamento da ação de recuperação.

Esse dado, inclusive, é similar ao resultado encontrado pelo observatório da insolvência realizado pela ABJ, quando identificou que o desfecho final da recuperação em varas especializadas correspondia a 52% para os casos encerrados por falência, e a 48% para encerramentos sem falência.³⁵⁰

A esta pesquisa interessaram os 98 (noventa e oito) processos que tiveram a sentença extintiva da recuperação judicial por cumprimento do plano (Apêndice 1). Sucede que, em dois desses processos, não foi possível extrair o número do CNPJ da recuperanda; foram eles: Processo n. 0159311-14.2006.8.26.01000, que tem como parte Fine Papers Ltda., e Processo n. 1083068-31.2014.8.26.01000, cujo autor é AC Distribuidora de Produtos S/A.

Desse modo, permaneceram na amostragem³⁵¹ 96 processos de recuperação judicial, que envolveram 148 CNPJs, haja vista a existência de litisconsórcios ativos. Esse material (Anexo 1) é que subsidiou a pesquisa empírica sobre manutenção da fonte produtora e manutenção dos empregos e dos interesses dos credores, após a sentença da recuperação judicial.

A abordagem envolve uma estatística descritiva, que é uma área de estudo que explora a visualização e a descrição, sumarizada ou exaustiva, dos dados coletados.³⁵² Observe-se, portanto, que não se busca um silogismo do tipo causa e efeito ou mesmo uma definição probabilística para a ocorrência ou não de um evento futuro (estatística inferencial).

Como sabido e dito aqui na introdução da pesquisa, o insucesso ou não da legislação falimentar envolve variáveis econômicas, políticas e sociais. Por isso, adverte-se para a distinção entre descrição dos dados e a sua pretensa utilização para correlação espúria e/ou casualidade probabilística. Somente seria possível a relação de casualidade com a realização de diversos outros experimentos através de grupos e subgrupos que possam ser controlados em suas variáveis, o que não é o caso desta pesquisa.

³⁵⁰ WAISBERG, Ivo. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. NUNES, Marcelo Guedes. CORRÊA, Fernando. Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório de Insolvência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 16, n. 2, p. 167-210, maio/ago. 2019, p. 209.

³⁵¹ “A amostra corresponde a uma subconjunto de indivíduos de uma população separados para análise através de uma determinada metodologia”. NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

³⁵² NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

A rigor, para o recorte epistemológico desta pesquisa, importa conhecer dados da realidade empírica para que o método indutivo, através da observação dos fatos, nos revele possibilidades de análise do que ocorreu com a amostragem descritiva utilizada na pesquisa.

3.2.1 Manutenção da fonte produtora

É natural e representaria um raciocínio lógico-dedutivo³⁵³ pensar que a superação da crise econômico-financeira, evidenciada pela obtenção da sentença extintiva da recuperação judicial, implicaria dizer que houve a manutenção da fonte produtora.

A proposição teórica seria simples. Significariam proposições equivalentes. Cuidar-se-ia de uma lógica proposicional do tipo se dado A, então B. Se nenhum credor alegou descumprimento de obrigação no período de fiscalização do plano ou se nenhum credor extraconcursal requereu a falência, logo a obtenção da sentença extintiva da recuperação judicial, em tese, permitiria concluir que houve a superação da crise econômico-financeira e também a manutenção da fonte produtora de bens e serviços à sociedade.

Se assim fosse, estaria correto admitir que as 98 (noventa e oito) empresas/grupos empresariais, totalizando 148 (cento e quarenta e oito) CNPJs, que tiveram a sentença extintiva da recuperação judicial teriam concretizado o programa normativo do art. 47 da Lei 11.101/2005 no que se refere à manutenção da fonte produtora.

Contudo, somente é possível inferir que houve o cumprimento do plano de recuperação.

Como visto do programa normativo, o objetivo específico da manutenção da fonte produtora exprime o significado de continuidade do fornecimento de bens e serviços ao mercado, para fins de troca e voltado a satisfazer as necessidades do arranjo social.

Os dados empíricos obtidos evidenciam que, ao longo dos últimos 10 (dez) anos, na 1ª e 2ª Varas especializadas de Recuperação Judicial da comarca de São Paulo, 98 (noventa e oito) processos que envolvem atividades e grupos empresariais obtiveram a sentença extintiva da recuperação judicial.

³⁵³ “Enquanto a inferência dedutiva é um caminho independente da experiência, que parte do geral (premissa maior) para o particular (premissa menor) em direção a uma conclusão válida, a inferência indutiva faz o caminho inverso, partindo do particular (observação dos fatos) para o geral (identificação de regularidades que expressem uma lei). NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 80;

Desses processos foram extraídas 148 (cento e quarenta e oito) inscrições no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) que serviram de base para a busca de dados na Junta comercial de São Paulo no mês de agosto de 2020.³⁵⁴

As sociedades empresariais, independentemente do seu objeto, devem levar a efeito o seu registro de constituição, alteração, dissolução e extinção para arquivamento nas juntas comerciais, o que é disciplinado pela Lei 8.934/1994.

A lei de recuperação de empresa e falência, por sua vez, obriga que o Estado-Juiz leve ao conhecimento do registro público de empresas a anotação do processamento da recuperação judicial (art. 69). E, quando da sentença, também é dever do Juiz fazer a devida comunicação ao registro Público da referida exclusão (art. 63, V, da Lei 11.101/2005).

Em agosto de 2020, foram obtidas certidões simplificadas (Anexo 2) contendo a data e o conteúdo do último documento arquivado no registro das recuperandas.

Observou-se que 51% (ou seja, 76 casos) dos CNPJs consultados não tiveram arquivamento de atos societários no registro de empresa, mesmo tendo sido proferida a sentença de extinção da recuperação judicial (Apêndice 2).

É como se essas atividades não tivessem se interessado em, minimamente, fazer constar que não seria mais necessário utilizar a expressão “em recuperação judicial”.

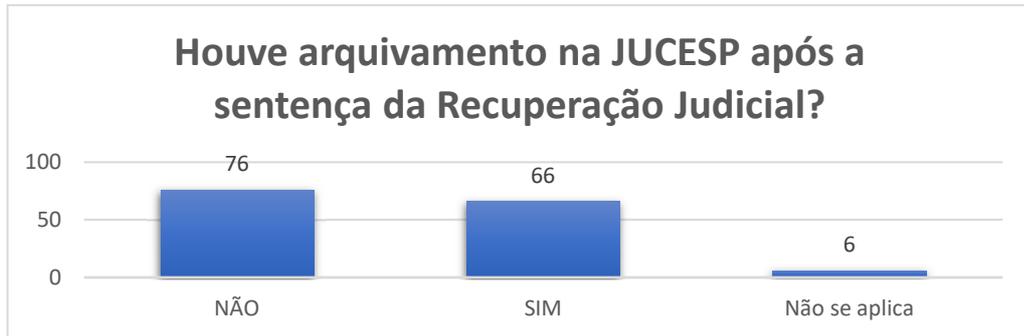
Essa descrição dos dados da realidade permite a indicação da possibilidade de eventualmente não ter ocorrido a concretização do objetivo específico da manutenção da fonte produtora do art. 47 da lei de recuperação judicial para essas empresas, que sequer tiveram atualizações no órgão de registro de empresa.

As atividades que tiveram algum tipo de arquivamento após a sentença de recuperação judicial foram na quantidade de 66 (sessenta e seis), o que representa 45% dos CNPJs consultados. Remaneceram 06 (seis) CNPJs (4%) sem informações, visto que não possuíam cadastro na junta comercial de São Paulo, embora as demais empresas do grupo sejam de São Paulo.

O Gráfico 3 a seguir ilustra os achados empíricos:

³⁵⁴ A colheita de dados ocorreu por intermédio da certidão simplificada extraída do site <https://www.jucesponline.sp.gov.br/Pesquisa.aspx?IDProduto=4>.

Gráfico 3 - Total de 148 CNPJ consultados na JUCESP



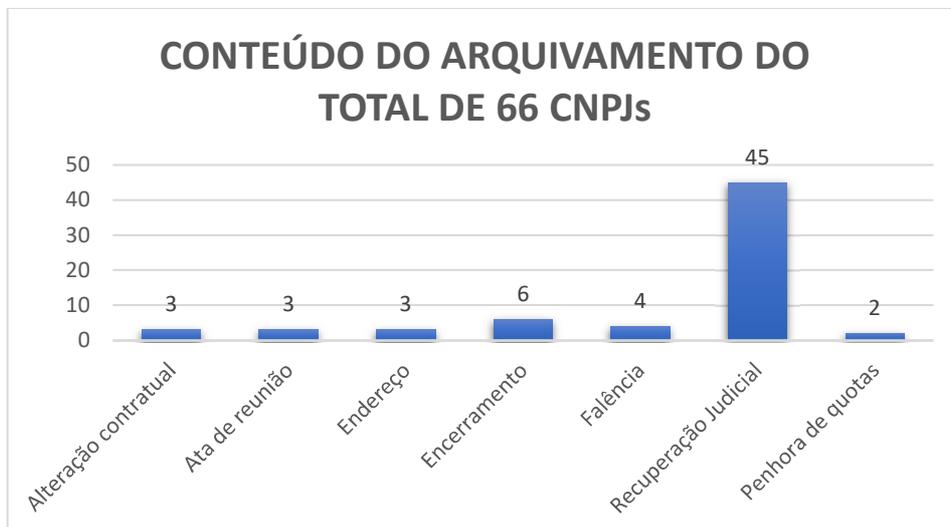
Fonte: JUCESP (2020)

Os resultados da pesquisa empírica na junta comercial de São Paulo, coletados em agosto de 2020, também permitem esclarecer o conteúdo do último arquivamento constante do registro da empresa.

Do total de 66 (sessenta e seis) CNPJs que tiveram arquivamento após a sentença da recuperação Judicial, o conteúdo de 15% (quinze por cento) deles permite concluir que houve o encerramento da atividade empresarial (seja por falência – 4 casos –, seja por distrato social – 6 casos).

A grande maioria dos registros (68%) guardavam relação com o ofício oriundo da recuperação judicial dando ciência do encerramento da recuperação, e os demais eram registros societários de alteração, ata de reunião, mudança de endereço ou de penhora de quotas sociais. A natureza desses registros serve de indicativo da possibilidade da continuidade da manutenção da fonte produtora, concretizando-se assim o objetivo específico do programa normativo, conforme Gráfico 4 a seguir:

Gráfico 4 - Total de 66 CNPJs com arquivamento após a sentença da RJ



Fonte: JUCESP (2020)

Somente com a análise das situações encontradas no âmbito da norma de cada caso concreto é que se poderá evidenciar a concretização ou não do objetivo específico de manutenção da fonte produtora.

Observar eventuais conflitos e desvirtuamento do uso da ação recuperação judicial através dos dados extralinguísticos da realidade, como a comprovação da efetiva continuidade de fornecimento de bens e serviços a sociedade, revela-se imperioso para que a solução estatal da ação de recuperação judicial privilegie o arranjo social da sociedade como um todo.

Se o objetivo da lei é evitar desabastecimento e prejuízos advindos da solução de continuidade (interrupção) do fornecimento de bens e serviços, somente nessa hipótese é que se justificaria a concessão extraordinária do processamento e dos benefícios próprios da recuperação judicial.

Para ilustrar, considerando que caberá à casuística e às peculiaridades do caso concreto (ainda que hipotéticos) permitir a concretização do Direito na metódica pós-positivista da Teoria Estruturante de Friedrich Müller, convém projetar a discussão para elementos de fatos hipotéticos.

Suponhamos que determinada sociedade empresária do segmento do varejo, histórica e de importância social e econômica em determinada região do país, por razões de retração do negócio (aumento de competitividade, por exemplo, pelo ingresso de novos *players* de mercado), esteja enfrentando uma aguda crise econômico-financeira que leve a impontualidade de suas obrigações. Essa sociedade ajuíza e tem deferido o processamento da ação de recuperação judicial.

A sociedade empresária recuperanda possui 20 (vinte) imóveis próprios nos quais desenvolvia a sua atividade de varejo. Considere-se, para fins hipotéticos, que todas as vinte lojas possuem a mesma importância econômica, isto é, mesma quantidade de funcionários, mesmo faturamento, idêntico valor de tributos e assim por diante.

Suponhamos, agora, que essa sociedade, após o deferimento do processamento, submeteu e teve aprovado o plano de recuperação pelos seus credores.

No plano de recuperação aprovado, esta sociedade tradicional no ramo de varejo, prevendo a maior competição desse segmento com a entrada de novos *players*, estipulou a ampliação do seu ramo de atividade para incluir também no seu negócio a compra e venda, o arrendamento e a locação de imóveis. E, dentro do seu plano de recuperação, estipulou que as 20 (vinte) unidades produtivas da sua atividade de varejo seriam descontinuadas porque o

objeto da sociedade agora seria outro tipo de atividade empresarial (arrendamento, locação, compra e venda).

Os seus credores, com isso, não se importaram, pois, receosos que estavam de não receber, preocuparam-se apenas em alavancar seus créditos, ainda que tenha sido necessário conceder algum desconto e prazos mais alongados, o que se mostrou mais seguro do que enfrentar um processo falimentar.

Nessas circunstâncias, ainda que tenha ocorrido a superação da crise econômico-financeira por parte da sociedade empresária histórica e tradicional, que ela tenha realizado o adimplemento das obrigações de que era devedora à época da crise, seria legítimo concluir que que, no caso hipotético sugerido, teria ocorrido a manutenção da fonte produtora de bens e serviços à sociedade?

O exemplo hipotético abordado serve apenas para ilustrar a possibilidade de, em certas ocasiões, ocorrer um desvirtuamento entre os objetivos eleitos pelo programa normativo e a situação encontrada no âmbito da norma, ainda que tenha ocorrido a “melhor solução”, que vem a ser a deliberação do plano pelos credores.

Poder-se-ia argumentar, no exemplo dado, que não teria havido prejuízo tampouco pretensão resistida ao deferimento da recuperação judicial e que isso, por si só, permitiria dizer que o resultado alcançado seria capaz de concretizar os objetivos do art. 47 da lei, pois teria havido uma alocação ótima de recursos.

Contudo, há custos de transação que envolvem a ação de recuperação judicial.³⁵⁵ Custos diretos (deságios, parcelamentos, novações etc.), e também custos indiretos, como a necessidade de os credores gastarem tempo e recursos para contratar profissionais, monitorar o processo judicial e fiscalizar a execução do plano, e ainda custos ao Estado na manutenção de serventias judiciais privativas e que abarrotam o Poder Judiciário.

De uma forma ou de outra, esses custos acabam sendo suportados pela sociedade como um todo, inclusive na externalidade negativa de compor o preço dos produtos e serviços ofertados em razão desse risco.

As transações de mercado, inerentes ao desenvolvimento socioeconômico, serão mais eficientes sempre que seja possível atribuir uma alocação ótima aos recursos disponíveis, de

³⁵⁵ “no sopesamento dos benefícios da recuperação ou da falência, os credores, em sua grande maioria, não levam em consideração os custos das externalidades negativas suportados pela sociedade.” DIAS, José Elves Batista. *Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 180.

sorte que a opção seja pela escolha que permita o maior benefício ao arranjo social como um todo.

Pela análise da pesquisa empírica realizada, em 56 casos de um total de 148 CNPJs é possível verificar o indício da hipótese de que houve a manutenção da fonte produtora.

Em 38% (trinta e oito por cento) dos casos que conseguiram alcançar a sentença extintiva da recuperação judicial houve o arquivamento na junta comercial do encerramento da recuperação judicial, dando vazão a hipótese da continuidade da operação da atividade em agosto de 2020.

De outro lado, 62% (sessenta e dois por cento) do total de 148 CNPJs não tiveram arquivamentos na junta comercial após a sentença de recuperação judicial, ou quando arquivaram, fizeram informando o encerramento ou a falência da atividade, mesmo após a obtenção da sentença de cumprimento do plano.

3.2.2 Manutenção do emprego dos trabalhadores

A elaboração do programa normativo extraído a partir do texto legal que diz que a manutenção dos empregos deve ser perseguida pela ação de recuperação judicial nos permite avançar para a próxima etapa do processo de concretização.

Diante da metódica estruturante, somente com o resultado da reunião do programa normativo e do âmbito da norma é que terá lugar a norma jurídica a ser concretizada no caso concreto.

O objetivo específico da manutenção dos empregos dos trabalhadores foi objeto desta pesquisa através da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).³⁵⁶ A solicitação feita ao Ministério da Economia foi para ter acesso à quantidade de vínculos empregatícios informados por cada um dos 148 CNPJs indicados na listagem extraída dos processos de recuperação judicial que tiveram a sentença extintiva (Apêndice 3).

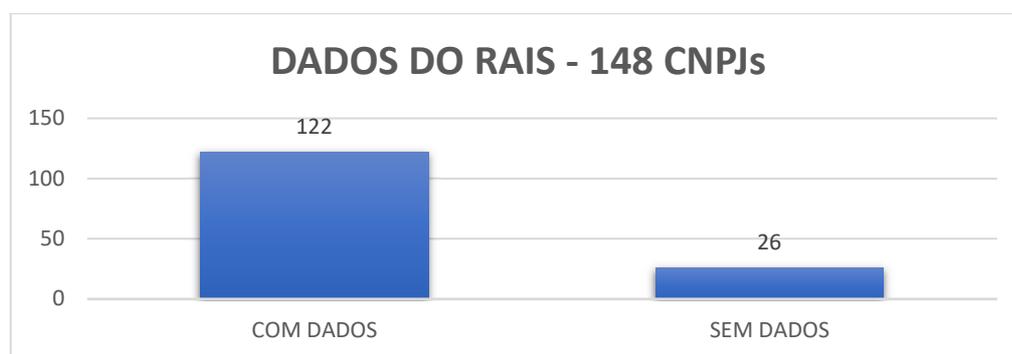
Em 4.9.2020, a resposta encaminhada pelo Ministério da Economia contemplava uma planilha Excel contendo as informações prestadas pelas empresas através da RAIS – Relatório Anual de Informações Sociais (Anexo 3).

³⁵⁶ O pedido de informação foi destinado ao Ministério da Economia, através do portal <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br>. O protocolado foi tombado sob o número 03006.015242/2002-98 em 17/08/2020 e respondido pelo agente administrativo do gabinete da subsecretaria de políticas públicas de trabalho – SPPT/STRAB em 04.09.2020

O documento contempla o total de vínculos empregatícios entre 2009 e 2018, haja vista que ainda não havia sido consolidada a RAIS de competência 2019, que deve ser enviada em 2020, sob pena de multa às empresas.

A análise dos dados disponibilizados evidenciou que 122 (cento e vinte e dois) CNPJs possuíam a informação de vínculos empregatícios ao menos em algum ano, entre 2009 e 2018. Já 26 (vinte e seis) CNPJs não possuíam qualquer informação de vínculos empregatícios entre 2009 e 2018. O Gráfico 5 a seguir ilustra os achados empíricos:

Gráfico 5 - Total de 148 CNPJ consultados na RAIS



Fonte: RAIS (2009/2018)

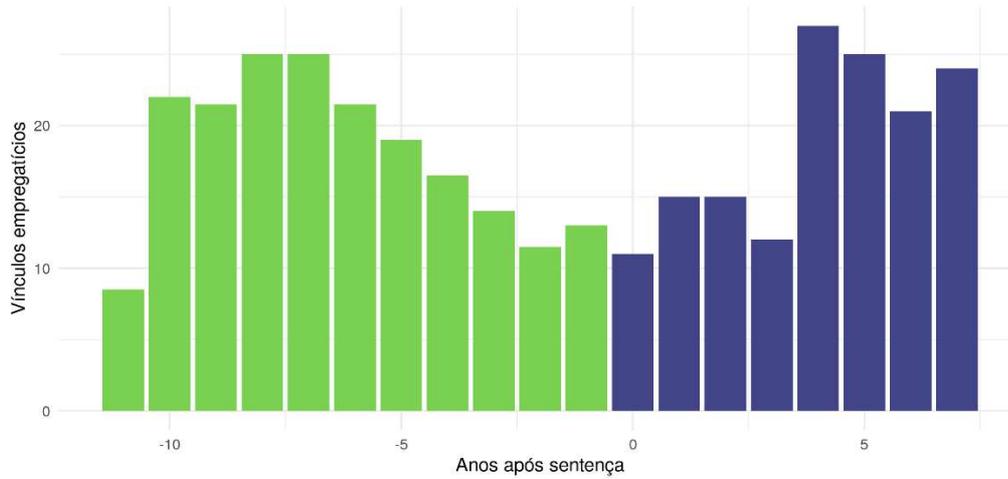
De posse dos CNPJs que efetivamente possuíam informação na RAIS declarada ao governo, elaborou-se as seguintes análises de estatística descritiva com base na técnica de alinhamento de eixos,³⁵⁷ para fins de ilustrar a existência ou não de uma tendência.

A mediana³⁵⁸ extraída dos dados colhidos permite evidenciar que a quantidade de vínculos empregatícios das atividades empresariais é influenciada significativamente pelo evento da sentença extintiva da recuperação judicial. A partir desse referencial, a tendência volta a ser de crescimento ainda que não uniforme, conforme Gráfico 6 a seguir:

³⁵⁷ Trabalho este que só foi possível ser realizado com a fundamental colaboração da Renata Hirota, integrante da Associação Brasileira de Jurimetria.

³⁵⁸ “a mediana indica o valor central quando os resultados de todos os processos são listados em ordem crescente. Por tal razão, ela é menos afetada por resultados extremados.” NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

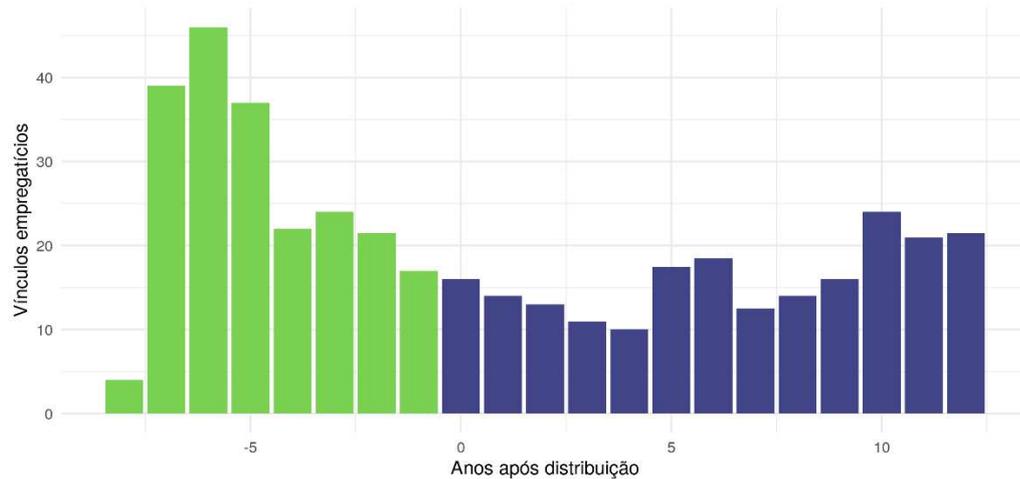
Gráfico 6 - Mediana de vínculos empregatícios após a sentença



Fonte: RAIS (2009/2018)

Se observado o ano da distribuição do processo, também se observará que a mediana dos resultados obtidos indica a redução dos vínculos empregatícios no curso do processo de recuperação judicial e, posteriormente, indica a tendência de subida com a obtenção da sentença, conforme Gráfico 7 a seguir:

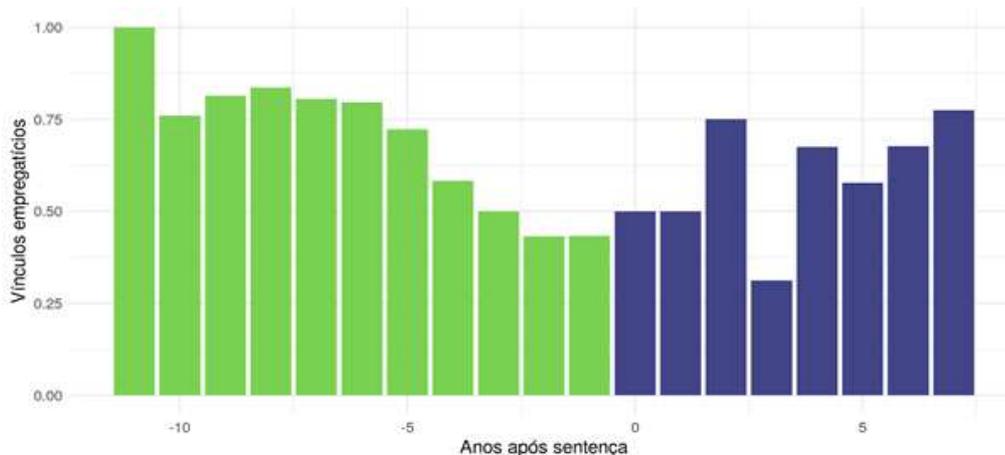
Gráfico 7 - Mediana de vínculos empregatícios após a distribuição



Fonte: RAIS (2009/2018)

A mediana padronizada pelo máximo de cada empresa colabora para esclarecer o que ocorreu com a quantidade de vínculos empregatícios formais informados anualmente pelas recuperandas através da RAIS. Reforça a conclusão de uma tendência de queda seguida por uma tendência de crescimento não uniforme, conforme Gráfico 8 a seguir:

Gráfico 8 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a sentença



Fonte: RAIS (2009/2018)

O valor da mediana se mostra mais próximo de identificar uma tendência da realidade na medida em que ela é menos suscetível de ser influenciada por casos extremos, como pode vir a ocorrer na média aritmética. Marcelo Guedes Nunes exemplifica: “Quando digo que a média entre dois números é igual a 50, esses dois números podem ser 49 e 51, resultados muitos próximos, ou podem ser 1 e 99, resultados mais distantes”.³⁵⁹

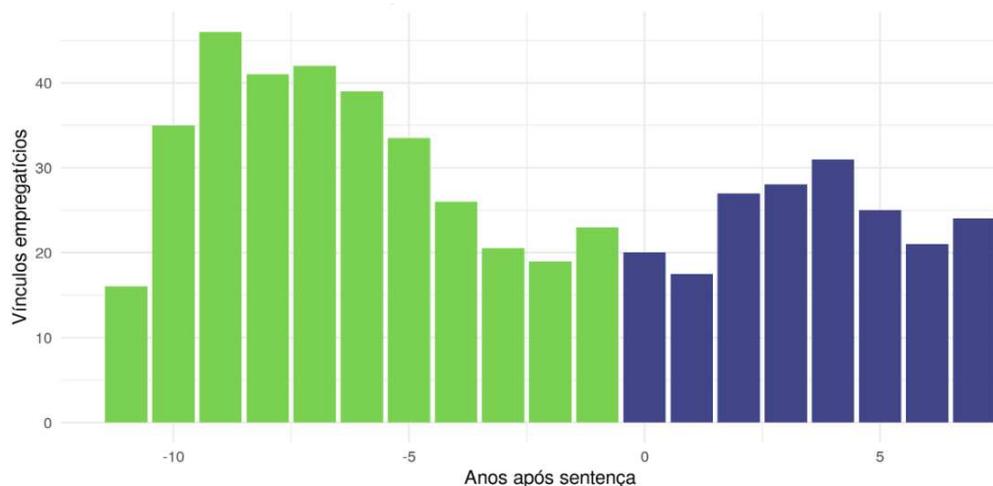
A despeito da evidência da tendência de crescimento dos vínculos empregatícios após a ocorrência da sentença da recuperação judicial, o que reforçaria a conclusão sobre a concretização do programa normativo da manutenção dos empregos dos trabalhadores, relevante se faz destacar que somente 45 (quarenta e cinco) CNPJs possuíam informação de dados de vínculos empregatícios em todos os anos compreendidos entre 2009 e 2018.

Esse dado da realidade permite afirmar que tão somente 30% das empresas (leia-se CNPJs) que chegaram ao final de uma recuperação judicial com extinção por sentença de cumprimento do plano permaneceram informando a quantidade de vínculos empregatícios anuais ao governo.

Caso recortada a análise apenas para esses casos que forneceram os dados anuais por todo o período, também se verifica a tendência crescimento após a sentença, como demonstrado nos Gráficos 9 e 10 a seguir:

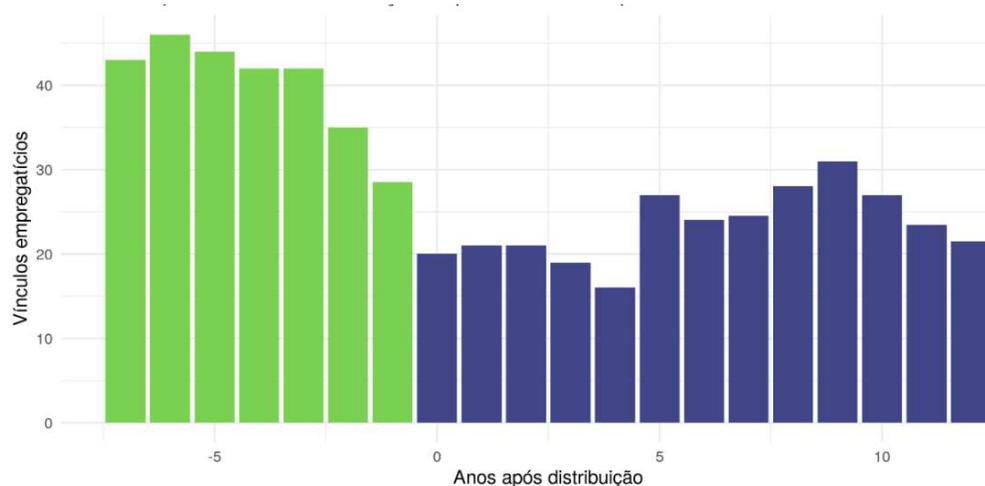
³⁵⁹ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

Gráfico 9 - Mediana de vínculos empregatícios após a sentença (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)



Fonte: RAIS (2009/2018)

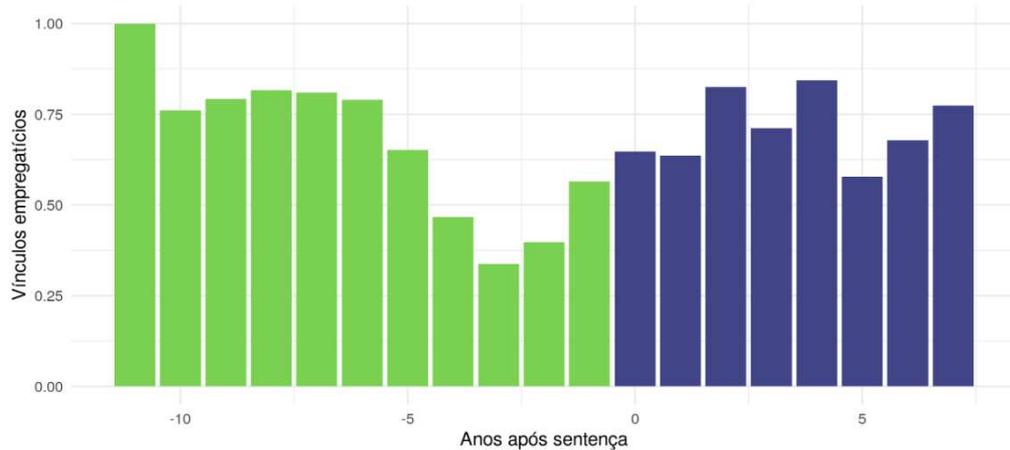
Gráfico 10 - Mediana de vínculos empregatícios após a distribuição (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)



Fonte: RAIS (2009/2018)

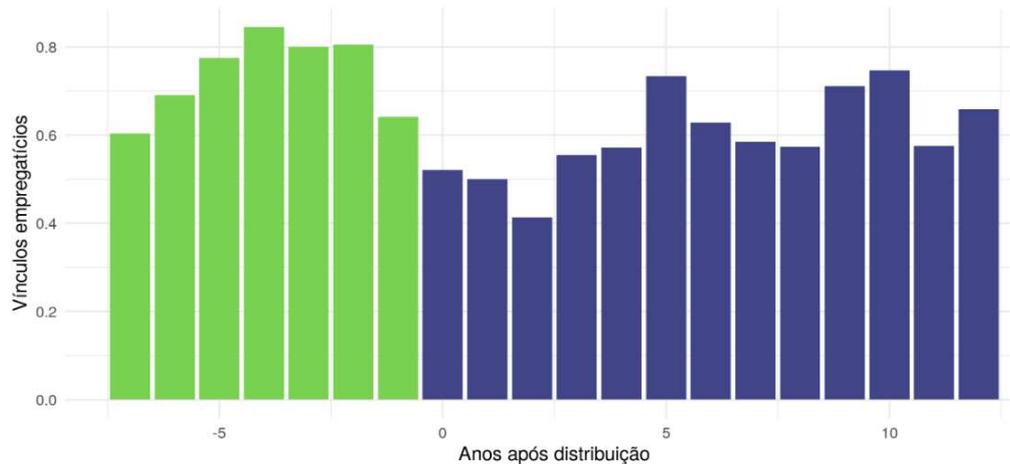
A mediana padronizada pelo dado máximo de cada empresa deixa o cenário mais evidente de recuperação dos vínculos de empregos formais após o processo de recuperação judicial. A análise dos Gráficos 11 e 12 a seguir indica a menor quantidade de dados de vínculos empregatícios formais entre a distribuição da ação e a obtenção da sentença:

Gráfico 11 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a sentença (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)



Fonte: RAIS (2009/2018)

Gráfico 12 - Mediana de vínculos empregatícios pelo máximo após a distribuição (considerando apenas CNPJ com informações em todo o período)



Fonte: RAIS (2009/2018)

A realidade empírica revela que o instrumento da ação de recuperação judicial tem sido capaz de permitir a manutenção e até mesmo o soerguimento dos empregos dos trabalhadores. O cenário é o da hipótese de que o objetivo da lei foi alcançado no que se refere a manutenção dos empregos dos trabalhadores.

Todavia, cabe a advertência de que isso se verificou de maneira estatisticamente inferior ao pretendido pelo programa normativo, considerando a amostragem das empresas que chegaram ao fim do processo com a sentença extintiva.

O exercício casuístico (ainda que hipotético) tem razão de ser dentro do paradigma da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller.

No plano do âmbito normativo, suponhamos que uma sociedade empresária que possua como atividade a “locação de automóveis com condutor” (CNAE 4923-0/02), com 100 (cem)

veículos para realização do serviço de transporte de passageiro (táxi), se encontra em crise econômico-financeira.

O motivo mais relevante da mudança desse mercado seria porque surgiu uma tecnologia, desenvolvida através de *start-up*,³⁶⁰ que aplicou à atividade comercial a utilização de aplicativos tecnológicos que gozaram de confiança da sociedade para fazer unir motoristas a usuários caronas. Um modelo que se convencionou chamar de economia compartilhada.

Suponhamos que essa sociedade empresária familiar de táxi só possua funcionários administrativos (no total de 10 funcionários), isto é, que não tenha em seu quadro de pessoal funcionários motoristas, valendo-se, até então, de motoristas autônomos, que se revezavam (daí porque ausente, por exemplo, o requisito da habitualidade da relação de emprego) na prestação do serviço.

Essa sociedade empresária familiar, que atua em uma grande capital do país, local onde também há outros concorrentes com essa mesma atividade, busca se valer da recuperação judicial para superação da crise econômico-financeira frente aos seus credores (bancos que financiaram os automóveis, empresas que revendiam peças automotivas, oficinas que faziam serviços de mecânica, postos de combustíveis, seguros etc.) e a manutenção dos 10 (dez) vínculos de emprego da empresa.

Suponhamos, ainda, que a origem na crise econômico-financeira decorreria de evidente má gestão e despreparo empresarial, que levou a um endividamento atual que contrasta com o período de lucratividade dessa atividade nos tempos áureos em que eram distribuídos lucros.

Em sendo ajuizada a ação de recuperação judicial, ainda que seus credores entendam pela aprovação do plano de recuperação judicial, seria essa a solução jurídica mais condizente com o programa normativo da concretização dos objetivos do art. 47 da Lei 11.101/2005? Seria a ação de recuperação judicial prevista no ordenamento jurídico para a tentativa de soerguimento desse negócio/atividade?

A reflexão que se impõe é: Quantas e quantas atividades empresariais restaram superadas pelos seus concorrentes, especialmente pelo caixa, ao longo da história? Quantos processos evolutivos, que beneficiaram a sociedade como um todo, ocorreram pela superação de atividades empresariais estagnadas,³⁶¹ com gestão temerária e/ou obsoletas (a título de

³⁶⁰ Art. 65-A, §1º, da Lei Complementar 167/2019: “§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva”.

³⁶¹ Como se diz em épocas de crise: dinheiro não some, apenas muda de mão. Ou então, crise é o dinheiro mudando de mão.

exemplo, filmes para máquinas fotográficas,³⁶² locadoras de filmes, gravadoras de LP e CD, entre outros)?

Agora imaginemos novos fatos,³⁶³ ao invés de motoristas autônomos, caso essa sociedade empregasse 120 (cento e vinte) motoristas com vínculo empregatício e que o exercício dessa atividade ocorresse em uma cidade do interior que seria um polo industrial e não seria atendida, nessa proporção, por nenhum outro concorrente no mercado local. A ação de recuperação judicial teria lugar para permitir o soerguimento da atividade empresarial nessas circunstâncias?

Envolver os dados extralinguísticos do âmbito da norma é essencial para conhecer a realidade empírica e assim permitir a concretização do direito.

A perspectiva de longo prazo do desenvolvimento da Teoria Estruturante do Direito para o direito empresarial concursal reforça a necessidade do âmbito da norma com um dos entes do processo de construção do direito, tudo a bem de fornecer meios de controle substancial das razões de decidir.

A normatividade própria da dinâmica do paradigma pós-positivista, ao contemplar a norma composta por dois entes jurídicos, permite considerar, através do âmbito da norma, o que realmente acontece na prática das atividades empresariais em recuperação judicial. E isso tem fundamental importância para a concretização do objetivo da manutenção dos empregos dos trabalhadores.

O direito em movimento permite ao Estado-Juiz acompanhar o rearranjo do mercado e das relações sociais para fins de, justificadamente, dentro dos limites do programa normativo e dos dados extralinguísticos do âmbito normativo, concretizar a norma jurídica somente no caso concreto. Externando os referidos entes jurídicos da norma, restará garantida pela metódica estruturante do pós-positivismo uma condição melhor de controle e fiscalização pelos interessados e pela própria sociedade.

³⁶² “No jargão anglo-saxônico, empresas incapazes de gerar valor são referidas como empresas produtoras de chicotes para charretes (*buggy whips markers*), em uma alusão às empresas produtoras de chicotes do século XIX que não se adaptaram ao surgimento do automóvel. Bons exemplos de empresas produtoras de *buggy whips* são a Kodak e a Blockbuster. Aquela não conseguiu mudar o seu modelo de negócios para adaptar-se à fotografia digital; esta não conseguiu adaptar seu modelo de negócios para a tecnologia de distribuição digital de filmes.” AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 221.

³⁶³ Como falava Calmon de Passos nas aulas da pós-graduação de processo civil no Centro de Cultura Jurídica da Bahia: “basta a mínima diferença dos fatos para a máxima diferença na aplicação do direito”.

3.2.3 Interesse dos credores

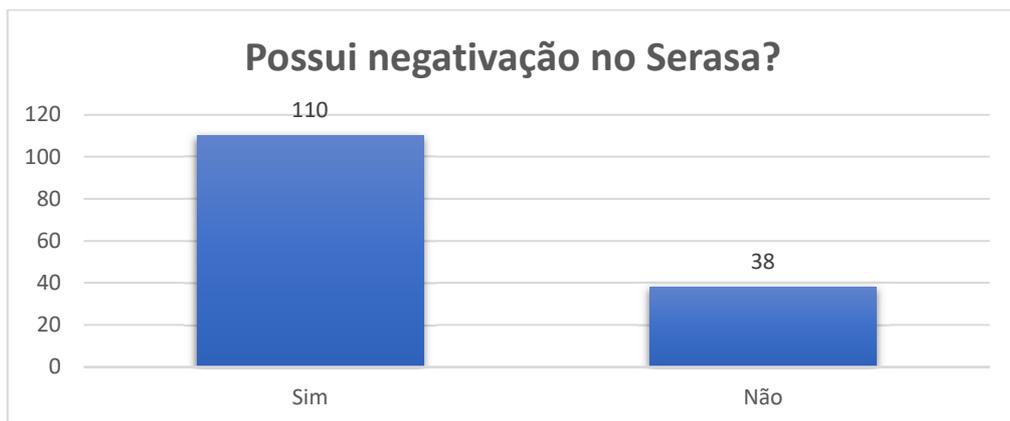
O programa normativo dá voz ao interesse dos credores da recuperanda. Todavia, tal constatação não esgota o significado e o alcance do objetivo específico do art. 47 da Lei 11.101/2005. A recuperação deve ocorrer na medida (alcance, cálculo, proporção) do interesse dos credores em geral.

O interesse dos credores, específicos da recuperanda, estão atendidos nos processos que chegaram à sentença de extinção da recuperação judicial na medida em que não se evidenciaram alegações de descumprimento do plano, o que, se ocorresse, impediria a prolação da manifestação judicial terminativa.

Observando-se o interesse coletivo do arranjo social como um todo, sob a ótica de risco e do sistema de créditos em geral, foram colhidas, em setembro de 2020, consultas ao Serasa Expirian dos 148 CNPJs extraídos da listagem (Apêndice 4) das ações de recuperação judicial extintas por cumprimento do plano (Anexo 4).

Após a sentença que indicaria o soerguimento da atividade empresarial, somente 26% dos CNPJs consultados não possuíam negativas, ao passo que 74% possuíam algum tipo de registro de pendência negativa nesse importante cadastro de restrição ao crédito, conforme demonstrado no Gráfico 13 a seguir:

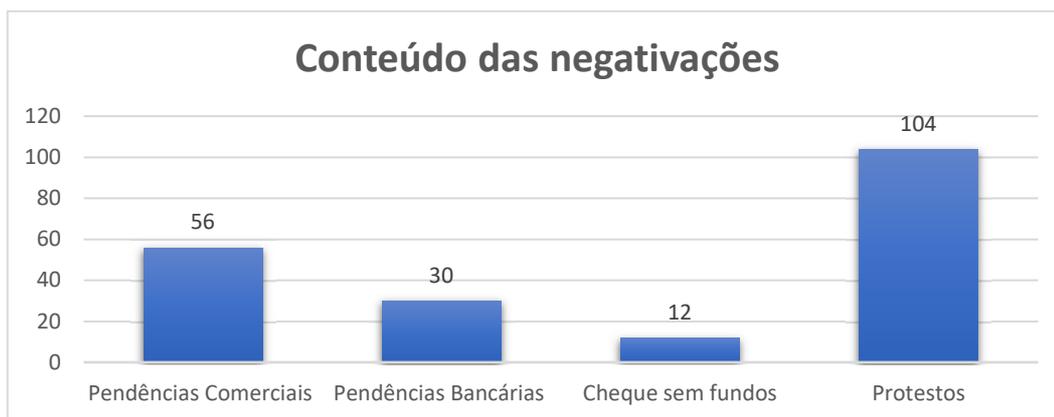
Gráfico 13 - Quantidade de empresas com negativação após a sentença da RJ



Fonte: Serasa Expirian (set/2020)

Os resultados da pesquisa empírica no Serasa, coletados em setembro de 2020, também permitem esclarecer o conteúdo das negativas encontradas em desfavor das empresas. Das 110 (cento e dez) empresas com negativas, quase a totalidade apresentava protestos (95%), metade apresentava pendências comerciais (51%), e uma quantidade inferior tinha pendências bancárias (27%) e cheques sem fundos (11%), conforme Gráfico 14 a seguir:

Gráfico 14 - Conteúdo das negativas das empresas após a sentença da RJ



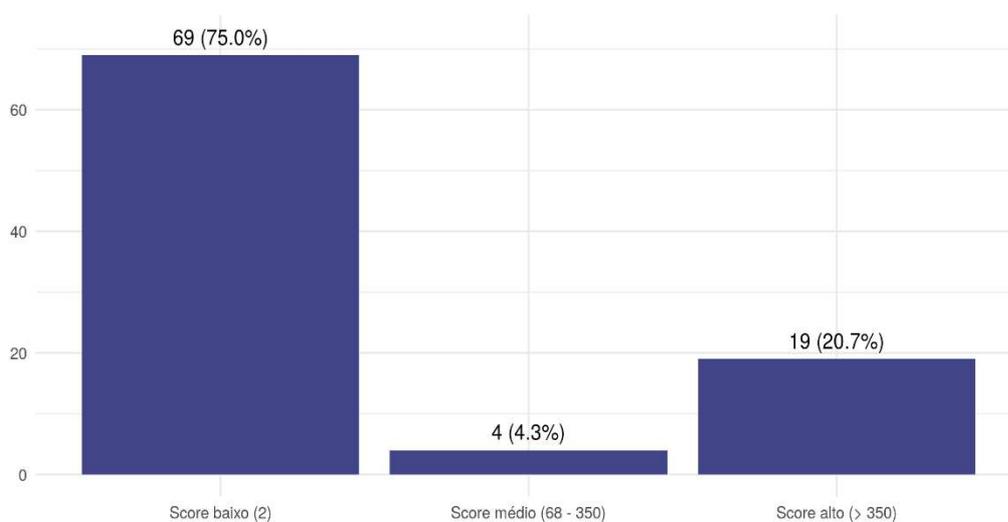
Fonte: Serasa Experian (set/2020)

Entre as 38 (trinta e oito) atividades empresariais (CNPJs) que não possuíam negativas, 4 (quatro) estavam com o CNPJ inapto. Isso significa dizer que não estão mais realizando operações no mercado.

O Serasa ainda mantém uma tabela de pontuação para fins de melhor subsidiar a análise de risco de crédito e de relacionamento entre as empresas. A pontuação leva em consideração os dados disponíveis sobre pendências financeiras, bancárias, protestos, como também o faturamento e os pagamentos realizados. A informação objetiva indicar tendência de possibilidade de a empresa se tornar inadimplente nos próximos 6 (seis) meses.

Dos 148 (cento e quarenta e oito) CNPJs consultados, apenas 92 (noventa e dois) casos possuíam efetivamente score calculado pelo Serasa, distribuídos conforme Gráfico 15 a seguir:

Gráfico 15 - Score Serasa



Fonte: Serasa Experian (set/2020)

Os dados da realidade empírica revelaram que, para 69 (sessenta e nove) CNPJs (ou seja, 75% das empresas que possuíam cálculo de score na tabela do Serasa), foi atribuído o score mínimo de 02 (dois). Isso representa que a empresa está em situação de inadimplência e o mercado só se relacionará com tais atividades através de pagamentos à vista, ou seja, sem possibilidade de celebração de contratos para cumprimento da obrigação no futuro.

No score médio, foram identificados apenas 04 (quatro) CNPJs. Para esse tipo de classificação, é esperado que o mercado exija garantias adicionais para a formalização de um negócio, sendo medida de prudência acompanhar o desenvolvimento da atividade. O negócio, nesses casos, apresenta sinais de vulnerabilidade da sua capacidade de pagamento.

Por fim, no perfil do score alto, somente 19 (dezenove), ou seja, 20% (vinte por cento) dos CNPJs com score no Serasa obtiveram uma pontuação em que seria considerado se relacionar com a atividade empresarial sem solicitar garantias adicionais. Nesses casos, a empresa costuma honrar seus compromissos.

Essa análise fica ainda mais significativa se observarmos que foram 148 (cento e quarenta e oito) CNPJs que conseguiram chegar até a sentença extintiva da recuperação judicial por cumprimento do plano.

A concretização do programa normativo do interesse dos credores previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005 se confirmou, então, como uma alternativa de ocorrer. É o cenário da hipótese de haver sido atendido o objetivo da lei, segundo as evidências dos casos analisados.

O score mais elevado se mostrou realidade em um número estatisticamente reduzido de 13% (treze por cento), considerando-se o campo de amostragem dos CNPJs que atingiram a sentença extintiva da recuperação judicial.

CONCLUSÃO

O direito empresarial concursal é um fenômeno em constante evolução.

A presente pesquisa revelou que o paradigma do direito dentro do método da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller se mostra aderente ao direito concursal brasileiro e à complexidade da atividade econômica atual.

O direito empresarial, com as suas texturas abertas, em especial, a dinamicidade da ação de recuperação judicial, representa um desafio para o paradigma positivista. A técnica da subsunção se mostrou insatisfatória para impedir atuações discricionárias e alcançar a segurança jurídica pretendida.

O primeiro capítulo abordou como o novo paradigma do direito serviu de pensamento metodológico que conduziu a pesquisa do começo ao final. A teoria e a metódica estruturantes do Direito, presentes no desenvolvimento de toda a pesquisa, esclareceram a diferença entre o que representa texto de lei e norma jurídica e apresentou a noção de norma composta através dos entes jurídicos do programa e do âmbito normativos, para fins da concretização do Direito empresarial concursal em pleno século XXI.

O método de concretização da norma impõe a construção do direito no caso concreto por intermédio de etapas. Os entes jurídicos que perfazem a noção de norma composta são o programa normativo e o âmbito da norma.

Demonstrou-se que a estruturação do método de concretização da norma (em lugar da subsunção) permite trazer para dentro do processo a subjetividade que é comum ao ato de decidir, especialmente em razão das previsões legislativas abertas do instituto de recuperação de empresas.

A previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais desejadas pelo ambiente empresarial e perseguidas em grau de segurança jurídica pela sociedade se mostraram compatíveis com a experiência pós-positivista.

A perspectiva a longo prazo da Teoria Estruturante do Direito revelou o plano da normatividade como uma propriedade dinâmica da norma jurídica que só pode ser concebida no caso concreto, com o exame do programa normativo e do âmbito da norma.

Em sendo um dos passos da concretização da norma, o segundo capítulo da pesquisa abordou o programa normativo para estabelecer os limites interpretativos do microssistema analítico da recuperação judicial.

A abordagem se iniciou com a interpretação histórica da evolução do direito falimentar, além da interpretação gramatical e sistemática do texto da lei. No processo de construção do programa normativo, teve lugar também a análise da doutrina e da jurisprudência.

A partir daí, alcançou-se, com precisão, os contornos dos objetivos e princípios que norteiam a lei de recuperação judicial previstos no art. 47 da Lei 11.101/2005.

O objetivo principal da lei é revelado na metanorma de “viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor”. Superar estado de crise transitório é pressuposto para alcançar os demais objetivos específicos que estão expostos no texto da lei, quais sejam: “a manutenção da fonte produtora”, “do emprego dos trabalhadores” e “dos interesses dos credores”.

A abordagem revelou que somente na reunião dos objetivos específicos é que a preservação da empresa será benéfica para o conjunto da sociedade e ao seu desenvolvimento. A empresa deve ser preservada na medida da relevância da sua função social.

Verificou-se também que a concessão e o processamento de uma recuperação judicial envolvem custos que são suportados por toda a coletividade. Daí porque o processo de recuperação judicial tem de servir de instrumento processual para que a reorganização signifique um agir empresarial em prol da coletividade.

O alicerce da preservação da empresa é a sua função social e está revelado nos objetivos específicos eleitos pelo art. 47 da Lei 11.101/2005.

Com clareza sobre a moldura do programa normativo é que a pesquisa buscou, no capítulo terceiro, apresentar o âmbito da norma. Os elementos econômicos, sociais e políticos foram considerados para a concretização da norma jurídica no caso concreto.

A obtenção da descrição dos dados da realidade serviu para subsidiar o debate em torno da concretização dos objetivos do art. 47 da lei de recuperação judicial. A pesquisa investigou se os resultados encontrados na realidade estão em consonância com os objetivos previstos pela Lei 11.101/2005.

Os efeitos identificados na atividade empresarial, após a sentença extintiva da recuperação judicial, ocorreram mediante a apuração dos dados da economia real. Os dados extralinguísticos do âmbito se deram através da metodologia empírica, que tem total adequação à metódica estruturante do direito.

Os atos societários arquivados na Junta Comercial serviram para subsidiar a análise do objetivo de manutenção da fonte produtora. Os registros do Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) foram utilizados para reflexão da manutenção dos empregos formais. E o

interesse dos credores restou materializado pela análise de adimplência das empresas frente ao cadastro de crédito do Serasa.

O cenário advindo da análise é que se confirmou a hipótese do soerguimento da atividade empresarial após a sentença extintiva da ação de recuperação judicial, ainda que essa métrica tenha ocorrido dentro de uma frequência reduzida, considerando-se a população da amostragem utilizada.

A pesquisa buscou responder se foram alcançados os objetivos específicos da manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, eleitos no art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências como os bens jurídicos tutelados que promovem os princípios da preservação da empresa e de sua função social.

A conclusão é a hipótese de que há evidências que permitem concluir que os objetivos declarados pela lei foram alcançados na realidade da atividade empresarial após a sentença de recuperação judicial.

Essa resposta é relevante, justamente, porque a metodologia da Teoria Estruturante do Direito permite controle substancial de cada etapa da construção da decisão judicial. A longo prazo, o eventual descompasso do programa normativo ou âmbito da norma (normatividade temporal) poderá ensejar reflexos assertivos para a construção do Direito concursal no caso concreto.

Relembre-se, o direito empresarial concursal está em constante evolução. A concretização da norma no caso concreto com a união os dados linguísticos e extralinguísticos da realidade é que permitirá o aperfeiçoamento contínuo.

A pesquisa não pretendeu revelar um conhecimento determinístico, de modo a apontar todas as casualidades econômicas, políticas e sociais enfrentadas pela legislação falimentar. Cuidou-se de apresentar um conhecimento por aproximação, que se valeu da estatística descritiva da realidade, com a consciência de que o objeto da ciência se renova constantemente.

Após o exame dos meios interpretativos, conceituais e dogmáticos, e da realidade empírica subjacente, é possível concluir que o objetivo invocado pela pesquisa foi entregue à sociedade para que esta perpetue a sua missão de seguir em constante transformação através da ciência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Cinco mitos sobre a Constituição Federal brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 996, p. 27-51, out. 2018.

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2014. [Livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875918/anchor/a-102875918>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, n. 166, p. 1-33, 2008.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Keynes, crise e política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVISI, Edson. **A intervenção judicial na empresa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Claudio Djissey. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. **Revista de Direito Privado**, n. 9, jan./mar. 2002, p. 219.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.

ASSIS, Dione Valesca Xavier de. **Uma análise empírica sobre o processo de recuperação econômica pela via judicial adotado pelas sociedades empresárias: a experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Rio de Janeiro, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Onde estão as fronteiras entre direito e economia? Comentários a Thomas Ulen: “A Nobel Prize in Legal Science”. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of Bankruptcy. **Law & Economics Working Paper**, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BASTOS, Antonio Adonias A. *A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico*. **Revista de Processo**, n. 227, p. 295-315, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, n. 7, jul./set. 2001, p. 77.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORDART, Bruno; FUX, Luiz. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. O princípio do pleno emprego: a função solidária e sustentabilidade das sociedades empresárias. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 212-244, mar. 2017.

CAMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Cristiano. É possível uma “ciência” do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

CARVALHO, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. **Direito falimentar contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLINS, James C.; PORRAS, Jerry I. **Feitas para durar**: práticas bem-sucedidas de empresas visionárias. Tradução Silvia Schiros. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

CORREA, Cristiane. **Sonho grande**. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas**: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, José Elves Batista. **Recuperação judicial de empresas**: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador. Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988. **Revista LTr**, v. 81, n. 10, 2017, p. 1.182.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

FGV. Série Pensando o Direito. Análise da nova Lei de Falência. Convocação 01/2019 do Ministério da Justiça, 2010.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Teoria crítica da empresa**. São Paulo: IASP, 2018.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FUX, Luiz. Bodart, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. Tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV - Direito SP, 2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 7-33, jan./jun. 2010.

GICO JR, Ivo Teixeira. Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 15, n. 12, p. 55-84, maio/ago, 2018.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil** (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAUS, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliviera Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução a teoria dos jogos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. **Pesquisar empiricamente o Direito**. Organizado por Maíra Rocha Machado. São Paulo: Rede de Estudos empíricos em Direito, 2017.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of Bankruptcy Law**. Washinton, DC: Beard Books, 2001.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento; MARTINS, Eliseu; MÁRIO, Poeri do Carmo; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. **Revista Direito GV**. São Paulo: v. 13, n. 1, p. 20-47, jan/abr. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LANA, Henrique Avelino. Interação entre direito, economia, recuperação de empresas e falência: Análise econômica do direito e a Lei 11.101/2005. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, v. 7, p. 203-238, maio 2019.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise econômica do Direito e a empresa em crise: inteiração inafastável. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 16, n. 1, p. 11-44, jan/abr. 2019.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Algumas ponderações após mais de uma década desde a publicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 15, n. 2, p. 143-177, maio/ago. 2018.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução Leandro Farina. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**, 40, 125, p. 29, 2002.

LOPUCKI, L. M. The nature of the bankrupt firm: A response to Baird and Rasmussen's the end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, 56(3), 645–671, 2003.

LUCCAS, Fernando Pompeu. Aspectos gerais e princípios. In: COSTA, Daniel Carnio (coord.). **Comentários completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. Curitiba: Juruá, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**: como libertar o espírito heroico dos negócios. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM, 2013.

MALHEIROS, Aristides. Plano de recuperação – isso funciona?. **Revista do Advogado – Aasp**, v. 29, n. 105, p. 21-28, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedade simples e empresárias**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. **Revista LTr**, v. 81, n. 11, 2017, p. 1.290.

MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 43, v. 182, out./2017, p. 23.

MENDES, Emerson Soares. Eficiência do sistema de garantia dos credores, de recuperação de empresas e de falência: princípios e diretrizes do Banco Mundial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 261-278, jun. 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 10, n. 36, abr./jun. p. 184-199, 2007.

NUNES, Marcelo Guedes. O direito comporta testes empíricos? **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 137-167.

OLIVEIRA, Rafael Alves de. Recuperação judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação judicial junto a 2ª 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. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2015.

PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação recuperacional. **Revista do Advogado – Aasp**, v. 29, n. 105, p. 115-128, 2009.

PEREZ, Marcelo Monteiro. **Uma contribuição ao estudo de processo de recuperação de empresas em dificuldade financeiras no Brasil**. 2007. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e recuperação de empresas**. Porto Alegre: Fi, 2019.

PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências naturais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Claudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PORTO, Antônio Maristrello. GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RASMUSSEN, Roberto K. “The End fo Bankruptcy” Revisited. **Legal Studies Research Papers Series**, n. 16-28, USC Gould School of Law. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821838 . Acesso em: 20 jul. 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. II. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. **Principais controvérsias na nova lei de falências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Traduzido por Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 30 mar. 2020

SILVA, Vinicius Augusto Brunassi. SAITO, Richard. Coporate Financial Distress and Reorganization: A survey of theoretical and empirical contributions. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo: v. 22, p. 401-420, 2020, p. 405.

STIGLER, George J. **The theory of price**. 3. ed. New York: Macmillan, 1966.

STRECK, Lenio Luiz. A questão interpretativa que permeia a relação texto e norma. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Ontem, os Códigos! Hoje, as constituições!**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. LOPES, Ziel Ferreira. DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte: ano 16, n. 23, p. 11-26, jan/jun, 2018.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. O plano de recuperação judicial. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. 2015. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites. *In*: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: novo ensaio pra sistematização e aplicação do direito do consumidor**. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

WAISBERG, Ivo. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. NUNES, Marcelo Guedes. CORRÊA, Fernando. Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do Observatório de Insolência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte: ano 16, n. 2, p. 167-210, maio/ago. 2019.

WALD, Arnaldo. *In*: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial**. v. I. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

YEUNG, Luciana. Direito, economia e empirismo. *In*: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. **Pesquisar empiricamente o Direito**. Organizado por Maíra Rocha Machado. São Paulo: Rede de Estudos empíricos em Direito, 2017.

ANEXOS

ANEXO 1 – Sentença dos 96 processos de recuperação judicial que envolvem os 148 CNPJ.

ANEXO 2 – Certidão Simplificada da JUCESP dos 148 CNPJ.

ANEXO 3 – Planilha excel do RAIS dos 148 CNPJ enviado pelo Ministério da Economia.

ANEXO 4 – Consulta do Serasa dos 148 CNPJ.

<https://onedrive.live.com/?id=EAEA96BAAADBE5E8%21801&cid=EAEA96BAAADBE5E>

8

APÊNDICES

APÊNDICE 1 – Listagem das 938 decisões extraídas do banco de sentença do TJ/SP.

APÊNDICE 2 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado da JUCESP.

APÊNDICE 3 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado do RAIS.

APÊNDICE 4 – Listagem dos 148 CNPJ com o resultado do SERASA.

<https://onedrive.live.com/?id=EAEA96BAAADBE5E8%21801&cid=EAEA96BAAADBE5E>

8