

**IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO**

CARLOS ALBERTO DOERING ZAMPROGNA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
A APLICAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**SÃO PAULO
JUNHO 2022**

CARLOS ALBERTO DOERING ZAMPROGNA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A APLICAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Dissertação a ser apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito, Justiça e Desenvolvimento, linha de interesse Empresa e Contratos.

**SÃO PAULO
JUNHO 2022**

RESUMO

O princípio da preservação da empresa, elencado no artigo 47 da Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas), estabelece que a recuperação judicial visa 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 do interesse dos credores, preservando assim a função social da empresa. No entanto, o referido princípio tem sido interpretado em uma espécie de prevalência aos demais objetivos preconizados no mesmo dispositivo legal, a exemplo dos interesses dos credores. Assim, considerando que a balança de objetivos prevista na lei prevê o equilíbrio entre os diversos interesses existentes no processo, a fim de se estimular a atividade econômica e alcançar efetivamente a recuperação pretendida, esta dissertação se propõe a analisar em que medida as decisões do julgador podem acabar refletindo mais sua opinião pessoal, do que a fiel observância aos ditames legais expressos na norma. Para tanto, a pesquisa se dispõe a explorar fundamentações variadas de decisões judiciais relacionadas ao referido princípio, bem como sua *ratio decidendi*, especialmente quando fundadas na adoção de princípios e valores abstratos. Além disso, parte do entendimento de que uma análise equilibrada dos objetivos e interesses de empresas em processos de reestruturação deve conjugar todos os interesses envolvidos, de modo a prestigiar o soerguimento de atividades economicamente viáveis e observar a necessária divisão equilibrada de ônus em processos de recuperação judicial. O método utilizado para tanto é o dedutivo, a partir de levantamento bibliográfico, documental, e análise de casos e dados estatísticos específicos sobre os temas.

Palavras-chave: Preservação da empresa. Abuso de direito. Recuperação judicial. Discricionariedade. Voluntarismo. Subjetividade. *Stay period*. *Cram down*.

ABSTRACT

The principle of company preservation, listed in article 47 of Law No. 11.101/05 (Judicial Reorganization and Bankruptcy Law), establishes that the judicial reorganization aims to make it possible to overcome the debtor's economic-financial crisis situation, to allow the maintenance of the production source, the employment of workers and the interest of creditors, thus preserving the social function of the company. However, the principle has been interpreted in an isolated and discretionary way, in a kind of prevalence to the other objectives envisaged in the same legal provision, such as the interests of creditors. Thus, considering that the balance of intentions established in the law targets the balance between the various interests existing in the process, in order to stimulate economic activity and effectively achieve the intended recovery, this dissertation proposes to analyse to what extent the decisions of the judge may end up reflecting more their personal opinion, of achieving the preservation of the company at any cost, than the faithful observance of the legal dictates expressed in the norm. To this end, the research sets out to explore various grounds for judicial decisions related to the principle, as well as the *ratio decidendi* of such decisions, especially when founded on the adoption of abstract principles and values. In addition, it starts from the understanding that a more balanced analysis of the objectives and interests of companies in restructuring processes must combine all the interests involved, to honor the recovery of economically viable activities and observing the necessary balanced division of burdens in judicial recovery proceedings. The method used for this is deductive, based on a bibliographic and documentary survey, and analysis of cases and specific statistical data on the themes.

Keywords: Company preservation. Abuse of rights. Judicial recovery. Discretion. Voluntarism. Subjectivity. Stay period. Cram down.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1: TEORIAS DE DECISÃO JUDICIAL – UM NECESSÁRIO GIRO HERMENÊUTICO	10
1.1 A LINDB E A INTRODUÇÃO DO PRAGMATISMO E DO CONSEQUENCIALISMO COMO FUNDAMENTOS DE DECISÕES JUDICIAIS	11
1.2 PRINCÍPIOS, REGRAS E OBJETIVOS DA NORMA – INTERPRETAÇÃO E CONFLITOS.....	17
1.3 VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS E SEUS DESAFIOS HERMENÊUTICOS	25
1.4 HEURÍSTICAS DECISÓRIAS E VIESES INTERPRETATIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	31
CAPÍTULO 2: O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	41
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS OBJETIVOS	43
2.2 CONTROLE DE LEGALIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE DOS CREDORES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	49
2.3 O STAY PERIOD COMO PRECEDENTE DE VOLUNTARISMO JUDICIAL E OFENSA À LEI NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	555
2.4 ABUSO DE VOTO, FLEXIBILIZAÇÃO DO <i>CRAM DOWN</i> E OUTROS CASOS DE OFENSA À LEI 11.101/05.....	61
CAPÍTULO 3: CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS E SUBJETIVAS EM RELAÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL	74
3.1 AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS RELACIONADAS AO EXCESSO DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	75
3.2 AS SOLUÇÕES PROPOSTAS PELA REFORMA OCORRIDA PELA LEI 14.112/21 E OS DESAFIOS DA SUPERAÇÃO DO DUALISMO PENDULAR E DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	80
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

O presente estudo nasce da necessária reflexão quanto aos limites e perigos que permeiam a interpretação judicial e seus eventuais excessos, notadamente com relação à aplicação dos princípios e objetivos do processo de recuperação judicial e extrajudicial, insculpidos no artigo 47 da Lei 11.101/05 (“Lei de Recuperação de Empresas” ou “LRE”)¹. Propomo-nos a estudar o objetivo de preservação das atividades empresariais, que convencionou-se chamar de princípio da preservação da empresa, e os riscos e consequências decorrentes do alto grau de discricionariedade na interpretação deste conceito jurídico. Isso porque, enquanto o diploma legal estabelece que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a situação de superação da crise econômica do devedor, de modo a preservar a sua função social, manter o emprego de seus colaboradores e estimular a atividade econômica, o lógico propósito de recuperação da atividade em dificuldade ganhou o *status* de princípio, e, em vista desse conceito abstrato, tem sido aplicado em uma espécie de prevalência a demais dispositivos constantes da LRE.

Além disso, a própria viabilidade de recuperação da atividade deve ser aferida em conjunto com diversos fatores – alguns dos quais previstos na própria LRE – e com a necessária participação dos credores, de acordo com as regras do processo recuperatório. Assim, a utilização isolada de princípios abstratos, quando interpretados de forma discricionária, pode representar um exercício hermenêutico temerário e acabar concedendo o benefício da recuperação a empresas cujas atividades já tenham se tornado inviáveis, configurando uma verdadeira interferência judicial nas regras do processo de recuperação e no livre funcionamento do mercado.

A arraigada cultura jurídica de utilização de conceitos abstratos colabora com o emprego de princípios jurídicos de prateleira, sempre disponíveis para a resolução de problemas complexos, o que gera insegurança jurídica e certamente não colabora para o desenvolvimento nacional. Evoluir nesse sentido foi justamente uma das intenções da reforma havida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“LINDB”), quando estipula, em seu

¹ 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.

artigo 20², que as decisões não poderão ser tomadas com base em conceitos jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Em nosso estudo, buscamos demonstrar como essas decisões, tomadas em nome da preservação da empresa, permitiriam ao juiz julgar de acordo com a sua consciência, ignorando o próprio texto legal, não se atendo detidamente ao problema específico apresentado, ou se importando com as consequências práticas de sua decisão.

Afinal, ao afastar ou flexibilizar as regras previstas na Lei, o julgador estará realmente se importando com todos os objetivos previstos no artigo 47 da LRE, ou privilegiará apenas a sobrevivência da empresa em detrimento dos demais objetivos dispostos igualmente no mesmo dispositivo legal?

Ainda que a jurisprudência pátria tenha consolidado seu entendimento em favor da adoção indiscriminada do princípio da preservação da empresa, nos parece ser necessário investigar as razões de tais decisões e o contexto em que são aplicadas. Além disso, considera-se necessária a análise da justificação e adequação na aplicação do objetivo/princípio de preservação da empresa, e da ponderação e análise que devem ocorrer em cada caso, visto não existir no ordenamento jurídico brasileiro a garantia fundamental à preservação da empresa.

Diante disso, por meio do método dedutivo, a partir de levantamento bibliográfico e documental, aliado à análise de casos e dados estatísticos, esta pesquisa se propõe a identificar de que maneira o princípio da preservação da empresa tem sido aplicado no Brasil, e, ainda, quais são suas fundamentações e seus possíveis efeitos, identificando, substancialmente, em que medida a decisão do julgador pode acabar refletindo mais sua opinião pessoal do que a fiel observância aos ditames legais expressos na norma.

Cabe salientar que o propósito deste trabalho não é chamar atenção para a necessidade de atender os interesses dos credores, ou tão somente discordar da aplicação da necessidade de preservação da empresa em dificuldade, mas lembrar não haver qualquer superioridade ou prevalência de um objetivo sobre o outro. Pretende-se demonstrar, ainda, que, sob o fundamento – ou subterfúgio – de preservar uma empresa, referido propósito pode estar sendo aplicado de maneira

² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

abstrata e indiscriminada, podendo, não raras vezes, causar o efeito contrário ao desejado. Ou seja: a aplicação desmedida do “princípio da preservação da empresa” pode estar “salvando” empresas a qualquer custo, sem considerar externalidades que nem sempre serão positivas.

Afinal, ao justificar decisões em nítida afronta à LRE com fulcro no princípio da preservação da empresa, não estaria o julgador afirmando que a preservação da empresa é princípio superior e que deve ser observado em prevalência aos demais interesses e objetivos no processo de recuperação? Existe razão para uma aplicação indiscriminada do objetivo de preservação da empresa em detrimento dos demais propósitos de igual hierarquia contidos na Lei? Estes julgados não poderiam estar prejudicando o desenvolvimento econômico, ao não ponderar de forma adequada acerca da efetiva sustentabilidade da atividade empresarial? Ainda, não seria demasiadamente abstrata e subjetiva a justificativa de “preservação da empresa”, dada em diversos julgados, quando aplicada em detrimento de outros preceitos legais? Esta primazia conferida ao referido princípio não estaria funcionando como espécie de garantia fundamental do devedor à manutenção de suas atividades empresariais, mesmo que economicamente inviáveis? E caso esteja, esta suposta prevalência do princípio não estaria desvirtuando os próprios objetivos do instituto da recuperação judicial? Além disso, é possível afirmar que uma empresa economicamente inviável que tenha suas atividades mantidas forçadamente por decisão judicial cumpre sua função social? Como essa análise é feita, se é que é feita?

A fim de responder essas indagações, iniciamos tratando da introdução do pragmatismo e consequencialismo na última reforma ocorrida na LINDB, das diferenças – e eventuais confusões – na interpretação de princípios, objetivos e regras, bem como da cultura de excessiva discricionariedade na tomada de decisões judiciais no Brasil, marcada pelo arraigado hábito de adotar-se valores e princípios abstratos para justificar decisões judiciais, e como opiniões e inferências que podem não ser justificados à luz da norma, denotam um voluntarismo não apenas desnecessário, mas perigoso à segurança jurídica.

Por isso, entendemos fundamental abordar o voluntarismo e a discricionariedade nas decisões judiciais, muitas vezes carregadas pelos vieses interpretativos do julgador, que podem culminar na aplicação de determinados conceitos em detrimento de outros, apenas para justificar decisões que o julgador entender mais adequada. Até porque, a vida real carrega uma variada gama de

aspectos e situações não considerados na letra fria da lei, e, que devem ser adequadamente sopesados nos casos concretos, nas suas devidas peculiaridades e intensidades que somente uma análise criteriosa de cada caso irá constatar.

No segundo capítulo, trazemos exemplos de aplicações discricionárias do princípio da preservação da empresa, para, ao fim, abordar as consequências jurídicas e econômicas do que vemos como excesso de voluntarismo em tais interpretações. Buscamos apontar os efeitos da utilização da preservação da empresa como “princípio maior” a justificar o afastamento/flexibilização de expressas disposições legais, o que relegam a segundo plano outros objetivos da própria LRE. Além de demonstrar a indevida aplicação do conceito jurídico – alçado a princípio superior pelo intérprete – a pretensão também é apontar as consequências desses entendimentos e provocar uma necessária reflexão sobre o instituto.

Assim, propomo-nos a refletir sobre como o julgador chega às conclusões sobre a necessidade de se adotar medidas excepcionais em nome da preservação da empresa, ou se sua análise se restringe à aplicação genérica do princípio, como reforço argumentativo para tomada de decisões em favor da empresa em recuperação.

Por fim, além de pretender demonstrar o intuito de algumas alterações pretendidas pelo legislador na Lei 14.112/20, buscamos demonstrar, por meio da teoria da divisão equilibrada de ônus nos processos de recuperação judicial, que o julgador deve atentar-se ao equilíbrio dos ônus a serem suportados por todos os atores que participam de um processo de recuperação no Judiciário: credores, trabalhadores e devedores. Isso porque, caso a balança desse equilíbrio esteja pendendo mais para uma das partes, o real propósito do processo não será atingido, que é buscar a forma mais eficiente e segura de recuperação da empresa, e não onerar uma das partes em demasia ou em detrimento de outras. Essa teoria está abordada no último capítulo, onde buscamos demonstrar que o equilíbrio almejado é justamente a balança que pretende não privilegiar nem onerar mais qualquer das partes do processo.

Os resultados desta pesquisa nos inclinam ao fato de que, no Brasil, é possível o afastamento de requisitos legais em nome do soerguimento da atividade empresarial. Por outro lado, como nos processos de insolvência cabe ao Judiciário realizar apenas o controle de legalidade, não sendo possível envolver-se nas condições negociadas entre as partes, parece inexistir, na legislação brasileira, algum

critério objetivo para aferir os limites econômico-financeiros de um Plano de Recuperação Judicial ou os limites da atuação do Judiciário nestes casos.

Dessa forma, pretende-se discorrer acerca da necessidade de equilíbrio no atendimento dos objetivos do processo de recuperação judicial, uma vez que este não implica conferir primazia ao princípio da preservação da empresa sobre outros objetivos igualmente delineados no mesmo dispositivo legal, além de estimar os efeitos dessas decisões à efetividade dos processos recuperatórios, seja na concretude de suas consequências práticas, seja na construção da jurisprudência nacional e da cultura dos processos de recuperação de empresas. Esta análise, esperamos, buscará alcançar conclusões sobre a qualidade e importância de tais decisões, bem como apresentar alternativas à interpretação legal que confirmam maior segurança jurídica e, por fim, maior contribuição ao desenvolvimento econômico e social de nosso país.

CAPÍTULO 1: TEORIAS DE DECISÃO JUDICIAL – UM NECESSÁRIO GIRO HERMENÊUTICO

Neste primeiro capítulo, buscamos abordar alguns dos fenômenos hermenêuticos que amparam as decisões judiciais, como os valores jurídicos abstratos, a discricionariedade, o livre convencimento e os vieses e presunções interpretativos nas decisões judiciais, especialmente quando envolvem princípios jurídicos.

Em nosso sistema legal, é comum nos depararmos com decisões escoradas em conceitos abstratos como moralidade, interesse público, dignidade da pessoa humana, preservação da empresa, dentre outros. Sem descuidar da importância de tais conceitos, balizadores de diversos conteúdos normativos, buscaremos entender melhor porque muitas vezes são utilizados como fundamentos únicos na tomada de decisões, sem a devida correspondência em dados ou situações concretas demonstradas no processo.

No Brasil, é recorrente que julgadores utilizem conceitos abstratos para buscar justificar suas decisões, sem que haja, contudo, uma verdadeira relação com o que está sendo decidido no caso concreto (RODRIGUEZ, 2013). Decisões abstratas são tomadas com base em regras de experiência e opiniões próprias do julgador, que muitas vezes não passam de um juízo presuntivo sobre como as coisas acontecem ou deveriam acontecer. E, frequentemente, tais decisões visam atribuir concretude a conceitos principiológicos discricionariamente escolhidos pelo julgador, conforme seus próprios critérios e conveniência.

Não é raro que conceitos como “a função social da propriedade”, “a dignidade da pessoa humana” ou “o princípio da preservação da empresa” acabem sendo utilizados como reforço argumentativo, sem a devida contextualização ou adequação ao caso submetido à análise. Nessas situações, alegações das partes – ou nem mesmo suas alegações, visto que diversas vezes a decisão judicial sequer enfrenta os argumentos ou evidências apresentadas pelas partes – são interpretadas como fatos provados, por meio de uma conveniência judicial de ocasião, utilizada apenas para atingir os fins judicialmente pretendidos (MORGAN, 1931).

No direito, todos são intérpretes, partes e juiz. Porém, muitas vezes a discricionariedade hermenêutica acontece mascarada por argumentos pretensamente

legítimos, utilizados apenas para fundamentar a visão de mundo do julgador e daquilo que ele acredita ser a verdade sobre os fatos que o foram apresentados.

O objetivo, neste capítulo, é demonstrar o subjetivismo e voluntarismo característicos de decisões que buscam fundamentos para amparar escolhas já previamente formadas, baseadas mais na opinião do julgador que no direito, com base na sua experiência de vida ou convicções pessoais, sem qualquer responsabilidade epistemológica. Tais decisões, normalmente, são justificadas, em nosso ordenamento jurídico, pelo “livre” convencimento do juiz, conceito surgido dos sistemas de valoração de prova, que se espalharam por toda a concepção de jurisdição, dos poderes e deveres do juiz no processo (STRECK, 2016).

Não é o propósito deste estudo condenar a utilização de valores ou princípios jurídicos, mas sim compreender as situações em que são utilizados como instrumentos de validação da discricionariedade judicial, na forma de reforço argumentativo ou alibi decisório, com o propósito de amparar a decisão a ser tomada pelo julgador. Pretendemos, assim, analisar os aspectos relativos à aplicação de conceitos abstratos em decisões, especialmente àquelas relacionadas ao princípio da preservação da empresa, bem como as consequências relacionadas a tais interpretações, sem que estejam acompanhadas das justificações devidas ou da análise das consequências de sua aplicação.

1.1 A LINDB E A INTRODUÇÃO DO PRAGMATISMO E DO CONSEQUENCIALISMO E COMO FUNDAMENTOS DE DECISÕES JUDICIAIS

Embora o pragmatismo e consequencialismo não estejam arraigados na cultura jurídica e decisória brasileira, o advento da Lei n. 13.655/18, que reformou o Decreto Lei 4.657/42 (“Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” ou “LINDB”), e do Decreto n. 9.830/19 inauguraram uma nova fase na interpretação judicial, que juntamente com a análise econômica do direito, vem sendo progressivamente legitimada pelos tribunais superiores, especialmente o STJ e o STF. (GABRIEL, 2022)

É nesse movimento que o pragmatismo e o consequencialismo podem ser reconhecidos como importantes formas de legitimação das decisões judiciais no paradigma jurisdicional contemporâneo.

O pragmatismo liga-se ao consequencialismo na premissa de que “as consequências ou efeitos de significado prático, que presumivelmente podemos

atribuir ao objeto de nossas representações, constituem a totalidade de nossa compreensão deste objeto” (PEIRCE, 1992, p. 132).

Para um pragmatista, a “relevância ou significado de uma teoria só pode ser compreendido e adequadamente percebida à luz das alterações ou consequências que ela possa produzir no mundo fático” (GABRIEL, 2021). Desse modo, a produção ou interpretação não deve se desvincular completamente da realidade, sob pena de se tornar inútil, estéril ou utópica.

Assim, o pensamento pragmático estaria fundamentado no antidogmatismo; o contextualismo e o consequencialismo (PROBREBINSCHI, 2005, p. 14-15). O dogmatismo pode ser entendido como uma doutrina sustentada por princípios indiscutíveis e aceitos por todos, e que representem uma expressão da verdade. Nesse sentido, o antidogmatismo ou antifundacionalismo consistiria na constante rejeição de teses abstratas e verdades apriorísticas, “refutando-se a ideia de certeza por meio da valorização do dinamismo do pensamento e permanente evolução dos conceitos” (MENDONÇA, 2018).

De alguma forma, se aproximaria do empirismo, visto buscar que todo e qualquer raciocínio seja alimentado por evidências, que podem corroborá-lo ou esmorecê-lo e levar a sua superação. Já o pragmatismo almejaria facilitar a compreensão de ideias e conceitos, por meio de sua efetividade e utilidade, consistindo assim em um verdadeiro método de pensamento (GABRIEL, 2021).

O contextualismo pressupõe que as ideias dominantes de um determinado momento influenciam a realidade social e a tomada de decisões, de modo que qualquer questão deva ser examinada sob a ótica do contexto histórico e social que se encontre inserida (TARUFFO, 2009)

O consequencialismo, por sua vez, representa a maior característica do pragmatismo, visto focar nas consequências futuras dos atos ou proposições, de modo que seus significados apenas serão verdadeiramente conhecidos a partir do teste de duas consequências (PEIRCE, 1992, p. 132).

Dessa forma, o pragmatismo e consequencialismo se ligam ao direito na medida em que juízes não podem decidir eventuais casos mais difíceis por meio da simples dedução baseada em premissas constantes das normas ou em princípios legais universais. Posner (2010) rejeitava esta ideia, defendendo que as decisões devam ser proferidas à luz das prováveis consequências sociais e econômicas que se conseguem intuir.

Assim, o direito seria produto da experiência, focado na resolução de problemas sociais e na satisfação das necessidades humanas, não podendo ser simplesmente deduzido a partir de princípios absolutos resultantes de reflexões e conceitos abstratos, de modo que o pragmatismo surge como método que busca facilitar a compreensão de ideias e conceitos por meio de sua efetividade e utilidade (GABRIEL, 2021).

Reconhecido o caráter de verdadeira ciência social aplicada do direito, o pragmatismo pode se revelar como importante método para dimensionar de forma apropriada a função do direito de regular relações jurídicas complexas, maximizando sua efetividade enquanto instrumento destinado a alcançar justiça, com base nos fatos e consequências que o julgador pode aferir nos casos concretos.

É necessário compreender ainda, que as normas que compõem o direito e os precedentes judiciais criam incentivos e expectativas sobre as regras do jogo, e acabam fomentando determinadas condutas em detrimento de outras (SALAMA; PARGENDLER, 2013). Além disso, “incentivos nada mais são do que preços implícitos” (SALAMA, 2008) e as escolhas dos indivíduos buscam minimizar seus custos e maximizar seus benefícios.

Lawrence Friedman (2016) destaca que a partir do momento que temos uma lei, precedente, doutrina ou instituição, a clareza das regras e o conhecimento legal da população influenciam o fluxo de informação entre quem faz as leis ou toma as decisões e os cidadãos:

Depois de uma lei ser publicada, os destinatários algumas vezes cooperam, outras resistem, às vezes se ajustam ou, ainda, simplesmente tentam se esquivar. Três blocos de motivos moldam qual reação irá prevalecer: primeiro, recompensas e punições; segundo, influências de grupo a que pertence; terceiro, questões de consciência, legitimidade e moralidade. Quando todos esses fatores caminham juntos, a lei tem um impacto poderoso; quando há conflito, o resultado muitas vezes é imprevisível (FRIEDMAN, 2016).

Para Posner (2004), o cerne do pragmatismo jurídico é uma elevada consciência judicial em torno das consequências, preferindo uma atenção mais voltada aos fatos e consequências do que a conceitualismos e generalidades. É o que podemos depreender da LINDB, especialmente na leitura dos artigos 20 a 22, que consagram o consequencialismo na tomada de decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial.

Tais consequências, na nossa visão, envolvem não apenas aspectos sociais (relacionadas aos princípios e aos objetivos da norma, por exemplo), mas também efeitos econômicos ou consequências práticas das decisões, que muitas vezes são distintas das pretensões sociais idealizadas pelo legislador ou almejadas pelo próprio tomador da decisão.

Por essas e outras razões, a análise econômica do direito propõe a utilização de ferramentas econômicas para uma compreensão mais ampla dos institutos jurídicos e de suas consequências sociais. Ronald Coase (1960) focou seus estudos na alocação eficiente de recursos e considerava que as externalidades ou ineficiências econômicas podem ser corrigidas e internalizadas mediante negociação entre as partes afetadas, desde que os custos de transação fossem baixos.

Porto (2019) afirma que “a perspectiva econômica vê o direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social”. Robert Cooter (2007, p. 4), por sua vez, destaca que a economia fornece um padrão normativo útil para avaliação de leis e políticas e que as leis não são apenas argumentos técnicos misteriosos, mas instrumentos para se atingir metas sociais importantes. Na sua visão, os critérios econômicos são os melhores meios de aferir os efeitos das leis e da jurisprudência sobre seus objetivos, que são essencialmente lastreados na ideia de eficiência.

A medida de eficiência, por sua vez, pode ser exemplificada pelo Teorema de Pareto, que determina “que uma alocação de recursos é eficiente se nenhum agente econômico puder ficar em melhor posição sem piorar a situação dos outros agentes” (PARETO, 1996), ou pelo Teorema de Kalor-Hicks, que “estabelece que os beneficiários de determinada alocação de bens devem indenizar os perdedores” (ALBERGARIA NETO; FRANÇA, 2017).

Na mesma toada, pode se destacar a teoria utilitarista, que ao contrário das inúmeras teorias de cunho ético que buscam diferenciar as ações em boas ou más, busca promover o máximo de bem-estar coletivo possível (GABRIEL; SILVA; NOBREGA, 2021).

Recentemente, essa perspectiva econômica do direito também foi relacionada ao estudo da racionalidade humana e as suas consequências comportamentais, bem como à influência que determinados incentivos podem acarretar. Surge, nesse contexto, a análise comportamental do direito, cujos expoentes são Daniel Kahneman, Guido Calabresi, Cass Sunstein e Richar Thaler, dentre outros.

Kahneman (2012), por exemplo, ressalta que nem sempre os seres humanos são tão racionais, como poderia se esperar numa leitura puramente utilitarista, por exemplo, mas que frequentemente agem fora do padrão de racionalidade, justamente por não disporem de todas as informações necessárias à sua escolha, ou por nem sempre saberem o que é bom para eles e nem sempre escolherem o que realmente querem. O ser humano, em sua visão, apresenta racionalidade limitada, gostos instáveis, vieses e confusões em seus processos cognitivos, além de agirem movidos também por sentimentos.

Nesse contexto, Timm (2018) afirma que a análise econômica do direito pode contribuir na medida em que se busca valer de uma teoria comportamental econômica e da realidade empírica, que, mesmo não sendo perfeita, é compreendida como bastante útil para a concepção e desenho de normas jurídicas que visem efetivamente atingir os fins almejados, por meio da identificação e calibragem dos incentivos que são irradiados pelo sistema processual.

E nessa conjuntura de ideias, exsurge a importância das recentes alterações promovidas na LINDB, promovidas pela Lei 13.655/18, que expressamente consagram o pragmatismo, como pode se depreender dos seus artigos 5^{o3} e 20⁴, ambos com a função de balizar a aplicação das leis, e, portanto, da interpretação judicial, em um sentido mais pragmático e consequencialista.

Posner (2012) define o pragmatismo como “a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”. Para o autor, “a filosofia, especialmente a pragmática, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação; assim, o magistrado torna-se um julgador menos dogmático e mais pragmático ou, pelo menos, fica com a mente mais aberta” (POSNER, 2012). O autor ainda sustenta que:

A diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista é que o último ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro (POSNER, 2012).

³ Art. 5^o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁴ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Pode-se verificar, portanto, a intenção do legislador em limitar a tomada de decisões baseadas em princípios e conceitos jurídicos abstratos e exaltar o consequencialismo, ao impor a necessidade de que sejam consideradas as consequências práticas das decisões.

Uma nova leitura da LINDB e das normas de interpretação do direito brasileiro busca privilegiar decisões mais qualificadas e garantir maior segurança jurídica, haja vista que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo” (SUNDFELD, 2014, p. 225).

Didier e Oliveira (2019) também destacam a necessidade de que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar às suas conclusões, atendendo também o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade) acerca das possíveis alternativas decisórias.

Por outro lado, os referidos autores também ressaltam que o sistema de decisão baseada puramente na análise das consequências excluiria a possibilidade de justificação racional da decisão, visto que o futuro é desconhecido e as cadeias de consequências poderiam se desenvolver até o infinito, mas tampouco consideram plausível um sistema que não considere as consequências como fator relevante no processo decisório (MACCORMICK, 2005).

Na forma do defendido por Posner (2003), o critério último do pragmatismo é a proporcionalidade, de modo que a adoção do preconizado no parágrafo único do artigo 20 da LINDB deve se dar seguindo critérios de proporcionalidade, enquanto Maccormick (2005) afirma que o julgador deve esclarecer o que o leva a optar por uma opção e descartar a outra.

No mesmo sentido, o artigo 21⁵ da LINDB também enaltece o viés consequencialista ao exigir a antecipação das prováveis consequências como requisito decisório da fundamentação da decisão tomada na esfera administrativa, controladora ou judicial. Na visão de Posner (2010), contudo, devem ser ponderadas não só as consequências específicas de cada decisão, mas também as

⁵ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

consequências sistêmicas, a exemplo da segurança jurídica, da formação de precedentes etc.

A adoção do pragmatismo também vem se firmando na jurisprudência, conforme pode-se constatar no trecho do voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento da AO 1773/DF, a seguir transcrito:

A partir dessa visão, o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se *common place* na prática adjudicativa. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe, apenas, que o juiz considere os estados de coisas consequencialmente decorrentes de cada exegese que a norma contemple. (STF, AO 1773/DF, Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em: 21 mar. 2018)

Desse modo, podemos concluir que a partir das últimas alterações na LINDB, nosso sistema jurídico incorporou de forma expressa premissas pragmáticas para a tomada de decisão. Cabe verificar, todavia, se o pragmatismo almejado é compatível com demais princípios, objetivos e regras de nosso ordenamento jurídico, além de atentar para que não se torne igualmente ferramenta legitimadora de decisões excessivamente voluntaristas.

Uma vez reconhecido o pragmatismo como importante vetor a guiar a aplicação do direito, pretendemos verificar como pressupostos pragmáticos se amoldam aos objetivos e regras do processo de recuperação judicial e aos fundamentos de decisões proferidas, em especial àquelas relacionadas à preservação da atividade empresarial.

1.2 PRINCÍPIOS, REGRAS E OBJETIVOS DA NORMA – INTERPRETAÇÃO E CONFLITOS

Tanto Dworkin como Alexy defendiam a separação qualitativa entre regras e princípios, argumentando que a diferença entre as espécies de normas é de caráter lógico. Segundo Dworkin (2010), o positivismo, ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de

casos complexos, para os quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, cabendo ao julgador recorrer à discricionariedade. Nesses casos, o juiz cria direito novo.

Para o autor, as regras valem ou não valem, sendo inteiramente aplicáveis ou não aplicáveis. Os princípios, por sua vez, são dotados de peso, não havendo que se falar em validade ou não de princípios, mas do seu peso, ou do princípio que tiver mais prevalência para o caso concreto (DWORKIN, 2010).

Também é importante destacar a clara distinção que o autor faz entre princípios e diretrizes. Por diretriz política (*policy*), entende-se o estabelecimento de um objetivo a ser alcançado, geralmente o desenvolvimento de alguma melhora econômica, política ou social da comunidade, ou a preservação da empresa, no caso da recuperação judicial, por exemplo. Já o princípio seria aquele *standard* que deve ser observado, não por ter em vista uma finalidade econômica, política ou social, mas “porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 22).

Nesse sentido, tanto os objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal⁶, como os objetivos do processo de recuperação judicial, previstos no artigo 47 da Lei 11.101/05 constituem diretrizes que representam os propósitos do povo brasileiro, quando da promulgação da Carta Política brasileira, em 1988, ou a finalidade do processo de recuperação judicial, inserida pelo legislador na norma de recuperação de empresas.

Maximiliano defende que “toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretendera corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado”. Preceitua, ainda, que a interpretação da norma deve ser teleológica e que o “hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática” (MAXIMILIANO, 2010).

Já Alexy parte de um pressuposto semelhante ao de Dworkin, de que a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. O autor entende que os princípios são mandamentos de otimização, que exigem que algo seja feito na “maior

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”, tendo a ponderação como a forma de aplicação.

De outro lado, as regras são normas que obrigam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. À vista disso, seriam mandamentos definitivos, cuja forma de aplicação é a subsunção. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. (ALEXY, 1986, p. 75)

Já os princípios, na cultura jurídica brasileira, são tidos como mandamentos nucleares ou disposições fundamentais de um sistema (MELLO, 2021, p. 408), enquanto as regras costumam ser definidas como as normas que simbolizam a concretização desses princípios, e, por isso, teriam caráter mais instrumental e menos fundamental.

Humberto Ávila (1999, p. 167) sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. Na linha do que diz Dworkin, afirma que as regras são aplicadas seguindo o modelo do “tudo ou nada” enquanto os princípios devem passar por um processo interpretativo.

Na sua visão, após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica já é subsumível, enquanto os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda um sopesamento para harmonizá-los. De todo modo, as regras são sempre balizadas por princípios, visto que na prática são a tradução normativa de um determinado objetivo da sociedade.

Hart (1958), por sua vez, acaba por aceitar que padrões morais possam integrar a formação do juízo jurídico quando as regras não são suficientes, de modo que princípios possam preencher as zonas de penumbra das regras ou o campo de discricionariedade do julgador.

Marmor (2005, p. 95) entende que “a interpretação é exigida apenas quando a formulação da regra deixa dúvidas sobre sua aplicação a um dado conjunto de circunstâncias”. Para o autor, o modo normal de comunicação e entendimento da linguagem no direito envolve simplesmente seguir regras, aplicá-las e não as interpretar. Em sua visão, o direito nem sempre requer interpretação, que apenas aconteceria para resolver uma situação subdeterminada convencionalmente, em que a regra não fosse clara e o direito por si só não determinasse explicitamente a conduta a ser observada.

Nessa linha de ideias, as considerações de Wittgenstein sobre a conduta de “seguir uma regra” (*rule-following*) dão sustentação à distinção *hartiana* entre o núcleo e a penumbra das regras – na penumbra, há subdeterminação convencional do significado e, portanto, casos que estejam na penumbra das regras demandariam interpretação, já que não é possível a aplicação direta da regra ao caso. Apenas nesses casos, de indeterminação ou falta de regramentos claros, haveria espaço para a discricionariedade interpretativa, na medida em que o julgador não pode se furtar a dizer o direito com base na inexistência ou obscuridade da norma.

No entanto, alguns autores, a exemplo de Dworkin, rechaçam a ideia de que exista direito sem esforço argumentativo (ou destituído de valoração), defendendo uma interpretação construtiva, na qual o intérprete constrói o objeto a ser interpretado da melhor forma possível, cujo resultado desse modelo será a resposta certa ou correta. Nada obstante, mesmo essa teoria propõe limites ao poder discricionário do julgador, ao defender a interpretação do direito como um todo, de forma que harmonize não só a lei e os precedentes, mas também as convenções jurídicas postas e os valores da sociedade no qual o direito é aplicado.

A interpretação das leis não pode ser entendida como mera revelação da vontade legislativa, mas como verdadeira obra coletiva, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pela interpretação do juiz, que conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos, sendo imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão (PEREIRA, 2006, p. 499-500).

Acreditamos que a teoria construtivista proposta pelo autor, embora balizada na integridade e coerência do direito, acabou por confundir a cultura de interpretação jurídica brasileira, na medida em que acaba sendo utilizada para amparar a possibilidade de o julgador valorar todo e qualquer conceito ou sentença de acordo com as suas opiniões e princípios morais, abrindo arriscada margem para a discricionariedade.

Morrison (2012, p. 28) destaca que:

[...] em última análise, a moralidade de aspiração dworkiana é o desejo de tornar-se uma comunidade de princípios, a integridade é a moralidade intrínseca ao direito, e a imagem que ele cria do sistema jurídico é uma imagem de constante comunicação – de argumentação.

Por isso que a escola dworkiana cria a figura do juiz Hércules, que tem a tarefa hercúlea de buscar a aplicação do direito de forma íntegra e coerente, aplicando ao

caso analisado a equidade que a comunidade entenda plausível e não a “sua” concepção de equidade. Tarefa extremamente difícil, como vemos nos julgados que trazemos neste trabalho.

Já Miguel Reale (2011) define princípios como enunciados normativos de caráter genérico que norteiam e condicionam o ordenamento jurídico, por se revestirem de modelos dogmáticos e/ou doutrinários fundamentais, pautados em origem ética, política, sociológica ou técnica.

No Brasil, é notório que os princípios ganharam elevada importância no ordenamento jurídico, mas igualmente acabam sendo frequentemente utilizados como reforço argumentativo na tomada de decisões, mesmo que os valores cultuados pelos princípios não guardem estrita correlação com os casos submetidos à apreciação e decisão do julgador, situação que acaba abrindo margem para a discricionariedade na interpretação do direito.

Retomando a lição de Alexy e Avila, vemos os princípios como normas jurídicas que constituem deveres de otimização, que serão pautados e aplicados em vários graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas do caso, exercendo função norteadora como eixo de aplicação da norma, ou como a própria justificativa para a existência das regras.

Nessa medida, embora ambos sejam normas instituidoras do dever ser, as regras possuem menor generalidade que os princípios, porquanto aquelas preveem condutas expressas em seus enunciados, enquanto estes instruem deveres de condutas axiologicamente voltados a uma maior abrangência (ALEXY, 2008).

No entanto, sob a corrente do “pós-positivismo”, os sistemas jurídicos sofreram considerável abertura, incorporando valores supostamente compartilhados pela comunidade, e adotando a força normativa dos princípios, sobretudo nas normas de caráter constitucional, conteúdos que são sabidamente dotados de maior abstração e generalidade. (BARROSO, 2001).

Referido movimento desloca a ênfase central da interpretação jurídica da lei para a Constituição, e faz com que a abertura aos princípios aproxime uma interpretação subjetiva dos direitos. Desse modo, embora a primazia da Constituição representada pelo pós-positivismo trace uma distinção entre as normas jurídicas, enquadrando-as em regras e princípios (CAVALCANTI, 2020), a ênfase na força normativa dos princípios pode abrir espaço para a confusão hermenêutica que abordamos.

É inegável, todavia, que muitas vezes o Judiciário acaba sendo provocado em razão da incapacidade de os agentes políticos construírem consensos, acarretando a transferência do ônus da tomada de importantes decisões para o Poder Judiciário, seja pela inércia dos agentes políticos, ou pelo ajuizamento de ações variadas, de inegável caráter político. Diante desse cenário, Sarmento (2011, p. 16) aponta a necessidade de:

[...] encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios.

Isso faz com que relevantes questões políticas e sociais acabem sendo decididas, em última instância, pelo Poder Judiciário, por magistrados que não estão sujeitos ao processo eleitoral como membros do legislativo ou executivo, que acabam decidindo sobre diversos temas com base nos seus próprios conceitos de moral e justiça, que não raras vezes deturpam ou não observam as regras estabelecidas pelos representantes eleitos pela sociedade.

Sarmento (2011) afirma que o neoconstitucionalismo pragmático valoriza os direitos fundamentais e os valores constitucionais por meio dos princípios e da ponderação, mas, por outro lado, não sepulta a importância das regras e da subsunção para a segurança jurídica, de modo que a atuação judicial seja fundamentada e construtiva, sempre atenta à realidade, ao contexto e às consequências, para assim, efetivamente realizar a Constituição e construir uma sociedade mais justa.

Gabriel (2022) destaca que a partir desse protagonismo constitucional, toda e qualquer interpretação jurídica deve ser à luz da Constituição, ou seja, em respeito aos seus valores e princípios, em fenômeno conhecido como filtragem constitucional ou constitucionalização do direito. Mas igualmente adverte que “a preferência neoconstitucionalista por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, abre margem para desarrazoado subjetivismo” (GABRIEL, 2022).

Essa mudança de paradigma acabou impactando diferentes áreas do direito, como o direito civil, por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou o direito administrativo, por meio da releitura constitucional da ideia de supremacia do interesse público (BARROSO, 2018).

E processualmente, a instrumentalização desse neoconstitucionalismo teria três escopos: o social, que consistiria na solução de conflitos mediante critérios

considerados justos; o político que consistiria na limitação dos poderes do Estado em face das liberdades do cidadão e na garantia da participação dos cidadãos nas deliberações políticas; e o jurídico, representado pela aplicação da vontade concreta do direito como um fim ideal e não de acordo com as convicções do julgador (HERZL, 2012).

É o “reconhecimento de que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução além do texto não importa em legitimar o arbítrio ou o subjetivismo” (PEREIRA, 2006, p. 499-500). Em resumo, é dizer que o juiz não pode tudo, especialmente atuar de forma voluntarista ou em desconformidade com os próprios princípios constitucionais. Nesse contexto, a solução além do texto, referida pelo autor, estaria legitimada apenas em casos de insuficiências do sistema normativo, o que difere substancialmente dos casos examinados neste trabalho.

No julgamento da ADPF n. 101/DF, Eros Grau já alertava para os perigos da técnica de ponderação entre princípios, quando diante de conflito entre direitos fundamentais. Na sua visão, como inexistente qualquer regra a orientar o propósito de tais princípios ou qual deve ser privilegiado, em eventual conflito, a técnica acabaria sendo praticada à margem do sistema, de modo perigosamente subjetivo e discricionário (TORRANO, 2018, p. 103-104).

Sarmento e Souza Neto há tempos advertem que conferir ao julgador a tarefa de ponderar princípios ao caso concreto poderia ser considerada uma medida antidemocrática, pois concederia ao julgador ampla margem de liberdade na busca da decisão justa, o que poderia ensejar na suplantação da norma instituída pelo legislador, de acordo com o subjetivismo do Magistrado:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela

compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2007, p. 144)

Por essas razões, vemos significativa distinção entre princípios, objetivos e regras. Enquanto princípios são frequentemente relacionados a valores ideais ou morais, de caráter mais abstrato e genérico – e não raro utilizados como razões de decidir, de modo temerário –, os objetivos da norma acabam sendo equiparados aos princípios, quando, na verdade, se trata de diretrizes e de disposições que pretendem apenas descrever o propósito da norma.

Karl Larenz (1979 apud ÁVILA, 2006), apesar de também entender os princípios como fundamentos normativos inseridos no âmbito jurídico, dos quais decorrem orientações de comportamento, afirma que aos princípios falta susceptibilidade em sua aplicação, porquanto ausente a eles a conexão entre hipótese de incidência e consequência jurídica. Para o autor, os princípios representam caminhos norteadores da decisão, enquanto às regras cumpre a função de fundamentar a tomada de decisão, apresentando nítido caráter normativo.

Desse modo, os princípios teriam caráter orientador, enquanto seriam as regras que representariam a integração e subsunção ao mundo fático. E a ênfase demasiada na normatividade dos princípios pode significar uma ruptura no positivismo clássico do Estado liberal, que ordinariamente expressa o direito por meio de um conjunto de regras (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015b).

Para que as decisões judiciais guardem coerência e adequação aos mais variados conteúdos normativos e à segurança jurídica, nos parece que o pragmatismo pode ser reconhecido como um dos paradigmas de interpretação judicial contemporâneos (ATAIDE JUNIOR, 2013), na medida em que o julgador busca subsumir o conteúdo da norma ao caso fático, e, ao mesmo tempo, atenda ao princípio que otimizou a criação da determinada regra, sem, contudo, tomar princípios emprestados irresponsavelmente para adornar decisões genéricas ou em desconformidade com a lei.

Portanto, mesmo que a tendência de normatização dos princípios seja visível e crescente, vemos elevado risco na utilização indiscriminada de conceitos abstratos – a exemplo de objetivos e princípios de determinada norma – como fundamento para

tomada de decisões voluntaristas, ao eventualmente permitir a prevalência de valores jurídicos abstratos sobre a regra positiva na busca pela decisão justa no processo. Tais movimentos podem revelar indesejado excesso na atuação decisória, além de resultar em desconhecidos efeitos econômicos e sociais e insegurança jurídica.

1.3 VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS E SEUS DESAFIOS HERMENÊUTICOS

Ao falar da importância do papel da hermenêutica, Miguel Reale (1994, p. 107) afirma que além de dizer o que as normas jurídicas efetivamente significam ou passam a significar ao longo de sua aplicação no tempo, é igualmente necessário enunciar os princípios gerais que presidem a vigência e eficácia das normas jurídicas, bem como conceber os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema normativo.

Streck (2017) afirma que no direito, as palavras da lei não são unívocas e que as palavras não necessariamente logram êxito em refletir a essência das coisas, de modo que o sentido da lei só é capaz de existir em um determinado contexto, em que “o texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir de seu texto”. Para o autor, o juiz não é dono dos sentidos, e nem os criam, devendo ter responsabilidade e compromisso com a Constituição, livrando-se da tentação de decidir de forma subjetiva, ideológica, ou mesmo por seus interesses pessoais.

Assim, as decisões arbitrárias, tomadas de acordo com a consciência individual do julgador não seriam democráticas e representariam um desrespeito ao Estado Democrático de Direito, que estabelece as regras do jogo em que o juiz atua:

[...] o juiz se encontra, quer queira quer não, submetido a um contexto intersubjetivo de significação em que os sentidos dos textos jurídicos (e dos fatos) com que lida não estão à disposição de sua livre apreciação para avaliá-los de maneira que ele, subjetivamente entende mais conveniente (STRECK, 2017)

Por essas razões, vemos um perigoso problema no que diz respeito ao excesso de discricionariedade na interpretação judicial. O reiterado emprego de conceitos jurídicos abstratos – que a reforma na LINDB buscou evitar - pode conferir elevado subjetivismo e voluntarismo às decisões judiciais, tornando-se prejudicial à segurança jurídica e ao desenvolvimento de uma nação. A subjetividade de decisões fundadas na equivocada compreensão do conceito de livre convencimento, por exemplo, pode fazer com que o juiz se afaste das regras estabelecidas e passe a

tomar decisões com base nas suas próprias opiniões e convicções, distanciando-se do direito.

Em razão disso, nos propomos a refletir sobre as diversas razões que fazem com que decisões sejam pautadas tão somente nos vieses morais, ideológicos e nas experiências pessoais do julgador em detrimento de disposições expressas contidas na Lei investigando casos em que regras claras são afastadas em nome de supostos princípios que representem o objetivo primordial da norma. Nossa análise demonstra que a adoção de conceitos jurídicos abstratos – especialmente o da preservação da empresa como justificativa para a tomada de toda sorte de decisões em processos de recuperação judicial – pretende apenas amparar o voluntarismo do Poder Judiciário e disfarçar decisões que não observam o texto legal.

A já mencionada redação do artigo 20 da LINDB, determina que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, e, apesar da referida Lei não explicitar quais seriam tais valores abstratos, depreende-se que a intenção do legislador foi vedar decisões carregadas de alto grau de indeterminação, onde o voluntarismo do agente substitua a segurança jurídica (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013). Além disso, tem como finalidade prestigiar o consequencialismo e reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal, ao prever a necessidade de o tomador da decisão considerar as consequências práticas da decisão. A ideia é proibir que conceitos abstratos sejam utilizados como motivações de decisões retóricas ou principiológicas, sem a avaliação percuciente das reais circunstâncias e/ou evidências do caso submetido à análise.

No entanto, direitos fundamentais previstos constitucionalmente, por exemplo, são fortemente carregados de conceitos abstratos ou subjetivos, e é certo que a LINDB não irá revogar a aplicação de princípios constitucionais. Ocorre que há uma infinidade de outros princípios – nem sempre constitucionais, como é o caso da preservação da empresa – utilizados para auxiliar e justificar a interpretação legal, enquanto a própria LINDB, em seu artigo 4º, prevê a aplicação de princípios gerais do direito em casos de omissão legislativa.

A lei autoriza a aplicação dos princípios gerais do direito em caso de inexistência de regras para determinado caso, ou em casos de penumbra das normas,

como já mencionado, de modo a se evitar o *non liquet*⁷ e respeitar o princípio de acesso à justiça e a inafastabilidade do controle judicial. Sem embargo, não são casos amoldados ao presente estudo, uma vez que as regras relativas a processos de recuperação judicial inobservadas ou afastadas pelos julgadores estão expressamente previstas na LRE. Ao menos nos casos que demonstramos neste trabalho, inexistem lacunas legislativas que autorizariam a adoção de princípios gerais do direito para resolver o problema submetido à apreciação do Judiciário. Ao contrário, nos casos demonstrados, o julgador acaba por relativizar determinada regra em nome de um suposto princípio maior, de preservação da empresa.

Não é raro verificarmos que valores abstratos são corriqueiramente invocados para afastar regras devidamente consagradas em nosso ordenamento jurídico. E muitos desses “princípios” nem sequer estão previstos na Constituição Federal, tratando-se, na verdade, de construções doutrinárias e/ou jurisprudenciais desenvolvidas com o intento de aprimorar a aplicação do direito, mesmo que se trate de diretrizes ou *standards* de normas infraconstitucionais.

O já citado artigo 20 da LINDB visa proibir decisões fundadas em valores jurídicos abstratos que sejam desprovidas de uma análise de suas consequências práticas. Vale dizer, que as decisões judiciais, administrativas ou controladoras que contenham um processo de avaliação dos efeitos da referida decisão serão válidas, desde que preenchido o requisito legal de análise das circunstâncias práticas da decisão tomada, destacando que a necessidade de análise das consequências da decisão tem como fundamento *combater* “a pirotecnia contida em decisões onde o argumento, por ausência de substância que a ela (decisão) proporcione fundamento, é recorrer a trunfos normativos jurídicos, como, o mais invocado deles, a dignidade da pessoa humana” (GOMES; SAMPAIO; ARAÚJO, 2020, p. 447-448).

Para esclarecer, valer destacar o seguinte trecho, dos mesmos autores:

As novas disposições da LINDB, especialmente o já multicitado artigo 20, tendem a ser relevantes para uma virada na atividade de argumentação jurídica no Brasil. Fala-se em modelo realista pois a premissa de análise das consequências da decisão necessariamente exigem um olhar conjunto entre a realidade e os organismos sociais, ampliando ainda mais a responsabilidade de quem decide para

⁷ *Non liquet* (do latim *non liquere*: "não está claro") é uma expressão advinda do direito romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. Ao declarar o *non liquet*, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era nítida. Expressava-se assim o estado de convencimento do julgador, evitando-se a prática de injustiças ou a violação da consciência do juiz - sem prejuízo da decisão, que seria então tomada por outro *iudex* que se sentisse habilitado. (MENDES, 1998)

agregar a necessidade de exposição de suas razões com clareza, com argumentos que robusteçam os motivos e critérios da decisão transparecendo a aproximação entre razões jurídicas e razões sociais do fato. (GOMES; SAMPAIO; ARAÚJO, 2020, p. 447-448).

Desse modo, a reforma ocorrida na LINDB significa uma crítica à adoção de princípios como verdadeiros axiomas, concebidos de forma genérica e abstrata, buscando evitar que juízes decidam de acordo com suas íntimas convicções, utilizando de conceitos abstratos para justificar decisões que, muitas vezes, tem mais a ver com a opinião particular do julgador sobre determinados fatos ou situações do que com a adequada aplicação do direito ao caso.

É comum que nessas situações o julgador busque justificar sua decisão com base no sistema de livre convencimento, que pressupõe liberdade para que o magistrado decida de acordo com a sua consciência, valendo-se de sua experiência pessoal, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo, de acordo com a sua convicção íntima e sem a necessidade de fundamentação da decisão (RANGEL, 2015).

Nessa toada, Lenio Streck (2009, p. 97) critica o excesso de discricionariedade em decisões judiciais no que denomina de panprincipiologismo, que se traduz no catálogo interminável de princípios que o jurista/intérprete lança mão na falta de uma lei adequada ou até mesmo de norma constitucional que justifique a decisão judicial que considere mais coerente.

Referido trecho sintetiza o pensamento do autor:

Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assustadora” do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina). (STRECK, 2010, p. 106).

O autor pontua que decidir não é sinônimo de escolher, ao afirmar que “a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe pareça mais adequada (STRECK, 2010).

Humberto Ávila (2011), por sua vez, tece as seguintes considerações quanto à forma que entende adequada para a interpretação judicial:

[...] pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. [...] Daí se

dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual.

Em vista disso, pode-se afirmar que a aplicação do direito sempre estará sujeita à manipulação da linguagem, ou aos sentidos que damos às palavras e expressões, pressupondo um eterno movimento de interpretação, sujeito à subjetividade inerente ao uso linguístico e à construção de sentidos e significados.

Isso não quer dizer que o juiz possa decidir de forma totalmente subjetiva, agindo arbitrariamente apenas conforme as suas convicções, que, muitas vezes, estão desassociadas do direito. Desse modo, a crítica é contra a discricionariedade excessiva nas decisões, que busca se sustentar no livre convencimento do juiz, conceito este, igualmente deturpado hermeneuticamente.

No Código de Processo Civil de 1973, a redação do art. 131⁸ concedia o direito de o juiz apreciar “livremente” a prova podendo avaliar fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, ressalvada a necessidade de indicação dos motivos que lhe formaram o convencimento, na decisão, conforme pode-se depreender da lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a):

[...] o juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado ao seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento a priori. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova).

Assim, a questão do livre-convencimento está inserida no contexto de valoração da prova, que costuma considerar o juiz “livre” para agir – ou se omitir – dentro do processo, em que a parte acaba por se sujeitar ao poder estatal ligado a uma dogmática jurídica servil ao autoritarismo, que aposta no protagonismo do juiz para fazer justiça e acaba afastando o paradigma democrático do processo (STRECK, 2016).

⁸ Art. 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”

Mesmo para Dworkin, em sua teoria interpretativa construtiva, existem padrões normativos mais complexos do que as regras, que demandam interpretação coerente do direito, não havendo, propriamente, uma liberdade total para decidir (DWORKIN, 1986). Lenio Streck (2012a), em sua crítica que remonta a Heidegger e Gadamer, aponta a necessidade de observância de elementos interpretativos que fundamentem a decisão, sem que isso signifique uma concepção ingênua de objetivismo, de modo que “imaginar que o sistema jurídico é apenas o limite dentro do qual o juiz pode resolver o caso conforme seu convencimento é confundir os conceitos de decisão e escolha”.

Contudo, no Brasil tornou-se corriqueiro que decisões judiciais invoquem a busca pela “verdade real” para justificar decisões baseadas no “livre convencimento”, que nada mais é do que uma desculpa para decidir conforme as opiniões pessoais do julgador, normalmente dotadas de uma forte carga de subjetividade. Tais decisões voluntaristas representam elevado risco à segurança jurídica, à medida que se afastam da norma, em razão do excesso de discricionariedade, da falta de critérios e parâmetros legais e da carência de fundamentação.

Por essas razões que a expressão “livremente” foi denunciada por Streck na construção do Código de Processo Civil de 2015, e o termo abolido da redação do artigo 371 do CPC de 2015⁹, visando afastar a subjetividade e discricionariedade nas decisões judiciais, mantendo apenas a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Associado a isso, merece destaque o direito da parte ao contraditório e o dever judicial de fundamentação, expressos sobretudo nos artigos 10¹⁰, 489, §1⁰¹¹ e 926¹² do CPC.

No entanto, ainda existem vários julgados que expressamente afirmam que “o juiz é o destinatário da prova”, que se deve ter “confiança no juiz da causa”, que o “juiz é o dono do processo”, que o “juiz decide conforme sua consciência”, que “não está obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes”, ou “que não há nada a

⁹ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁰ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

¹² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

esclarecer”, que “mantém a decisão por seus próprios fundamentos”, dentre tantas outras justificativas construídas apenas para liberar o juiz de uma tarefa mais consistente e comprometida com seu mister.

Ao contrário disso, a decisão judicial implica a responsabilidade de demonstrar legitimamente como ocorre o convencimento, não podendo se adotar o livre convencimento como uma forma de liberdade interpretativa, mas tão somente de uma liberdade de valoração das provas (MARENGO, 1997).

Nesse aspecto, questiona-se se qualquer motivação é válida ou se raciocínios como decidir primeiro com base em convicções pessoais, para, posteriormente escolher motivações aptas a sustentar a fundamentação apresentada e conferir-lhe uma “capa formal” a aquilo que se quis decidir são justificáveis – ou, se tais situações ofendem o Estado Democrático de Direito. Afinal, o objetivo do julgamento é a precisão, não a expressão individual (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, 2021).

Portanto, a decisão pública não pode depender da mera vontade do juiz, que deve decidir com base no arcabouço legal existente, e não representar a expressão de sua opinião e/ou escolha sobre o que mais lhe agrada em determinada situação, adjudicando-lhe uma justificativa ornamental, não estruturante, para fundamentar sua decisão. A prevalecer o método de decidir primeiro, e fundamentar depois, até o próprio intérprete acaba confundido pelo subjetivismo, o que pode ser danoso para a segurança jurídica (DELFINO, LOPES, 2015).

Logo, é preferível consagrar a segurança jurídica, mesmo que algumas decisões possam ser consideradas injustas, porque ao menos estarão revestidas de clareza e fundamentadas na norma vigente, a estar sujeito às imprecisas, incertas e inseguras convicções políticas, jurídicas ou sociais do julgador, que não podem justificar quaisquer decisões judiciais. São limites importantes na aplicação da lei, cuja transposição, na nossa visão, representa injustificada discricionariedade no exercício da interpretação legal e significativo risco à segurança jurídica.

1.4 HEURÍSTICAS DECISÓRIAS E VIESES INTERPRETATIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Se o ativismo e a discricionariedade judiciais representam risco à hermenêutica e à segurança jurídica, especialmente quando utilizados conceitos abstratos como princípios para justificar todo tipo de decisões, também podemos

entender que não existe interpretação jurídica que não tenha como base alguma forma de inferência ou presunção, que reflitam os vieses interpretativos do julgador, com base em suas opiniões e experiências de vida. Isso importa porque nem sempre as convicções pessoais do julgador estarão em consonância com o que está definido na norma. Nesse sentido, procuramos entender que aspectos formam a opinião do julgador, principalmente quando ela se distancia da lei.

Ainda no início do século XX, juízes decidiam casos como uma espécie de manufatura *post facto* de uma série de princípios formulados para justificar nossa conduta e nos induzir a crer que nossas conclusões são resultados de processos lógicos, para então nos convenceremos que nossas vidas são governadas pela razão (FRANK, 2008).

Por mais que a pré-conceituação faça parte de nossa interpretação do mundo, caberá ao intérprete da lei tomar consciência desses pré-conceitos, sem, contudo, negá-los ou perder o controle sobre os fatores inerentes à compreensão dos fatos, o que consideramos essencial para uma decisão adequada (GADAMER, 2002).

Embora seja evidente que todos compreendamos o mundo com base em nossas próprias experiências – e por conseguinte, acabemos por utilizar vieses interpretativos na tomada de decisões, não vemos o processo como um espaço para que o juiz possa exercer sua função jurisdicional com base nas suas opiniões pessoais ou senso de justiça, mas sim como o *locus* para uma decisão que observe as regras definidas pelo legislador (GREENSTEIN, 2009).

Para demonstrar a utilização de vieses cognitivos, o autor Daniel Kahneman nos apresenta sua teoria do sistema dual de pensamento, em que observamos e compreendemos a vida por meio de dois sistemas: enquanto o Sistema 1 representaria a forma rápida e “eficiente” com que tomamos decisões quase automáticas/instintivas com base no amplo acervo de informações sobre o mundo detidas pelo sujeito, o Sistema 2 busca compreender e justificar suas decisões, de modo que demandará um esforço cognitivo maior (KAHNEMAN; FREDERICK, 2005).

De acordo com os autores, nossas opiniões sobre aquilo que ordinariamente acontece são basicamente formadas com base no que o autor chama de Sistema 1, que atua de forma rápida e intuitiva, como uma máquina de tomar conclusões precipitadas (KAHNEMAN, 2012). Assim, os vieses cognitivos exerceriam fundamento preponderante em nossas preferências, ligadas diretamente ao Sistema 1, visto que

selecionadas de forma intuitiva e instintiva conforme nossos pré-conceitos (JOLLS; SUNSTEIN, 2006).

Já o Sistema 2 pretende compreender as situações, em vez de apenas dar respostas rápidas. Trata-se de um mecanismo mais engenhoso e, por isso, pode ser entendido como mais ineficiente. É ele, porém, que controla os impulsos automáticos do Sistema 1, ou que sugere a possibilidade de soluções contrárias àquelas rapidamente escolhidas de forma instintiva.

Nesse cenário, a formação da ideia de uma probabilidade a partir de um valor inicial que pode, ou não, estar correto, ou a tendência que as pessoas têm de formar juízos de probabilidade com base em um certo ponto de partida, que pode não ser correto ou legítimo, pode levar a conclusões equivocadas. É o que se chama de heurística de ancoramento (SUNSTEIN, 1997), por meio do qual, a partir de um ponto de vista inicial, o sujeito pode desconsiderar fatores ou evidências contrários à sua hipótese de preferência, e acabar por dar mais importância aos fatores que confirmem seu convencimento inicial (DÖHRING, 2007).

Esse viés de desejabilidade é demonstrado pela tendência a reunir e interpretar evidências de forma seletiva em favor de um julgamento que já acreditamos ser ou que desejamos que esteja correto (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, 2021). Nesses casos, o julgador será mais receptivo aos elementos que confirmem suas hipóteses (DAMASKA, 2008).

É o que afirma Nicola Malatesta (1996), quando destaca que as provas indiretas obtidas por meio de presunções podem levar o julgador a erros de julgamento, por criar no intérprete uma “certeza artificial e inexata”, que, como no caso de julgamentos exercidos com fundamento em conceitos abstratos, mas que nem sempre tomam por base a situação concreta do caso submetido à análise. Nessas situações, é elevado o risco de que pré-conceitos acabem contaminando o processo e que as decisões tomadas tenham muito mais a ver com as ideias particulares do julgador, do que com a adequada e razoável aplicação do direito no caso concreto.

Diante disso, pretende-se reafirmar a necessidade de os elementos que embasam as decisões judiciais serem conscientemente enfrentados e adequadamente fundamentados, e não necessariamente presumidos com base em conceitos estereotipados a respeito do assunto sob discussão (SAKS; KIDD, 1980).

Em uma discussão judicial, as narrativas são compostas pela história central e tramas secundárias, que só farão sentido quando lidas conjuntamente (LARENZ,

1997). Essas histórias e tramas secundárias, assim como suas consequências se mostram especialmente relevantes nos casos de recuperação judicial, como mostramos mais adiante.

No âmbito do processo, é necessário que as hipóteses levantadas pelas partes sejam testadas e contrastadas com as demais narrativas concorrentes, de modo a firmar o convencimento do julgador, que deve não apenas justificar e motivar o raciocínio de sua decisão, mas também testar, comparar e aprofundar os argumentos decisórios (DÖHRING, 2007).

É dizer que as decisões do intérprete da lei não dependem tão somente do sistema interno de crenças e experiências vividas pelo julgador, que evidentemente se apoiam e se justificam mutuamente, no sentido de atribuir coerência ao raciocínio do decisor (PARDO, 2005). Entretanto, a mera coerência lógica entre as ideias ou argumentos não evidencia, por si só, se o conjunto de crenças demonstrado corresponde à realidade ou se mostra acertado para o caso sob análise.

Se a narrativa do intérprete apresenta suficientes relações de causalidade a ponto de tornar crível a história, a tendência é que essa versão se torne premissa do raciocínio no momento do julgamento, ensejando a formação de um viés que dificilmente será desfeito ao longo do processo (SCHMITZ, 2018). Daí o risco que conceitos genéricos – ou princípios abstratos – sejam reiteradamente utilizados para justificar decisões, dada a preferência – ou simpatia – ao significado atribuído a determinado princípio, adotado tão somente para fortalecer a decisão que seria tomada em qualquer hipótese, de qualquer maneira, eis que fundada na experiência, opiniões e vieses interpretativos do julgador.

No entanto, as experiências pessoais que fizeram um indivíduo tornar-se quem é não são relevantes para a tomada de decisão (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, 2021). Por isso que julgamentos baseados em pressuposições merecem atenção, na medida em que podem ter o efeito de simplificar demasiadamente determinados fatos e situações, reduzindo a complexidade da realidade e se prestando a abreviar ou deturpar a interpretação da lei.

Nesse ponto, interessa analisar se as decisões judiciais tomadas com base em presunções sobre certos princípios do direito, fortemente influenciadas por conceitos abstratos, buscam justificar-se como se fossem dotadas de um significado evidente, geral, polivalente, e muitas vezes, superior. A ideia parece ser de legitimar o raciocínio adotado, mas a utilização corriqueira e indiscriminada de conceitos

abstratos pode banalizar o próprio instituto utilizado para a ocasião. Ou pior, pode estabelecer precedentes e criar parâmetros que nunca deveriam ter sido firmados.

Ricardo Timm de Souza (2004) pontua que apenas o movimento contraintuitivo e violento da hermenêutica que poderá ultrapassar o que está na semântica do conceito ou da regra e perceber sua adequação ou não ao caso, o que pressupõe, de todo modo, uma adequada subsunção ao caso concreto ou o respeito à norma estabelecida. Assim, só será possível a utilização de regras ou princípios gerais caso haja uma igual submissão do conceito a um processo interpretativo que avalie a adequação de seus propósitos ao caso concreto (HORKHEIMER, 2016). Afinal, princípios podem fazer parte da justificativa do intérprete da lei, como uma parcela de seu raciocínio ou para justificar e balizar o texto legal, por exemplo, mas nunca ser sua única fundamentação, entendida pelo julgador como suficiente por si só.

Por essas razões, a utilização de conceitos abstratos mostra-se arriscada caso não seja devidamente contextualizada e justificada às situações específicas, e, especialmente na cultura jurídica brasileira, pode ter o condão de contribuir para a insegurança jurídica, ao empregar determinados valores como reforço argumentativo, quando, na verdade, visa apenas amparar as inferências e preferências do intérprete para mascarar decisões não enfrentadas com a profundidade devida.

É necessário que se atribua aos conceitos (especialmente aos conceitos generalizantes, tão perigosos em seu poder de sedução) apenas a força que lhes é própria e nada mais do que isso, sem considerá-los como ferramentas analíticas tão poderosas que acabem por se converter na realidade que indicam ou simbolizam (SOUZA, 2004).

É preciso sublinhar que os conceitos abstratos que muitos princípios representam podem indicar um caminho (um propósito) para a aplicação da justiça, mas não são uma justificativa suficiente por si só, nem mesmo estão imunes a equívocos em sua interpretação. E, como veremos, a utilização indiscriminada de conceitos abstratos pelo intérprete, na forma de princípios e valores, serve muitas vezes apenas para dar um verniz interpretativo as decisões já previamente tomadas, no intuito de conferir status de incorrigibilidade e neutralidade a uma decisão, escondendo presunções ou opiniões pessoais diante de determinados fatos e mascarando o real processo de compreensão e de decisão.

A racionalidade acaba sendo utilizada de forma performática, como critério justificativo, apenas para justificar a decisão tomada (HORKHEIMER, 2016). Para

Boudon (1998), não basta que a conclusão seja considerada lógica ou racional, é preciso que seus fundamentos sejam detalhados de forma suficiente e verdadeiramente aplicáveis ao caso submetido à análise.

O encaixe racional da narrativa construída pelas partes à conclusão do intérprete, não obstante, construído sob justificativas lógicas e bem-intencionadas – na maior parte das vezes – não serve para legitimar, por si só, decisões que não enfrentam adequadamente o problema posto, mas, ao revés, rotineiramente utilizam de princípios de ocasião para fundamentar decisões calcadas nas preferências e convicções particulares do julgador.

Não será surpresa, portanto, que o compromisso com as evidências do processo seja ofuscado pelo verniz argumentativo tomado emprestado pelo julgador para a tomada de suas decisões (KHALED JR, 2013). O risco, nesse ponto, é que o julgador se acredite de posse da verdade, ou se contente com uma das argumentações contadas nos autos, que se encaixe às suas convicções, mas não necessariamente corresponda à verdade (MALATESTA, 1996).

Assim, nos propomos a traçar o contexto em que certos julgamentos ocorrem em razão da discricionariedade do julgador, que não está livre de equívocos e pré-conceitos. Neste estudo, procuramos demonstrar, contudo, que o enfrentamento dos aspectos reais dos processos de recuperação de empresas (o exame minucioso de fatos e provas, por exemplo) quase sempre se situa abaixo da adoção de conceitos abstratos, sempre prontos para adornar as justificativas decisórias de plantão. Trata-se, na verdade, de ativismo judicial, com base nas preferências do juiz, ao invés daquelas previstas na lei (CROSS; LINDQUIST, 2007, p. 34).

Georges Abboud (2016) é firme ao afirmar que o grande trunfo do ativismo é utilizar de termos performáticos, como interesse público, conveniência, oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, princípio republicano, justiça, entre outros, empregados com a finalidade específica de conferir caráter normativo a decisões ativistas, mascarando o voluntarismo do intérprete em suas decisões.

Portanto, o viés cognitivo do julgador pode representar um grave risco, sobretudo quando ele passar a perseguir apenas a hipótese fática de sua preferência. Liebman (1960) destaca que “demandar é psicologicamente incompatível com o julgar, e acrescentar poderes de iniciativa ao juiz pode induzi-lo a tomar partido antes de ter julgado, e transformar-se de um julgador sereno em apaixonado defensor de uma tese já escolhida de antemão”. No Brasil, conforme expomos, é usual que o

chamado livre convencimento motivado seja confundido com a livre opinião do magistrado, desassociada de qualquer análise ou valoração de provas, podendo o juiz decidir inclusive contra as provas e contra o direito, o que representa um grande equívoco, na nossa opinião.

Se o convencimento do julgador quanto a determinado fato ou assunto for entendido como suficiente para que os fatos sejam tomados por esclarecidos ou comprovados, sem a detida análise acerca dos elementos probatórios existentes no caso, então se perderá o controle interpretativo sobre a compreensão. Por essas razões que a convicção de um julgador pode oferecer mais perigos do que utilidades para o processo (SCHMITZ, 2018).

Uma das consequências, que tratamos mais adiante, é que, quando decisões abstratas são tomadas de forma discricionária (de forma voluntarista e/ou arbitrária) e contra a lei, em nome do “livre convencimento”, estamos não diante de princípios hierarquicamente superiores, que justificariam a decisão tomada, mas diante de um argumento de autoridade, formulado como uma espécie de superioridade jurídica invocada para legitimar uma vontade subjetiva, transformada em instituto que estaria acima de qualquer outro elemento de prova, argumento ou conteúdo normativo.

Não há, no entanto, um método claro que conduza à compreensão dos fatos, nem à convicção como estágio final desse conhecimento. Conforme afirma Malatesta (1996), “a convicção é o resultado de uma multidão de motivos que não se podem predeterminar, e funda-se sobre uma série indefinida e impossível de prever de pequenas circunstâncias”. Por outro lado, simplesmente “estar-se convencido” não pode servir como fundamentação suficiente de motivos para dar suporte a uma hipótese fática (STRECK, 2012b).

Bobbio (2006) afirma que acreditar que a aplicação de uma lei é condicionada pelos motivos pelos quais foi criada não passa de uma ficção jurídica, por mais que haja boas intenções por trás desses motivos. Na verdade, cada intérprete expõe apenas aquilo que acredita ser o motivo e espírito da lei, que ressignifica o texto legal de acordo com as suas próprias vontades, para atingir o fim pretendido no processo (MÜLLER, 2007).

São as partes que criam as balizas para a construção da decisão judicial, por meio de suas narrativas e argumentações (MARINONI, ARENHART, 2015). Ocorre que, no litígio, as narrativas são apresentadas pelas partes, mas suas conclusões são tomadas com base em diversas generalizações sobre a realidade (FERRER, 2008).

Isso não quer dizer, contudo, que o juiz pode simplesmente afiliar-se a alguma das teses levantadas e decidir conforme bem entender, de acordo com suas convicções pessoais, invocando o livre convencimento, mas sem qualquer motivação ou conformidade ao caso.

No sistema decisório brasileiro, o artigo 375 do CPC, autoriza raciocínios presuntivos ao prever que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”. Sendo assim, as regras de experiência, invariavelmente, serão valoradas em torno de rótulos e estereótipos, e acabam sendo utilizadas para reduzir a complexidade da compreensão dos fatos da vida, e confirmar a tese do julgador (SILVA, 2019).

Dessa forma, a pré-existência de vieses sobre determinado assunto acabará sempre favorecendo uma das partes (aquela que mais se aproxima do que o julgador presume como a correta aplicação da lei), afastando-se da equidade que deveria ser dispensada às partes no julgamento. Na prática, ao aplicar suas presunções e inferências sobre um tema, será elevado o risco de que o julgador diminua a carga probatória exigida de uma das partes, notadamente aquela que alega aquilo que o próprio julgador já acredita ser justo e/ou adequado. Dito de outra forma, a depender da interpretação do julgador, a presunção não exime, mas pode aliviar a carga da prova (ROSENBERG, 1956).

Ao adotar conceitos abstratos como “justiça”, “dignidade da pessoa humana”, “função social da propriedade”, “preservação da empresa”, dentre outros, como razão de decidir, o julgador acaba por revelar que tomaria aquela decisão em qualquer situação, sob qualquer circunstância, visto que já possui entendimento prévio sobre o que considera certo ou justo em determinados casos, e, que tais conceitos, utilizados como reforços argumentativos, não passam de uma racionalização posterior construída para justificar decisões antecipadamente tomadas.

Decisões voluntaristas e discricionárias, por inferências ou presunções, mostram-se perigosas à segurança jurídica, e deveriam ser evitadas, simplesmente porque se baseiam no senso comum, que, na verdade, nada mais é do que a opinião (enviesada) do intérprete sobre determinado assunto – e podem, mesmo que na melhor das intenções, provocar equívocos na tomada de decisões (SCHMITZ, 2018).

Também é possível constatar uma certa imaturidade institucional na cultura jurídica brasileira, que até hoje convive muito bem com a deficiência na fundamentação em decisões judiciais, com o abuso de direito, ou com a distorção da

função e dos propósitos dos precedentes judiciais, por exemplo. Como bem destaca Teresa Arruda Alvim Wambier (2008), “o fato de o sistema ‘tolerar’ decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável”. Em outras palavras, a falta de contestação a decisões voluntaristas não pode ser lida como uma anuência implícita à cultura de discricionariedade excessiva e imotivada característica de nosso sistema jurídico.

Daniel Kahneman (2012) ressalta que a objetividade do sistema 1 elimina ambiguidades e se apressa na conclusão de histórias coerentes, que, se não forem rechaçadas pelo sistema 2, tendem a ser confirmadas pelo intérprete até que se transformem em verdade.

Em resumo, temos que decisões judiciais dependem sempre de alguma justificativa, que pode envolver, dentre outras questões, regras de experiência do que ordinariamente acontece. Isso difere, todavia, de decisões discricionárias tomadas com base em conceitos abstratos ou em raciocínios presuntivos com fundamento em experiências ou opiniões pessoais do julgador, que não são por si só justificáveis, não podendo ser admitidas como reforço argumentativo para que decisões desprovidas da necessária profundidade no enfrentamento da situação concreta ocorram. Fatos precisam ser contextualizados e amoldados ao caso, assim como provas precisam ser válidas e suficientemente demonstradas, e regras não podem ser sumariamente desconsideradas a depender do conjunto de crenças pessoais e/ou ideológicas do julgador.

Desse modo, pretendemos abordar os saltos inferenciais existentes entre determinados fatos e situações, e certos princípios ou mesmo objetivos do texto legal, especialmente quando diz respeito à preservação da empresa em processos de recuperação judicial – e as consequências que decisões deste jaez acarretam.

Enquanto entendemos que generalizações de toda sorte não são suficientes a justificar decisões judiciais, também nos parece que o julgador deve estar atento às consequências de suas decisões – objetivo apontado expressamente no artigo 20 da LINDB – e lembrar que enunciados abstratos e/ou performáticos utilizados apenas como vernizes principiológicos não passam de blindagens argumentativas (CORREA; JUAN, 2014), que muitas vezes são desprovidas de racionalidade e genuína conexão com os fatos e evidências do caso enfrentado.

É essencial que alguns assuntos devam ser devidamente provados, visto que nem tudo se encontra dentro do campo discricionário do decisor, nem ao livre arbítrio

de suas ideias, e, que muitos casos, especialmente de complexidade elevada, demandam percuciente análise e devida comprovação dos elementos fáticos e probatórios existentes nos autos. Streck (2016) resume bem o problema:

Ainda que ocorram desvios subjetivos numa decisão, falar em decisão não soa como falar em escolha. Quando perguntamos algo a um juiz no processo, não queremos saber qual a opinião pessoal dele, que poderia ser substituída por qualquer outra opinião; o que a comunidade espera dele é uma fundamentação que atenda aos princípios sob os quais ela se constitui em verdadeira comunidade. [...] Afinal, para seguir democratizando o nosso processo judicial, verificamos como seus instintos precisam ser repensados para garantir controles formais e substanciais sobre a tomada de decisão, acabando com aquilo que os hermeneutas chamam de solipsismo judicial e os habermasianos chamam de privilégio cognitivo do juiz. E o tal livre convencimento vem servindo há anos de álibi legal-dogmático-jurisprudencial para esses problemas.

Sundfeld (2014, p. 225) sintetiza acertadamente, ao afirmar que usar princípios de forma retórica é preguiça. Logo, para o bem da evolução na aplicação do direito e da interpretação das regras legais, é preciso superar esta arraigada cultura de suporte em argumentos genéricos como pretexto para decisões ativistas, com base em preferências e pressuposições, que, além de representar um risco à segurança jurídica, podem ter consequências imprevisíveis e nefastas para a aplicação do direito.

Diante disso, nos capítulos seguintes, procuramos demonstrar de que maneira o excesso de discricionariedade – na maior parte das vezes tomadas com base em generalizações, inferências e opiniões pessoais do julgador – podem ou não ser legítimas e utilizadas em casos de recuperação judicial, especialmente quando falam do princípio, propósito ou necessidade de preservação da empresa, que não se trata, de todo modo, de conceito supremo apto a justificar decisões voluntaristas e desconectadas dos objetivos da LRE.

CAPÍTULO 2: O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Neste estudo não pretendemos nos alongar em definições conceituais ou principiológicas de direito empresarial, ou sobre a importância da empresa e das atividades econômicas para o desenvolvimento social e econômico, porquanto entendemos que tais questões já estão devidamente esmiuçadas pela doutrina e não necessitam aprofundamento neste trabalho. Da mesma maneira, não temos a pretensão de abordar os princípios gerais da atividade econômica previstos no artigo 170 da Constituição Federal, que servem de fundamento ao propósito de desenvolvimento nacional.

Mesmo ciente das ilações existentes entre o conceito de função social da propriedade e a preservação da empresa, procuramos, primordialmente, compreender a preservação das atividades econômicas como um nítido intuito e diretriz do processo de recuperação judicial. A ideia é separar o conceito dos objetivos do processo (dentre os quais está a preservação da atividade empresarial) dos princípios, que acabam influenciando – e muitas vezes confundindo – o julgador, no intuito de fazer justiça, sem, entretanto, observar as normas estabelecidas pelo legislador.

Neste capítulo, abordamos questões relativas à recuperação de empresas em dificuldades financeiras e os instrumentos jurídicos disponíveis nessas situações, que são a recuperação judicial e a falência. Para delimitar o escopo do trabalho, focamos nosso estudo na recuperação judicial, que tem por objetivo a preservação e efetiva recuperação das atividades da empresa cujo soerguimento ainda é considerado viável. A falência, por sua vez, trata da liquidação organizada dos ativos de uma empresa notadamente inviável.

Um conceito básico de insolvência, na maioria das jurisdições, é quando um devedor não consegue mais cumprir suas obrigações contratuais no curso ordinário de seus negócios, ou se o total de seus ativos for menor que seu passivo (MIRANDA, 2000). Contudo, a insolvência pode atingir tanto as empresas completamente inviáveis, cujo destino será a falência, como empresas que enfrentam complicações financeiras momentâneas ou temporárias, mas ainda podem ser consideradas viáveis e com possibilidade de recuperação.

No caso da falência, busca-se cessar as atividades da empresa insolvente e liquidar seus ativos para pagar suas dívidas. Como na maioria das vezes o valor do ativo será menor que o passivo, a lei estabelece uma ordem de pagamentos, para evitar confusões que ocorreriam no caso de cobranças individuais.

Por isso que processos de falência (liquidação) e recuperação judicial (reestruturação) reúnem em um só feito toda a coletividade de credores da empresa – à exceção dos créditos excluídos do processo por força de lei – no intuito de resolver de forma conjunta e organizada a situação em que um devedor não consegue fazer frente a todas as suas obrigações ante seus credores.

Já na recuperação judicial, a ordem de pagamentos também existe, mas, por outro lado, o propósito não é mais encerrar as atividades e liquidar os ativos da empresa insolvente, mas organizar a sua recuperação e cumprir suas obrigações, o que ocorrerá com a participação ativa dos credores, em um processo judicial presidido pelo Juiz da recuperação.

Esses processos normalmente acontecem quando ainda há uma expectativa na recuperação da empresa, mesmo que à custa da alteração das condições de pagamento das obrigações da empresa. Por isso, a participação ativa dos credores é essencial, visto que a recuperação pode envolver perdão ou desconto (deságio) de dívidas, reestruturação do cronograma de pagamentos, conversão de dívidas em participação societária, venda de negócios (ou parte deles), dentre inúmeras outras medidas de reestruturação das atividades da empresa em dificuldade que serão propostas no processo recuperacional,

Na lição de Fábio Ulhoa Coelho (2013), o “procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores”.

Para isso, tanto os processos de recuperação judicial como de falência dividem os credores em classes; no Brasil, a Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas ou LRE) dividiu as classes em trabalhista (Classe I), com garantia real (Classe II), quirografários (Classe III) e microempresas ou empresas de pequeno porte (Classe IV). E ambos os processos preveem um mecanismo para o tratamento equitativo dos credores de mesma classe (*pars conditio creditorum*), de modo a evitar favorecimentos e condições diferentes entre credores da mesma categoria.

Assim, um dos conceitos basilares da recuperação judicial é a preservação da empresa e sua função social, objetivo previsto no artigo 47 da LRE, que, junto com

a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, faz parte do propósito de superar a situação de crise econômico-financeira do devedor e estimular a atividade econômica.

Referido propósito – tratado como princípio pela doutrina – revela a evidente intenção do legislador de recuperar atividades econômicas viáveis, em vez de encaminhá-las ao encerramento e liquidação de ativos, previstos na falência, ou à situação anterior da concordata. Nesse contexto, passamos a tratar das interpretações conferidas à preservação da empresa pelo Judiciário, bem como seus riscos e consequências.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS OBJETIVOS

O processo de recuperação judicial no Brasil, instituído pela Lei 11.101/05 veio substituir a antiga concordata, que tinha caráter de favor legal concedido pelo Juiz a devedores considerados de boa-fé a partir de requisitos eminentemente formais, sem que fossem considerados critérios que demandassem uma participação efetiva dos credores (PUGLIESE, 2016, p. 7-9).

Desse modo, a Lei 11.101/05 inaugurou uma nova era no processo de recuperação de empresas no Brasil, ao estimular um procedimento estruturado de negociação, que efetivamente contasse com a participação dos credores. A mudança era necessária para colocar o Brasil de acordo com as melhores técnicas e práticas adotadas internacionalmente, visando estimular o investimento, o crédito e o emprego no país (ABRÃO, 1985, p. 186). Para o autor, era premente “a edição de uma Lei que desse margem ao processo de recuperação da empresa”.

Como não poderia deixar de ser, a preservação da empresa tornou-se um dos objetivos da Lei 11.101/05, como previsto em seu artigo 47, que propunha:

[...] 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.

Essa mudança de perspectiva, em prol da preservação da empresa, é demonstrada no trecho a seguir:

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País. O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado (RIBEIRO; BERTOLDI, 2013, p. 489).

De modo geral, pode-se dizer que o grande desafio e objetivo da LRE é a manutenção do “equilíbrio entre o interesse social com o soergimento da empresa, a satisfação dos credores e o respeito aos direitos do devedor” que nada mais é do que a concretização dos objetivos previstos no mencionado artigo 47 da Lei. (SALOMÃO; SANTOS, 2015, p. 01)

Logo, percebe-se claramente a intenção do legislador em reconhecer a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento econômico e social do país, de modo que estampou a preservação da atividade econômica como um dos objetivos do processo de recuperação judicial. Ao contrário do Decreto-Lei 7.661/45, a falência passa a ser medida de exceção, e não mais a regra, primando-se pela aproximação dos credores da atividade do devedor, para que participem ativamente do procedimento recuperatório.

Além disso, evidencia-se o nítido caráter negocial do processo de recuperação judicial, visto que envolve uma negociação de direitos patrimoniais disponíveis e demanda ativa participação dos credores, em especial na votação do Plano de Recuperação Judicial (PRJ), que pode definir o futuro da empresa, encaminhando a recuperação pretendida, no caso de aprovação, ou determinando a sua falência, no caso de rejeição do Plano.

Dessa forma, os poderes que na concordata eram centralizados na figura do juiz, na recuperação judicial são transferidos aos credores, que devem decidir sobre a viabilidade ou não do Plano de Recuperação Judicial apresentado (BEZERRA FILHO, 2006). Também se constata a intenção do legislador em equilibrar o interesse social de soergimento da atividade, com os interesses dos credores, que nem sempre coincidirão com os interesses da empresa em recuperação.

Nesse contexto, se a empresa não demonstrar condições de se reerguer, não lograr êxito na negociação com os credores ou não conseguir cumprir os requisitos

para recuperação quando submetida à LRE, a falência deve ser buscada, visando a alienação dos ativos de maneira rápida e eficiente.

Isso quer dizer que o mero pedido e processamento da recuperação judicial não é garantia de preservação ou recuperação das atividades, mas tão somente meio para se alcançar um fim pretendido, desde que observadas as regras do procedimento recuperatório. Caso a recuperanda não cumpra requisitos previstos na lei, ou os credores não aprovem o Plano apresentado no processo de RJ, o destino da empresa será a falência, com o conseqüente encerramento das atividades e liquidação de seus ativos.

Esse é um tema que merece reflexão, pois de acordo com a LRE, o pedido de recuperação judicial não é uma garantia de preservação, manutenção ou efetivo soerguimento das atividades econômicas, mas tão somente um meio previsto na Lei para que a empresa busque sua recuperação. Portanto, mesmo que a empresa tenha requerido a recuperação judicial, seu destino final ainda poderá ser a falência, caso os credores rejeitem o Plano de Recuperação Judicial proposto, ou mesmo tendo seu PRJ aprovado, se a empresa deixar de cumprir obrigações previstas no Plano, por exemplo.

Essa incerteza faz parte do processo, porque retira do devedor o controle total sobre a continuidade e forma de condução de seus negócios e atrai os credores para a negociação, não apenas quanto aos aspectos econômicos das dívidas, mas também com relação à forma de gestão da empresa e de seus ativos. Representa, assim, uma maior participação dos credores na formulação do plano de recuperação da empresa.

Campinho (2008, p. 12) afirma que “o estado de crise econômico-financeira vai se revelar, assim, transitório e superável pela vontade dos credores, a qual conduzirá ao objetivo do procedimento, qual seja, a recuperação da empresa”. Além disso, destaca que “o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação” (CAMPINHO, 2008, p. 12).

Desse modo, é cristalino que o processo de recuperação judicial alterou a cultura de favor legal então existente na concordata, de elevada participação judicial, para a efetiva participação dos credores, mesmo que a deliberação da Assembleia Geral de Credores (AGC) ainda precise ser homologada pelo Juiz da recuperação, conforme destacado por Paulo Aragão e Laura Bumachar (2006, p. 115):

[...] apesar de o novo regime retirar do juiz parte do poder de intervenção na decisão concreta referente ao destino da empresa, fazendo com que a matéria passe a ter um enfoque econômico, em detrimento do processualismo exacerbado, a Assembleia Geral de Credores continua sendo órgão deliberativo e, justamente pelo fato de a deliberação depender de homologação judicial para produzir efeito, tal assembleia não possui poder decisório final, o qual continua, em última análise, cabendo ao magistrado, diante dos conflitos que, inequivocamente, surgirão nesse tipo de conclave.

Não foi por outra razão que o Senador Ramez Tebet, em seu relatório sobre o PLC 71/2003, que resultou na Lei 11.101/05, elencou como um dos princípios fundamentais do sistema de insolvência a participação ativa dos credores:

PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS CREDITORES. Fazer com que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, em defesa de seus interesses, otimizem os resultados obtidos, diminuindo a possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

Assim, verifica-se que desde o nascedouro da LRE, foi intenção do legislador conferir aos credores papel fundamental no processo de construção, negociação e aprovação da recuperação judicial, e conseqüentemente na preservação da empresa, mormente pela exigência de aprovação do Plano de Recuperação Judicial (PRJ) pelos credores em AGC e pela definição de regras e critérios objetivos para a aprovação ou rejeição do referido Plano na Lei.

Além da preservação da empresa e da participação ativa dos credores no processo de recuperação, cumpre destacar outros princípios que regem o processo de recuperação judicial, como (i) a separação dos conceitos de empresa e empresário; (ii) a recuperação das empresas e dos empresários recuperáveis; (iii) a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (iv) a proteção dos trabalhadores; (v) a redução do custo do crédito no Brasil; (vi) a celeridade e eficiência dos processos judiciais; (vii) a segurança jurídica; (viii) a maximização dos ativos do falido; (ix) a desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e finalmente (x) o rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial (CAMPINHO, 2008).

Nada obstante, conforme demonstramos no decorrer deste trabalho, a doutrina e a jurisprudência pátria têm decidido de forma a adotar o princípio da preservação da empresa de forma predominante em relação aos demais princípios de igual hierarquia, posto que contidos no mesmo texto legal.

Mamede (2014) afirma que a preservação da empresa é uma das metanormas orientadoras do direito empresarial, cujos alicerces estão fincados no reconhecimento de sua função social. Por isso, a crise econômico-financeira da empresa é tratada como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado.

É o caso da decisão do STJ que decidiu não ser possível dar interpretação ao caso concreto que vá de encontro aos princípios da preservação da empresa e manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, sob pena de “sepultamento” do próprio instituto da recuperação judicial:

[...] Nessa ordem de ideias, a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto. É interessante notar, também, que o novo sistema de insolvência empresarial brasileiro abandonou o movimento pendular das legislações até então observadas no cenário mundial, cuja ênfase era pela liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, ou ora pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa. Agora, pela teoria da superação do dualismo pendular, há consenso, na doutrina e no direito comparado, no sentido de que a interpretação das regras da recuperação judicial deve prestigiar a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, e não os interesses de credores ou devedores, sendo que, diante das várias interpretações possíveis, deve-se acolher aquela que buscar conferir maior ênfase à finalidade do instituto da recuperação judicial.[...] (STJ, Recurso Especial 1337989/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em: 08 mai. 2018)

No entanto, a preservação da empresa não é o único objetivo do processo de recuperação judicial, nem teve caráter superior ou de prevalência em relação às demais regras contidas no mesmo dispositivo legal conferido pelo legislador. Embora seja assente que a preservação da empresa está relacionada à sua função social, além de representar o evidente propósito do processo de recuperação judicial, os ditames do art. 47 da LRE também colocam no mesmo grau de finalidade o interesse dos trabalhadores e dos credores, que nem sempre coincidirão com os interesses da empresa, ou com a sua efetiva preservação.

Mesmo que a preservação da empresa seja objetivo óbvio da recuperação judicial, deve-se ter em mente que a Lei estabelece as regras do processo, o que inclui obrigações da empresa recuperanda, limites à atuação judicial, observância às regras do processo de recuperação e igualmente respeito aos interesses dos credores.

À vista disso, compreendemos que os princípios que regem o processo de recuperação judicial devem ser lidos de forma sistemática e teleológica, principalmente porque fazem parte de um conjunto de intenções traduzidas pelo legislador no texto legal. Conforme exposto no capítulo anterior, também vemos uma confusão interpretativa do julgador, ao adotar um objetivo da norma como um princípio superior, supostamente apto a afastar normas de igual hierarquia.

Não vemos como aplicar um princípio ou objetivo em detrimento dos demais, em uma espécie de primazia ou superioridade normativa/interpretativa, conforme demonstramos nos casos expostos neste trabalho. Não é razoável que as próprias regras sejam afastadas em nome do objetivo final, que não pode ser assegurado pela mera vontade da devedora ou do juiz da causa (no intuito de “salvar a empresa” contra o comportamento malvado de algum credor), mas sim pelo respeito às regras do processo de recuperação, que também estabelece condições e consequências ao comportamento do devedor.

Logo, procuramos demonstrar os casos em que o julgador está autorizado a interferir no Plano de Recuperação Judicial, por meio do controle de legalidade e que as regras previstas na Lei já comportam o objetivo de recuperação pretendido pelo legislador, além de atenderem plenamente os princípios do processo de recuperação judicial, em especial a preservação da empresa, que em momento algum teve status de superioridade conferido pelo legislador.

Por outro lado, igualmente demonstramos os casos em que a atuação judicial ultrapassa certos limites, especialmente o de não interferência nas questões de cunho econômico-negocial, notadamente em nome da preservação da empresa, que sói ser utilizado como fundamento para a tomada de decisões excessivamente discricionárias, cujas consequências podem ser nefastas à segurança jurídica e ao desenvolvimento nacional.

2.2 CONTROLE DE LEGALIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE DOS CREDORES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como destacado, uma das grandes diferenças entre o processo de recuperação judicial e o antigo regime da concordata está na participação direta de todos os interessados na manutenção da atividade produtiva da empresa, ou seja, dos trabalhadores e dos credores da empresa em dificuldades, que junto com o próprio devedor, representam na prática os maiores interessados na preservação/recuperação das atividades empresariais.

Essa participação vincula estes participantes diretamente ao processo recuperacional, conferindo responsabilidades na construção, negociação e aprovação de um plano viável de soerguimento das atividades, além de poderes de controle e supervisão de praticamente todos os atos do processo.

Além dos próprios credores, o procedimento de recuperação judicial conta com a participação do Ministério Público, do Administrador Judicial e, por fim, do Juiz que preside o caso, a quem cabe a última palavra nas questões envolvendo a legalidade no processo de recuperação.

Assim, comungando o princípio de participação ativa dos credores com a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário¹³, consolidou-se o entendimento de que cabe aos credores decidirem as questões de cunho econômico e comercial do Plano de Recuperação Judicial, por envolverem direitos patrimoniais disponíveis, enquanto as questões afetas à legalidade do Plano devem ser analisadas pelo Juiz.

Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência têm compreendido que cabe aos magistrados o poder de realizar o controle de legalidade sobre elementos formais e legais da assembleia e o plano de recuperação judicial, estando vedada a manifestação sobre questões de cunho econômico-financeiro dos planos apresentados, respeitando assim, a soberania da Assembleia Geral de Credores.

Cabe ressaltar importante decisão nesse sentido do STJ, proferida pela Ministra Nancy Andrighi:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUIMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. 1.Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013.Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1660195/PR, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, julgamento em: 04 abr. 2017)

O professor Daniel Carnio Costa (2017), juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, destaca que o controle de legalidade é realizado em quatro fases distintas: (i) controle de legalidade das cláusulas; (ii) verificação de vícios na aprovação do plano pelos credores em AGC; (iii) análise da legalidade da extensão das cláusulas aprovadas; e (iv) apuração da existência do voto abusivo.

Ademais, além da análise da legalidade da AGC ou de eventuais cláusulas abusivas do PRJ, o Magistrado, com auxílio do Administrador Judicial, realiza o controle de legalidade de eventuais questões processuais do próprio processo de RJ, função inerente à sua atividade de presidir o processo de recuperação judicial e coibir eventuais abusos no processo.

Dentre as diversas questões sujeitas ao controle judicial de legalidade, uma das mais conhecidas é a tentativa de aprovação de um Plano que estabeleça a exclusão de coobrigados em contratos de financiamentos bancários, inclusive para credores que não estavam presentes ao ato, ou que não concordaram com a disposição prevista no PRJ. Nesse caso, referida condição não pode ser aplicada aos credores não aderentes expressamente ao Plano, por violação ao artigo 49, §1º da Lei 11.101/05¹⁴.

Outros elementos recorrentes são a aprovação de Planos que contenham condições econômicas piores do que as originalmente previstas aos credores ausentes na AGC, em clara afronta ao artigo 56, §3º da LRE¹⁵, ou a previsão de

¹⁴ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

¹⁵ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. [...] § 3º O plano de

alienação de bem objeto de garantia real sem a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, que infringe o art. 50, §1º da LRE¹⁶.

Como se vê, nos processos de recuperação judicial são diversas as propostas de recuperação cujas condições estejam em nítido descompasso com o previsto na lei, cabendo ao Judiciário atuar para reprimir tais condutas.

De outro norte, a jurisprudência também entende possível o controle de legalidade do voto do credor em AGC, quando verificada sua abusividade, assunto que é objeto de intensos debates, uma vez que não é claro o limite entre o exercício simples do voto ou o abuso de direito pelo credor. Além disso, até a reforma promovida pela Lei 14.112/20, a legislação não estabelecia critérios objetivos que permitissem balizar o magistrado para determinar a ocorrência ou não de votos abusivos.

Em determinados casos, por exemplo, um credor relevante em determinada classe acaba detendo o poder de decidir sozinho o destino da votação da referida classe, por deter mais créditos que o necessário para aprovação do Plano, de acordo com a Lei. Nessas situações, por sua posição privilegiada na classe, o credor pode acabar exigindo um pagamento muito diverso do proposto aos demais credores ou classes no PRJ, exercendo poder e influência desproporcional na AGC, e conseqüentemente, no destino da empresa em recuperação.

Em alguns desses casos, quando verificada a atitude meramente egoística do credor e a indisposição a negociar, o Judiciário tem entendido haver abuso de direito, com fulcro no artigo 187 do Código Civil¹⁷ e no princípio da preservação da empresa.

A par disso, cumpre destacar a lição trazida por Pedro Scalzilli, Rodrigo Telechea e Luiz Felipe Spinelli (2016, p. 207), sobre a finalidade do voto em assembleia:

9.4. Finalidade do voto

O voto é um mecanismo de defesa do interesse creditício, de modo que seu exercício por parte do credor deve estar pautado pela satisfação honesta e leal de seu crédito. Essa é a “finalidade econômica” do voto. Perseguindo esse objetivo os credores cumprem seu papel no procedimento assemblear recuperatório.

recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

¹⁶ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

¹⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Porém um dos objetivos centrais do art. 47 é garantir uma deliberação justa e consentânea com os propósitos da LREF. Nesse particular, o voto representa um instrumento essencial para a concretização do princípio da preservação da empresa, diretriz valorativa basilar do direito concursal brasileiro, especialmente, em atenção aos interesses que gravitavam em torno da organização empresarial. Essa ‘finalidade social’ do voto, embora sujeita a determinados temperamentos individuais, impede o exercício do voto abusivo.

Nesse entendimento, os votos dos credores são livres no que diz respeito aos termos econômicos do Plano, mas devem observar os propósitos da LRE acerca da manutenção da atividade econômica e social da empresa, cabendo ao Poder Judiciário coibir o chamado abuso de voto.

Nessa ordem de ideias, a decisão do Recurso Especial n. 1337989/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, privilegia a preservação da empresa em detrimento do voto de um ou poucos credores, no intuito de “salvar a empresa”:

De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano [...] Assim, numa interpretação teleológica e finalista da norma, o intuito de salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos, penso que a aprovação do plano foi realmente a melhor medida. (STJ, Recurso Especial 1337989/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em: 08 mai. 2018)

Na mesma linha é o voto do Min. Antonio Carlos Ferreira, quando adentra especificamente na questão de voto abusivo de credor:

O aresto impugnado, entretanto, concluiu que no caso dos autos, em que há apenas dois credores a compor uma das classes, não é possível que seja deixado ao livre arbítrio dessa minoria o destino da empresa em recuperação judicial, devendo prevalecer os princípios da preservação da empresa e de sua função social. Acrescentou, ainda, com base no conjunto probatórios dos autos, que o voto de rejeição do plano pelos referidos credores teria sido abusivo, tendo em vista a ausência de motivos efetivamente justificantes para a recusa. Tais pontos, aptos, por si sós, a sustentarem o juízo emitido, não foram rebatidos nas razões recursais, aplicando-se, por analogia, o entendimento da referida súmula. (STJ, Recurso Especial n. 1724056/SP, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 23 mar. 2018)

A possibilidade de o juiz afastar o voto de credores sob a perspectiva de eventual abuso de direito também está contemplada no Enunciado n. 45 da I Jornada

de Direito Comercial¹⁸. Entretanto, o abuso de direito somente estará caracterizado se houver uma conduta temerária, individualista e irracional do credor, aspectos que abrem espaço para elevado subjetivismo na decisão.

Por outro lado, se a Lei também privilegiou a participação ativa dos credores – colocando seus interesses inclusive na mesma disposição legal que trata da preservação da empresa – e buscou afastar o magistrado das decisões de cunho negocial, como definir que um credor estaria abusando de seu direito, quando a questão tratar justamente de assunto revestido de caráter econômico/negocial, afeto à livre disposição patrimonial do credor?

Nesse contexto, não estaria o magistrado adentrando à seara econômico-negocial, ao não considerar o voto de um credor, mesmo que movido por interesses egoísticos? Apesar de pacífico o entendimento de que a atuação do Magistrado se restringe ao controle de legalidade, o afastamento de voto consubstanciado na preservação da empresa não estaria evidenciando que a atuação do magistrado não é imparcial, mas voltada primordialmente à recuperação da empresa, mesmo que para isso tenha que ultrapassar os limites de sua atuação?

Em suma, o fato é que a jurisprudência brasileira entende que é possível afastar voto de credor quando este não demonstrar interesse negocial, motivação econômica ou justificativa para rejeição do PRJ. Contudo, essa análise a respeito da razoabilidade do comportamento do credor é extremamente subjetiva, e pode conceder ao Juiz, poderes para se manifestar indiretamente quanto às questões econômicas e negociais do Plano.

Aqui, cabe lembrar a lição de Fábio Ulhoa Coelho (2017):

As oposições ao plano são interpostas pelos credores perante o juízo recuperacional, mas não é o juiz que irá apreciá-las. O julgamento das oposições é feito pelos credores, reunidos em assembleia geral, ao votarem o plano de reorganização. Não se exige que cada oposição seja posta em votação em separado pela mesa da assembleia, posto que o resultado da votação importará o implícito acolhimento ou desacolhimento das razões suscitadas pelos oponentes.

Ou seja, na interpretação do autor, não deve existir controle de legalidade na apreciação dos termos contratuais do PRJ, simplesmente porque inexistente na LRE qualquer dispositivo legal (à exceção do prazo legal de pagamento dos credores

¹⁸ Enunciado 45: “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”.

trabalhistas) que determine como deverá ocorrer o adimplemento dos credores, ou como deverão votar os credores na assembleia.

Nesse sentido, importa destacar decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1631762/SP que definiu que os limites dos Magistrados na análise dos planos de recuperação se restringem à apuração da legalidade dos atos e práticas que antecedem a sua aprovação, não podendo haver interferência nas cláusulas econômicas:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. 1. Recuperação judicial requerida em 4/4/2011. Recurso especial interposto em 31/7/2015. 2. O propósito recursal é verificar se o plano de recuperação judicial apresentado pelas recorrentes - aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo de primeiro grau - apresenta ilegalidade passível de ensejar a decretação de sua nulidade e, conseqüentemente, autorizar a convolação do processo de soerguimento em falência. 3. O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores. 4. Para a validade das deliberações tomadas em assembleia acerca do plano de soerguimento apresentado, o que se exige é que todas as classes de credores aprove a proposta enviada, observados os quóruns fixados nos incisos do art. 45 da LFRE. 5. A concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas. 6. Cuidando-se de hipótese em que houve a aprovação do plano pela assembleia de credores e não tendo sido apontadas, no acórdão recorrido, quaisquer ilegalidades decorrentes da inobservância de disposições específicas da LFRE (sobretudo quanto às regras dos arts. 45 e 54), deve ser acolhida a pretensão recursal das empresas recuperandas. 7. Recurso especial provido. (STJ, Recurso Especial 1631762/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgamento em: 19 jun. 2018)

Portanto, trata-se de questões controversas, que, ao mesmo tempo que buscam a preservação da empresa, também envolvem o limite da atuação (e interpretação) do Judiciário e a extensão da discricionariedade de suas decisões, resultando em relevantes conseqüências não apenas para o processo recuperacional, mas também para a formação da cultura jurídica nacional nesses casos.

2.3 O STAY PERIOD COMO PRECEDENTE DE VOLUNTARISMO JUDICIAL E OFENSA À LEI NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Já atento ao objetivo de preservação da empresa, o artigo 6º da Lei 11.101/05¹⁹ determinou que a decretação da falência ou o deferimento do processamento de recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Além disso, o §4º do referido artigo determina que a suspensão e proibição ocorrerá “pelo prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, prorrogável por igual período, por uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal”. Assim, o chamado “*stay period*” blinda o devedor de ações e execuções, bem como de qualquer forma de constrição judicial ou extrajudicial de seus bens pelo período previsto na Lei.

Em outras palavras, permite ao devedor lidar de forma menos gravosa com o estado de crise econômico-financeira, mesmo que momentaneamente, visto que estará relativamente protegido pelo Estado de eventuais constrições e da indesejada falência (CAMPINHO, 2008, p. 145). Na lição do autor, “terá o devedor um período de tranquilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar a sua empresa”.

Referida suspensão se apresenta adequada ao propósito de preservação da empresa, uma vez que concede um período de “respiro” ao devedor, visando, ao mesmo tempo, readequar o funcionamento da empresa, organizar o processo de recuperação judicial e conferir condições para formular plano de recuperação judicial que atenda os anseios dos credores. Desse modo, a concessão deste período serve para que a recuperanda esteja livre dos infortúnios decorrentes das ações ou

¹⁹ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: [...]

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

[...] § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

execuções que poderiam ter o efeito de arruinar seus ativos e prejudicar ainda mais a sua recuperação.

Portanto, o *stay period* pode ser compreendido como importante instrumento para viabilizar a efetiva recuperação da empresa neste momento de dificuldade, mostrando-se plenamente relacionado aos objetivos de preservação da empresa e estímulo à atividade econômica previstos na LRE.

Cabe ressaltar que a redação anterior da Lei²⁰ previa a concessão de apenas um período de suspensão “absolutamente improrrogável” de 180 dias, “restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

Contudo, a expressa disposição legal foi relativizada desde os primórdios da LRE, ainda em 2008, conforme julgamento que segue:

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AJUIZAMENTO. ANTERIOR. LEI 11.101/05. SUSPENSÃO. PRAZO. 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. PLANO. APROVAÇÃO. IMPROVIMENTO. I. Salvo exceções legais, o deferimento do pedido de recuperação judicial suspende as execuções individuais, ainda que manejadas anteriormente ao advento da Lei 11.101/05. II. Em homenagem ao princípio da continuidade da sociedade empresarial, o simples decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias entre o deferimento e a aprovação do plano de recuperação judicial não enseja retomada das execuções individuais quando à pessoa jurídica, ou seus sócios e administradores, não se atribui a causa da demora. III. Recurso especial improvido. (STJ, CC 68.173/SP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em: 26 nov. 2008)

Verifica-se que em nome da “continuidade da sociedade empresarial”, que é o mesmo que falar em preservação da empresa, autorizou-se o exposto descumprimento de mandamento legal. Ou em outras palavras, afastou-se o conteúdo normativo, em nome do objetivo de preservar-se as atividades da empresa.

Da mesma maneira, o Conflito de Competência n. 112.799/DF reiterou o posicionamento acima destacado, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO DO TRABALHO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DEFERIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, ao Juízo Laboral

²⁰ §4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese alguma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

compete tão-somente a análise da matéria referente à relação de trabalho, vedada a alienação ou disponibilização do ativo em ação cautelar ou reclamação trabalhista. 2. É que são dois valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as conseqüências sociais e econômicas daí decorrentes - como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual aos credores da mesma classe, na busca da "melhor solução para todos" -, e, de outro lado, o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos perante a justiça laboral. 3. Em regra, uma vez deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Distrito Federal. (STJ, CC 112799/DF, Relator: Luis Felipe Salomão, julgamento em: 14 mar. 2011)

À vista disso, questiona-se: se o objetivo da recuperação sempre é preservar as atividades da empresa – visto que decorrência lógica da recuperação de suas atividades – em que momentos ou situações estaria autorizado o expresso cumprimento da disposição normativa, sem que ocorra as já corriqueiras prorrogações do período de suspensão? Na prática, entender que é inviável o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo escoado o prazo de 180 dias – então improrrogável – previsto na LRE, significa não apenas desrespeitar a lei, mas também conferir caráter *ad aeternum* ao instituto do *stay period*, à revelia do previsto pelo legislador.

Assim, constata-se que o STJ se posicionou contra o expresso dispositivo legal, com base tão somente no princípio da preservação e continuidade da empresa, estabelecendo como único critério da prorrogação a inexistência de culpabilidade da recuperanda na morosidade da aprovação do plano, o que além de ser um critério de caráter subjetivo, mostrou-se apenas como mais um suporte argumentativo para a tomada das respectivas decisões.

De todo modo, a interpretação afasta expressa disposição legal em nome de princípio previsto na mesma norma, e, portanto, de mesmo nível hierárquico. Além da injustificada supremacia conferida à preservação da empresa frente à norma cogente, o julgador não define critérios para concessão/obtenção do prazo de prorrogação, nem por quanto tempo tais prorrogações durariam, embora saiba-se que na maior parte das vezes as prorrogações são estendidas até a decisão que concede ou não a recuperação judicial, com base no que for decidido na Assembleia Geral de Credores.

Mesmo que tais entendimentos já estejam pacificados na jurisprudência nacional, os efeitos práticos que tais decisões podem acarretar são nítidos, à medida que decisões manifestamente *contra legem* provocam insegurança jurídica e prejudicam a formação da cultura de respeito às regras do país.

A prorrogação indefinida do *stay period* prejudica também a razoável duração do processo, garantia fundamental prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal²¹, aspecto certamente refletido pelo legislador quando pretendeu limitar a suspensão em 180 dias. Afinal, se a duração se estender indefinidamente ou até a Assembleia Geral de Credores – que por vezes demora anos a acontecer – como é a realidade brasileira atual, a empresa recuperanda perde o interesse na resolução rápida do processo e acaba o incentivo para que a negociação prevista no processo de recuperação judicial aconteça de maneira célere.

Nesse contexto, os Ministros João Otávio de Noronha e Sérgio Mourão Corrêa-Lima (2009, p. 96) já destacavam que o prazo de 180 dias dispostos pelo legislador poderia não ser suficiente para que todo o procedimento acerca do plano de recuperação judicial se desenvolvesse, violando o princípio da preservação da empresa.

Ocorre que a prorrogação indefinida do *stay period* interessa à empresa recuperanda, na medida em que suspende as ações e execuções movidas contra o devedor e afasta a possibilidade de constrição judicial ou extrajudicial de seus bens pelos credores. Em resumo, enquanto a suspensão viger, a medida tem o pernicioso efeito de paralisar o interesse do credor em negociar, visto blindar seu patrimônio no período. Por esta razão que o legislador acertadamente previu um limite no período de suspensão, inicialmente estipulado em 180 dias, de maneira improrrogável, e agora, após a Lei 14.112/20, por 180 dias prorrogáveis uma única vez por igual período, e de maneira excepcional.

Assim, o entendimento do STJ pode até se apresentar favorável às empresas em recuperação judicial, mas produz efeitos econômicos danosos à efetividade do processo de recuperação e contraria a sistemática expressamente prevista pelo legislador, seja ela acertada ou não. A despeito de tais decisões poderem ter sido

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

proferidas no intuito de buscar a aplicação mais justa, na visão do intérprete, o desrespeito ao claro texto legal afronta também o princípio da separação dos poderes, tornando-se perigoso precedente de aplicação ativista e de discricionariedade excessiva do Poder Judiciário. Além disso, também violariam a limitação do magistrado de não se imiscuir nas questões de cunho negocial do Plano e limitar-se ao controle de legalidade de suas condições.

Por essas razões, entendemos que a aplicação desmedida do princípio da preservação da empresa deturpa a cultura dos processos de recuperação judicial, uma vez que desloca a expectativa dos agentes do período de duração do *stay period* em 180 dias – tal qual delineado pelo legislador – para toda a duração do processo de recuperação, por ser esta a mensagem clara do Judiciário sobre o assunto.

Se o legislador previu o período de *stay period* em 180 dias, além de estar consentâneo com os objetivos e demais princípios do processo recuperatório, também foi porque pretendia conferir celeridade ao processo de recuperação, almejando que as partes buscassem rápida solução negocial e reestruturação das atividades da empresa em dificuldades. Nesse sentido, a não prorrogação prevista na Lei servia, ao mesmo tempo, como incentivo à razoável duração do processo, e, por outro lado, como alerta ao devedor para que fosse diligente na condução de seu processo de recuperação.

Em todo o mundo são perseguidas medidas para reduzir o tempo necessário para satisfação dos credores e resolução do processo de reestruturação, dado que a resolução oportuna do processo de reestruturação está fortemente relacionada com a rápida redistribuição de capital de empresas improdutivas para atividades produtivas, reduzindo assim o risco de alocação de capital. (MENEZES; MURO, [s.d.]) Por isso, as prorrogações indefinidas de *stay period* representam um categórico exemplo de como a porteira da discricionariedade, ao ser aberta, pode deturpar o propósito da norma e causar efeitos deletérios na cultura jurídica e de negócios no país.

Portanto, entende-se que a utilização abstrata e deontológica do objetivo de preservação da empresa como um princípio superior a justificar a decisão de estender indefinidamente o período de *stay period*, ao arrepio de expressa previsão legal, além de prejudicar a percepção dos agentes econômicos quanto à própria aplicabilidade e efetividade do instituto, acabou por gerar danoso precedente no direito brasileiro. Ao utilizar a preservação da empresa como fundamento apto a justificar qualquer decisão que se pretenda tomar em favor da empresa em recuperação, o julgador acaba

extrapolando o limite de sua atuação e adentrando em questões conceituais da Lei, cuja discussão compete à sociedade, por meio de seus representantes eleitos no legislativo.

Ao contrário da justificativa genérica e abstrata, de que o princípio bastaria para justificar infinidades de decisões morais, tomadas com base nas opiniões e preferências ideológicas do julgador, entendemos que há um limite para a tomada de decisões principiológicas, e este é um deles. Afinal, o magistrado não pode ser influenciado por concepções pessoais a formar elementos determinantes em sua decisão que o leve a distorcer o texto democraticamente aprovado, de modo a exacerbar a sua discricionariedade apenas para satisfazer seus caprichos internos (VIEIRA, 2015) e decisões de cunho valorativo-moral e abstrato não se encontram acima da lei, especialmente quando as regras são claras em relação ao assunto.

Dworkin propugnava que se uma norma não fosse clara, os juízes deveriam se voltar para a história legislativa para descobrir qual era o comunicado pretendido pelos legisladores. Mas o exemplo acima serviria se houvessem lacunas ou obscuridades sobre o tema na norma, o que abriria margem para o juízo interpretativo do julgador, destinado a preencher a falha na regulamentação normativa. Não sendo este o caso, não vemos espaço para este exercício hermenêutico arbitrário por parte do Judiciário.

Além disso, dada a nova redação trazida pela Lei 14.112/20, que dentre importantes alterações promovidas na LRE, trouxe a autorização para prorrogação do *stay period*, por igual período (de 180 dias), uma única vez e em caráter excepcional, questiona-se: se a cultura jurídica sedimentada já não considerava a medida excepcional, mas regra, e se o prazo de prorrogação normalmente concedido não era por igual período, mas até a concessão ou não da recuperação judicial, o que mudaria agora?

Embora possa se compreender que a reforma quanto ao período de blindagem patrimonial fosse necessária, dada a complexidade do processo de recuperação judicial, o maior desafio permanece sendo a garantia da segurança jurídica, representada pela efetividade do texto legal.

Novamente, percebemos que a Lei determina expressamente a vontade do legislador, mas sua aplicação encontra entraves na interpretação judicial e pode simplesmente ser ignorada pela jurisprudência pátria. Dada a cultura jurídica brasileira e os já conhecidos excessos na aplicação do direito, é difícil crer que uma alteração

legislativa poderá convencer o Judiciário a seguir sua expressa previsão, sobretudo quando a disposição anterior nem sequer era respeitada.

É nesse contexto que vislumbramos elevados riscos na aplicação do direito, especialmente no exercício interpretativo excessivo por parte do Judiciário nos processos de recuperação judicial, que na sua grande maioria conferem uma espécie de supremacia normativa ao princípio da preservação da empresa.

2.4 ABUSO DE VOTO, FLEXIBILIZAÇÃO DO *CRAM DOWN* E OUTROS CASOS DE OFENSA À LEI 11.101/05

Além das situações de desprezo à expressa previsão legal, a exemplo da prorrogação do *stay period* à revelia do texto legal, cabe ressaltar o desrespeito à soberania dos credores e conseqüente invasão dos aspectos econômicos do PRJ pelo julgador, em decisões sobre abuso de voto, notadamente nos casos de aprovação do PRJ por *Cram Down*²², na forma do artigo 58²³ da LRE, que é a forma alternativa à aprovação do plano por todas as classes, prevista no artigo 45²⁴ da LRE.

Em caso julgado recentemente pelo STJ, da empresa BBKO Consulting S.A., mesmo não atendido o *quorum* previsto no §1º do artigo 58 da LRE, foi concedida a recuperação judicial à empresa que teve seu plano rejeitado em AGC, com amparo no princípio da preservação da empresa. Referido julgado restou assim ementado pela Corte Superior:

DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS LEGAIS. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência do STJ entende pela possibilidade de se mitigar os requisitos do art. 58, § 1º, da LRJF, para a aplicação do chamado 'cram down' em circunstâncias que podem evidenciar o abuso de direito por parte do credor recalcitrante. 2. "Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do 'cram down', preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa,

²² Conforme Deborah Kirschbaum, a expressão "*cram down*" foi importada do direito norte-americano, e, embora não esteja prevista no *Bankruptcy Code*, deriva da ideia de "enfiar goela abaixo" um plano que não contou com a concordância de todas as classes.

²³ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.

²⁴ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores" (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018). 3. O exame da alegada violação do texto legal prescindiu do revolvimento de material fático-probatório dos autos, sobretudo ante o detalhamento, na decisão de primeira instância e no acórdão recorrido, das circunstâncias em que se dá a controvérsia, limitando-se a discussão sobre questões de natureza jurídica. Não incide o óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, Recurso Especial 1551410/SP, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 29 mar. 2022)

Nesse caso, segundo consta da decisão de primeiro grau, a rejeição ocorreu pela objeção de um único credor, que em razão da sua elevada relevância na proporção dos créditos detidos pelos credores, acabou detendo poder suficiente para, isoladamente, rejeitar ou aprovar o plano de recuperação²⁵. Nesse cenário, o Juízo da recuperação acabou anulando o voto do credor sob dois argumentos: abuso de voto e necessidade de preservação da empresa:

Nota-se, num primeiro instante, a abusividade do voto contrário à aprovação do plano de recuperação judicial, dado por instituição financeira Banco do Brasil S/A que, sozinha, é titular de mais da metade dos créditos da Classe III – Quirografária.

O princípio da preservação da empresa, um dos vetores da Lei n.º 11.101/2005, reflete o interesse do Estado na conservação da atividade empresarial, eis que uma infinita gama de interesses, de caráter econômico e social, gravitam em seu entorno.

O artigo 47 da Lei de Falência e Recuperação Judicial é claro a este respeito:

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 pagadora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (grifo meu).

[...] Desta feita, não é razoável rejeitar o plano de recuperação apresentado, com a conseqüente convalidação da recuperação em falência, baseado na vontade externada por apenas 01 (um) dos credores, sendo certo que a preservação da atividade empresarial deve se sobressair aos interesses econômicos da instituição financeira em questão.

²⁵ “O resultado obtido foi o seguinte: votos válidos favoráveis de 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe I Trabalhista; 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe II Garantia Real; 40,55% (quarenta inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) dos créditos e 85,70% (oitenta e cinco inteiros e setenta centésimos por cento) dos credores da Classe III Quirografária; 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe IV ME EPP; e um total de 43,14% (quarenta e três inteiros e quatorze centésimos por cento) dos créditos e 95,20% (noventa e cinco inteiros e vinte centésimos por cento) dos credores presentes.”

Por outro lado, da análise acurada dos termos do plano de recuperação, observa-se a presença dos elementos que lhe proporcionam sentido econômico. Não apresenta, pois, cláusulas ilegais ou abusivas. Trata-se de plano factível, em tese.

Da leitura do julgado, percebe-se como reiteradamente o princípio da preservação da empresa é utilizado como espécie de garantia fundamental – e suprema – para afastar a expressa previsão legal, sem que haja qualquer sopesamento do objetivo da norma de preservar a empresa com quaisquer outros objetivos (ou princípios, como preferir o intérprete). Mesmo que se considere a necessidade de observar a finalidade de preservação da empresa, verifica-se que o interesse dos credores, explicitado no mesmo artigo 47 da LRE, não foi observado com o mesmo grau de importância.

Pode-se verificar que o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites de sua atuação ao afirmar que “em tese”, o plano é factível. Além de opinar sobre a possibilidade da recuperação da empresa, comete o equívoco de afirmar que estaria julgando em tese, o que confirma a generalidade de seu julgamento, baseado em suposições e abstrações, sem adentrar minimamente às particularidades do caso ou perscrutar as possíveis consequências de sua decisão.

Em segundo grau, todavia, o julgado foi reformado no Tribunal de Justiça de São Paulo, acolhendo a rejeição ao plano do credor e conseqüentemente rejeitando o PRJ, cabendo destacar que teriam sido constatados abusos no plano de recuperação judicial que não poderiam ser olvidados, além do desrespeito aos requisitos legais de aprovação do PRJ:

Recuperação judicial – Decisão que homologa o PRJ – Inconformismo do principal credor - Acolhimento – Violação ao disposto nos arts 45, § 1º, e 58, § 1º, da LFRE – Desrespeito, no curso do processamento do pedido de recuperação, aos prazos fixados na lei – Aprovação pela maioria dos créditos quirografários não atingida – Ausência de aprovação da metade dos créditos sujeitos à recuperação – Irrelevância do principal credor ser o único a se opor à aprovação – Instituição financeira que, ao conceder crédito, legitima-se a opinar na recuperação – Inadimplemento que gera custo de mercado e afeta a coletividade como um todo – Inaplicabilidade ao caso concreto da teoria do cram down – Aspectos abusivos do plano que não podem ser olvidados – Excesso de deságio e prazo de carência que se soma ao longo prazo de processamento do pedido de recuperação – Parcelamento sem juros e com limitação de correção monetária que implica em novo deságio, ainda que indireto – Julgador que não pode se transformar em mero homologador de planos de recuperação judicial, sem exercer qualquer juízo de valor, inclusive, sobre o desrespeito aos requisitos legais ensejadores da benesse – Oposição

à homologação justificada – Decisão reformada – PRJ rejeitado -
Recurso provido.

Como vimos, ao ascender ao STJ, a decisão do TJSP foi reformada, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que afastou o voto proferido pelo credor dissidente e concedeu a recuperação judicial, com base no abuso de voto e no princípio da preservação da empresa.

Assim, podemos depreender que a regra de aprovação do PRJ contida no texto legal foi afastada para que fosse aprovado o plano de recuperação da empresa, e conseqüentemente, concedida a recuperação judicial. No entanto, inexistem critérios ou parâmetros que autorizem o juiz a se afastar da regra estabelecida. Isso sem falar que o *cram down* já representa critério alternativo de aprovação de plano, não havendo que se falar em flexibilizá-lo ainda mais.

Nesse contexto, sobreleva destacar a lição de Eduardo Secchi Munhoz, destacada por Simionato (2008, p. 182-183):

O *cram down* da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembleia geral de credores, quase que estabelecendo um quórum alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe.

O que se pode inferir desse e de outros casos semelhantes, é que se o objetivo de preservação da empresa autoriza o juiz a conceder a recuperação judicial rejeitada na forma da lei, como se aprovada estivesse, a regra de aprovação estabelecida na lei vira letra morta, bastando ao julgador que decida quando a empresa cumpre, a seu ver, o “princípio da preservação da empresa”, o que invariavelmente o levará a exercer uma análise econômico-financeira acerca da viabilidade de sua recuperação.

Se para atingir a finalidade da norma, o magistrado está autorizado a desobedecer a própria norma, perde-se totalmente a necessidade de definir-se os critérios de aprovação do plano de recuperação judicial, justamente porque, a prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ, a aprovação ou não do PRJ poderá ser afastada pela vontade discricionária do julgador. A prevalecer tal entendimento, dependerá muito mais da consciência do julgador, do que da regra estabelecida.

Da mesma forma, vemos igual subjetividade quando analisada a questão do voto abusivo, cuja definição fica a critério do julgador, dado o caráter genérico de se definir o que seria o manifesto excesso dos limites impostos pelo fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, definido no artigo 187 do Código Civil.

A abusividade do voto do credor mereceu especial atenção na Lei 14.112/20, por meio da inserção do §6º no artigo 39 da Lei 11.101/05²⁶, estabelecendo que o voto do credor é exercido de acordo com seu juízo de conveniência, e somente poderá ser declarado nulo por abusividade quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem restringindo a possibilidade de declaração de voto abusivo, medida que contribui para coibir o excesso de discricionariedade na atuação judicial nesses casos.

Nessa linha de ideias, João Pedro Scalzilli e Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea propõem a adoção dos requisitos exigidos pelo *Bankruptcy Code* norte-americano pelo Judiciário, para verificação de eventual abuso de direito na votação de plano de recuperação judicial:

Na tentativa de sistematizar a questão, entende-se que são possíveis critérios para averiguar o abuso de voto de credor na deliberação acerca do plano de recuperação judicial: (i) a exequibilidade dos seus termos e condições e, a partir daí, a probabilidade de superação da crise; (ii) a comparação entre a posição do credor na recuperação judicial e em uma eventual falência da recuperanda (*best-interest-of-creditors test*, na expressão utilizada nos Estados Unidos). Assim, se o plano é exequível (capaz de preservar a empresa) e propõe um pagamento superior ao que seria recebido na falência, não haveria interesse legítimo para a rejeição do plano pelos credores – sendo teoricamente possível considerar viciado o voto que revela comportamento excessivamente individualista pelo credor, o que pode ocorrer (mas não necessariamente ocorre), por exemplo, quando se evidenciar a intenção de extrair benefícios exclusivos por parte de credor dominante (ou único) em uma das classes da assembleia ou por ser o credor concorrente do devedor, entre várias outras situações (dentre as quais a jurisprudência tem considerado muitas vezes abusivo o voto contrário à aprovação do plano lançado de modo injustificado ou quando o credor não aceita qualquer proposta realizada pelo devedor, bem como na hipótese de o credor votar

²⁶ Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do **caput**, 99, inciso III do **caput**, ou 105, inciso II do **caput**, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

[...] § 6º O voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem.

contrariamente manifestando seu objetivo de cobrar seu crédito diretamente dos devedores solidários. (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Dentro dos requisitos exigidos pelo *Bankruptcy Code*, o “*best interest of creditors test*” garante que “o credor que votou contra o plano receberá, no mínimo, algo superior ao que receberia em caso de liquidação do devedor” (MARTINS, 2016). Ou seja, ao ser feita a análise do plano de recuperação judicial, os credores devem contrapor, as estipulações do referido plano com o cenário em eventual caso de falência dos devedores, o que nos parece um critério bastante razoável para se aferir o abuso de direito no voto do credor, pois aponta com clareza se há efetiva motivação econômica para a rejeição do PRJ.

Nesses casos, o voto abusivo estaria caracterizado quando na situação falimentar o credor recebesse menos do que seria pago pela proposta de recuperação. Desse modo, entendemos que a observância de tais critérios traria racionalidade ao processo, permitindo identificar os casos de abuso de direito e afastar a discricionariedade excessiva na aplicação do direito pelo julgador.

Quanto ao mais, existem diversas outras decisões judiciais que, conforme destacado, extrapolam o limite de suas competências, para proferir decisões excessivas e voluntaristas, maculando a lei de recuperação de empresas e prejudicando a cultura de segurança jurídica no país.

No caso da recuperação judicial do Grupo Oi, cuja soma do passivo ultrapassou 60 bilhões de reais, e por muito tempo foi a maior RJ do país, o Juiz da recuperação asseverou o seguinte, na decisão que deferiu o processamento da RJ:

As referidas peculiaridades revelam a necessidade de este Juízo exercer o seu mister constitucional de preservação da empresa, fonte de empregos e de riquezas para toda a sociedade. Afinal, ao se socorrerem do Poder Judiciário, neste momento de crise global, as requerentes pretendem superar as dificuldades, a fim de atingir os seus objetivos sociais.

Para que uma recuperação seja viável, cabe ao Magistrado, além de observar o ordenamento jurídico, adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento do dever legal de viabilizar a preservação da empresa, seja ela uma sociedade empresária de pequeno porte ou, como ocorre neste caso, um relevante grupo econômico, com ramificações internacionais, que movimentam bilhões de reais, anualmente. (Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001 TJRJ)

De plano, pode-se constatar o caráter protetor do juízo, que toma para si a tarefa de adotar “*medidas necessárias a viabilizar a preservação da empresa*”. Embora na referida decisão, nenhuma ilegalidade tenha ocorrido, serve como preparo

para as decisões que a sucederam, como o seguinte trecho proferido na decisão que concedeu a RJ do Grupo, em dezembro de 2018:

Temos, então, a inovadora participação ativa dos credores no projeto de recuperação a ser executado, ao mesmo tempo em que o legislador não olvidou em dar entusiástico destaque à preservação da empresa, como fonte geradora de empregos e recursos econômicos, e relevante função social.

Relembrando o acórdão acima transcrito, no cenário de uma recuperação judicial, o princípio da função social da propriedade, bem como da empresa, devem balizar o exercício dos direitos dos acionistas, que não mais se encontram adstrito ao interesse do empresário, mas sim da sociedade empresarial e do interesse social indissociável ao soerguimento da empresa viável, de forma a ser preservada a fonte produtora e geradora de empregos, bens e serviços, a fim de que seja promovida sua função social e estimulando a atividade econômica.

Portanto, inobstante o advento da Lei 13.043/2014, que além de alcançar apenas os débitos fiscais da União, não atenta no caso, aos princípios norteadores da LRF, deve continuar a ser posto em sobreposição o objeto maior do processo de Recuperação Judicial que é a preservação da empresa pelo seu fim social, pela sua natural capacidade de gerar riquezas, empregos e de pagar tributos.

Destaca-se o espírito “entusiástico” conferido pelo magistrado ao princípio da preservação da empresa, além da menção ao “interesse social indissociável ao soerguimento da empresa viável”. O primeiro demonstra, além de dúvida razoável, a adoção do aludido princípio como balizador das decisões judiciais em recuperação judicial. Já o segundo trecho destaca o que é pacífico na compreensão da preservação da empresa, que a manutenção das atividades e promoção da função social somente ocorrem em empresas viáveis.

Na mesma toada, a “*natural capacidade de gerar riquezas, empregos e de pagar tributos*” é questionável, afinal uma empresa inviável pode encontrar melhor caminho na falência, na medida que o encerramento de suas atividades e liquidação de seus ativos seja economicamente e socialmente mais eficientes caso decretada sua quebra. No entanto, é nítido que tais análises se inserem nos aspectos de caráter econômico, que conforme entendimento consolidado, o julgador não está autorizado a adentrar.

No caso acima destacado, dado o enorme porte da empresa, pode-se perceber uma espécie de tratamento protetivo, na linha do entendimento surgido na crise de 2008, de que haveria empresas “muito grandes para quebrar” (*too big to fail*²⁷),

²⁷ Too Big to Fail é uma expressão em inglês que pode ser traduzida ao português como “grande demais para quebrar” ou “grande demais para fracassar”. Esse é um conceito muito comum dentro da

e que por essa razão, mereceriam a proteção do Estado em situações de dificuldade. Em resumo, qualquer plano de recuperação ou quaisquer outras condições eventualmente abusivas apresentadas pela empresa em recuperação seriam acatadas, com o consentimento judicial, em nome de sua preservação, visto que socialmente, na visão do magistrado, a falência da empresa nem sequer poderia ser considerada.

Em outro caso de recuperação judicial, da empresa Heber, embora o Magistrado mencione que “a intervenção estatal apenas se justificaria para criar condições favoráveis à recuperação (superação de crises) de atividades empresariais viáveis”, acaba adotando os mesmos argumentos de cunho social, que não necessariamente correspondem à realidade da empresa:

No mais, a intervenção estatal no âmbito empresarial somente se justifica se for para criar condições favoráveis à recuperação (superação de crises) de atividades empresariais viáveis com vistas à manutenção da atividade produtiva e em função dos reflexos sociais positivos decorrentes do exercício desse tipo de atividade, como, por exemplo, a geração de empregos, de receitas, recolhimento de tributos, circulação de bens ou serviços.

Diante da dificuldade de superação da situação de crise com utilização das soluções de mercado, o Estado deve atuar para criar condições favoráveis à recuperação da empresa, sempre em função dos benefícios sociais que decorrem do exercício da empresa.

Tratando-se de um caso em que a superação da crise é possível, mas somente mediante a atuação estatal, se deve criar um ambiente favorável à negociação entre credores e empresa devedora, a fim de que se possa encontrar uma solução que seja adequada aos interesses particulares envolvidos no processo, mas também, e principalmente, ao interesse social de preservação da empresa e, por consequência, de manutenção de empregos, receitas, serviços e produtos socialmente relevantes.

Colocam-se em confronto os interesses da devedora e dos credores, mas nenhum deles deverá prevalecer sobre o interesse social. A finalidade do processo de recuperação de empresas é atingir o bem social, que será o resultado de uma divisão de ônus entre os agentes de mercado (credores e devedores).

A recuperação da atividade empresarial em crise será benéfica à empresa devedora, que se manterá em funcionamento, mas também será favorável aos credores, ainda que tenham de suportar algum ônus representado por deságio, parcelamento ou algum outro tipo de restrição, na medida em que a devedora continuará em funcionamento, atuando no mercado de maneira importante e, direta ou indiretamente, continuará a beneficiar a atividade do credor (vez

economia política dos Estados Unidos, usado como referência para empresas e organizações que são vitais para a estabilidade financeira do país. Neste caso, se esse tipo de empresa viesse a quebrar, os efeitos seriam devastadores. Desta forma, caso entenda como necessário, um governo poderá intervir a fim de garantir que esses prejuízos não sejam vistos de perto pela sua população. Disponível em: <https://maisretorno.com/porta/termos/t/too-big-to-fail>

que tomará mais crédito, comprará insumos e matérias primas, fará circular riquezas etc.). (Processo n. 1080871-98.2017.8.26.0100 TJSP).

Neste caso, o magistrado confunde os propósitos da lei com princípios aptos a justificar qualquer decisão em favor da recuperanda, sendo possível constatar muito mais a opinião do julgador do que uma fiel e comprometida análise do cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão da RJ. Aliás, tais requisitos são pouco explorados, dando lugar à retórica principiológica do julgador, que reputa essencial observar os objetivos de preservar a atividade produtiva, manter empregos etc. Como era de se esperar, sequer menciona o interesse dos credores, objetivo da lei previsto no mesmo dispositivo legal da norma mencionada pelo julgador.

Embora não se ignore a importância das consequências sociais e econômicas de casos complexos e relevantes como são as recuperações judiciais, são igualmente relevantes as consequências advindas do descumprimento da norma, especialmente no que diz respeito ao comportamento dos demais agentes econômicos.

Não se desconhece da importância da preservação da empresa, cuja finalidade baliza toda a lei de recuperação judicial; nem ignoramos as possíveis consequências que uma situação extrema como a falência pode acarretar. No entanto, é preciso reconhecer que:

- (i) ao manifestar-se sobre as supostas consequências advindas do comportamento dos credores no processo de recuperação – e eventualmente, invalidar os efeitos decorrentes de tais comportamentos – o julgador adentra no aspecto econômico e meritório acerca da análise quanto à viabilidade de determinada empresa, o que seria vedado; e
- (ii) mesmo a análise consequencialista pretensamente realizada pelo julgador pode não estar correta, dado o caráter genérico de suas alegações e a falta de profundidade da análise, confirmando o problema aqui exposto, de fundamentação genérica – e rasa – de questões complexas.

Ou seja, mesmo que o julgador tenha o receio de que certas consequências negativas aconteçam, caso pretenda prosseguir sua análise, deverá aprofundar-se nas eventuais consequências, esquadrihando os efeitos de sua decisão, com base em dados concretos, estudos, prognósticos, e não apenas em opiniões do que suspeita poder eventualmente acontecer.

Nos casos demonstrados, verifica-se que o juiz até tenta busca adotar uma postura consequencialista, porém consegue apenas presumir possíveis consequências para a empresa, não havendo certeza ou mesmo estimativas seguras (ou mais bem fundamentadas ou comprovadas) do que poderá acontecer. Por essa razão, acaba buscando “reforçar” sua fundamentação com argumentos genéricos, principiológicos e abstratos.

Com relação às questões econômicas, destacam-se os seguintes julgados, que esclarecem os limites da atuação judicial nos processos de recuperação judicial:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. 3. Recurso especial não provido. (g.n.) (STJ, REsp 1359311/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em: 09 set. 2014).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE VIABILIDADE ECONÔMICA PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o plano aprovado pela assembleia possui índole predominantemente contratual, sendo vedado ao Magistrado se imiscuir nas especificidades do conteúdo econômico aprovado entre devedor e credores, desde que observados os quóruns previstos no art. 45 da Lei n. 11.101/2005. Assim, a concessão de prazos e descontos para o adimplemento dos débitos insere-se nas tratativas negociais ajustáveis pelas partes envolvidas nas discussões sobre o plano de recuperação, não estando configurado o abuso do direito de voto, na espécie. Precedentes. 2. A questão controvertida foi decidida nos estritos limites do quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, sendo prescindível o reexame de provas ou a análise do contrato. 3. Para que haja o prequestionamento é necessário que as instâncias ordinárias examinem a questão controvertida, não sendo imperiosa a menção expressa do artigo debatido. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 1325791/RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento em: 29 out. 2018)

Conforme destacado no julgado acima transcrito, os Enunciados 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ afirmam expressamente que:

[...] a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade” e que “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Assim, vemos consolidado o entendimento de que o Magistrado não pode adentrar às questões econômicas dos planos de recuperação judicial. Por outro lado, constata-se diuturnamente casos de prorrogação do *stay period*, declaração de abuso de direito e flexibilização de requisitos legais expressos em prol da preservação da empresa, que, na nossa visão, também adentram nas questões de cunho econômico-negocial sobre a viabilidade da empresa em recuperação, que deveriam ser restritas aos credores.

E nesse sentido é a decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.660.195/PR, no STJ:

De seu turno, admite-se ao Poder Judiciário o controle da legalidade das cláusulas aprovadas em consonância com precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: "O juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores" (STJ, REsp 1660195/PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgamento em: 04 abr. 2017).

Além disso, são diversos outros casos que, em nome do princípio da preservação da empresa, mantém abertas atividades inviáveis, prorrogam indefinidamente o período de supervisão de dois anos previsto no artigo 61 da LRE²⁸ (Renuka e Frigoestrela), ou utilizam o instituto da recuperação judicial de maneira disfarçada para proceder uma verdadeira liquidação da empresa (Sete Brasil).

Por fim, importa destacar importante decisão, proferida pelo Ministro Villas Bôas Cueva, que ao julgar recurso sobre a sujeição ou não de Adiantamentos de Contrato de Câmbio (ACC) à recuperação judicial, entendeu que o artigo 49, §4º²⁹, que exclui referidos créditos dos efeitos da RJ, é norma de aplicação cogente,

²⁸ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.

²⁹ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

enquanto o artigo 47 estabelece um princípio, “portanto, do mesmo nível hierárquico”, não havendo razão para que o segundo prevaleça sobre o primeiro:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADIANTAMENTO A CONTRATO DE CÂMBIO - ACC. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ARTS. 47 e 49, § 4º, DA LEI Nº 11.101/05.

1. As execuções de títulos de adiantamento a contrato de câmbio - ACC não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05). Precedentes.

2. Sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa.

3. Recurso especial provido.

"Quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio, salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia". (STJ, REsp. 1279525-PA, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julgamento em: 07 mar. 2013)

Amoldando-se perfeitamente ao nosso entendimento, o eminente Ministro destacou de forma maestral que o princípio da preservação da empresa não é superior às demais regras contidas na LRE, além de salientar que a Lei não ofereceu respostas adequadas à continuidade da atividade empresarial, complexidades que mesmo que objeto de preocupação por parte do julgador, não podem ser utilizadas como fundamento de decisão, especialmente, porque presumidas pelo magistrado.

Se a recuperação judicial resta inviável, embora também grave e custosa, infelizmente outra solução não se afigura juridicamente possível que não aquela dada pela lei, isto é, a decretação da falência da empresa. Mesmo porque, também nessa hipótese, o ordenamento jurídico oferece respostas minimamente adequadas para a continuidade da atividade empresarial, manutenção dos empregos etc., complexidades que foram exatamente objeto das justas preocupações do tribunal de origem.

Em seu julgamento, destaca que não se pode esquecer da distinção entre regras e princípios e que o juízo de ponderação ou sopesamento só é admitido na hipótese de colisão de princípios, não no eventual conflito entre regra e princípio:

No acórdão recorrido, entretanto, procedeu-se a juízo de ponderação, como se houvesse, no caso, conflito normativo em que concorreriam um princípio e uma regra, estipulados em ordenamentos distintos. De um lado, estaria o art. 47, que estatui o princípio da preservação da empresa; de outro, a regra do § 4º do art. 49, que estabelece critério acerca de como os titulares de ACCs são considerados quando a empresa em crise está sob tutela judicial.

Ora, a ponderação é recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de normas da mesma natureza, o que não se verifica no caso.

Não bastasse, percebendo as disposições do art. 47 como realmente principiológicas e as do art. 49, § 4º, como de cogência absoluta, não haveria razão para afastar estas últimas, em prevalência das primeiras. Afinal, estamos diante de dois dispositivos trazidos pelo mesmo veículo normativo, portanto do mesmo nível hierárquico. Nesses casos, quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio, salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia.

Humberto Ávila (2011) esclarece que as regras assumem “função definitiva” estabelecidas exatamente para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios. Nesse sentido, assinala que as regras “tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais”, que é justamente o problema apontado nesse estudo.

Considera, ainda, que a relação entre princípio e regra não equivale a um conflito propriamente dito, mas a uma "conexão substancial", em relação de complementação, e não de oposição, como vemos ser interpretado com frequência. Nessas circunstâncias, a superação das regras seria admissível apenas se houvesse razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade a ela subjacente ou nos princípios que lhe dão suporte, observada a razoabilidade e em juízo de absoluta excepcionalidade, ou no controle de constitucionalidade, atendendo aos condicionantes de ordem material e processual. (ÁVILA, 2011)

Portanto, o que se pode depreender de tais decisões é a vontade do juiz de ajudar a empresa, com fundamento na necessidade de preservar sua função social. No entanto, a mera utilização da preservação da empresa como justificativa para contrariar a lei não encontra sustentação, sobretudo quando acompanhada de análise consequencialista rasa, amparada em meras conjecturas do julgador.

Pelo contrário, ainda que imbuído de intenções nobres, não cabe ao julgador exceder o limite de sua atuação e atuar como verdadeiro legislador, afastando ou flexibilizando normas plenamente consentâneas aos propósitos do texto legal. Se o intuito da LRE fosse salvar todas as empresas em recuperação, sem distinção e em qualquer situação, em nome da preservação das atividades e de sua função social, não haveria por que a lei estipular as regras do jogo, afinal bastaria ao julgador tomar sempre a decisão de preservar a empresa que a finalidade da norma estaria cumprida.

CAPÍTULO 3: CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS E SUBJETIVAS EM RELAÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O direito inevitavelmente estrutura incentivos quando prescreve comportamentos na forma de normas jurídicas (ARAÚJO, 2005, p. 44). Neste capítulo, procuramos demonstrar as consequências do excesso de discricionariedade na interpretação judicial de normas jurídicas, notadamente àquelas que conferem ao julgador maior discricionariedade na tomada de decisão, como é o princípio da preservação da empresa em processos de recuperação judicial.

Como asseverado, não nos parece tratar de um princípio propriamente dito, mas de um evidente objetivo do processo recuperatório, que igualmente, não enxergamos como dotado de caráter hierarquicamente superior aos demais objetivos ou normas do processo recuperatório.

Além disso, os casos apresentados neste trabalho demonstram uma incompreensão do conceito de preservação da empresa e retratam riscos significativos à aplicação do direito. Em primeiro lugar, percebe-se que a descon sideração ou deturpação do texto legal tem o perigoso efeito de abalar a segurança jurídica, ao derruir a previsibilidade da aplicação da lei. Nesse contexto, as expectativas dos agentes econômicos são reduzidas, traduzindo-se em dificuldades para o desenvolvimento nacional.

Muito embora perceba-se a auspiciosa intenção do julgador, as consequências do afastamento da lei são sempre mais nefastas do que o seu cumprimento. Da mesma forma, compreendemos que tanto os princípios como os objetivos da norma balizam a formação das regras, que se presumem adequadas aos valores e propósitos pretendidos pelo legislador quando da formulação da norma.

A interferência estatal excessiva em processos que buscam privilegiar a negociação entre as partes e diminuir a intervenção estatal desacredita princípios de liberdade econômica e fortalece o caráter protetor do Estado. Afinal, se à revelia da lei, a palavra final quanto à efetiva recuperação da empresa sempre estiver com o Magistrado, a ideia de participação dos credores será apenas decorativa, visto que a atuação do Estado será sempre predominante.

É perceptível a tentativa de frear essa cultura de interferência excessiva do Estado. A Lei 14.112/20 promoveu importantes alterações na LRE, assim como a Lei 13.784 (Lei da Liberdade Econômica) buscou instituir normas de proteção à livre

iniciativa e limitar o caráter intervencionista do Estado brasileiro. Esse movimento, contudo, encontra entraves no comportamento do Poder Judiciário, como nos casos demonstrados neste estudo, ou quando persiste em não obedecer a precedentes, por exemplo.

Nesses casos, como demonstramos, percebe-se que os julgamentos que optam por não seguir a lei ou a precedentes são determinados pelas opiniões pessoais e ideológicas do julgador, utilizando a retórica principiológica muito mais como um suporte argumentativo de suas decisões, tomadas igualmente mediante análises meramente presuntivas quanto às consequências que uma decisão ou outra pode representar.

Luciano Timm e Erik Wolkart (2018) afirmam que o método pragmático recrudescer o sistema “manual” referido por Kahneman, especialmente quando apela à capacidade de racionalizar e pensar em consequências a partir de dados empíricos ou científicos, evitando atalhos mentais e escudos morais retóricos não lastreados em dados ou evidências, mas em emoções.

São nesses escudos morais retóricos que vislumbramos uma falta de profundidade decisória e um grande risco na atuação judicante nos casos de recuperação judicial. Se de um lado, o julgador aponta os efeitos deletérios que o eventual fechamento das atividades empresariais pode ocasionar, normalmente não há uma verificação racional e aprofundada sobre os riscos que uma gestão fraudulenta pode representar, ou ainda o risco social e econômico de se manter uma empresa sabidamente inviável “respirando por aparelhos”, por exemplo.

Assim, buscamos apontar possíveis efeitos das decisões apresentadas na segurança jurídica e na economia, além das alterações promovidas pela Lei 14.112/20 e da necessária superação do dualismo pendular e equilíbrio de ônus nos processos de recuperação judicial, doutrina que, embora bastante citada, ainda não está plenamente adotada no Brasil.

3.1 AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS RELACIONADAS AO EXCESSO DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Já destacamos que após a Lei 11.101/05, o legislador pretendeu conferir um caráter mais negocial ao processo de recuperação judicial, privilegiando a participação

dos credores, sobretudo nas questões econômicas do plano de recuperação. Como pontuado, a jurisprudência reconheceu a importância de uma participação mais efetiva dos credores no processo de formulação e negociação do plano, e sedimentou o entendimento de que o Judiciário não deveria adentrar em tais questões.

Nesse cenário, cumpre ao Judiciário a função de guardião da lei, exercendo o controle de legalidade no processo e no plano de recuperação judicial, de maneira que toda decisão judicial que adentrar no conceito de viabilidade da empresa ultrapassará o limite imposto pela legislação e jurisprudência consolidada.

De todo modo, mesmo que fosse permitido ao juiz examinar questões afetas à viabilidade econômica da empresa, não constatamos em nenhuma decisão analisada a racionalização da decisão a partir de dados empíricos ou científicos. Em outras palavras, não vemos evidências baseadas em dados ou fatos comprovados nas decisões que invocam o princípio da preservação da empresa, mas tão somente a retórica principiológica, que representa muito mais emoções, presunções e opiniões do que o direito propriamente dito.

Diante disso, um dos riscos da preservação indiscriminada de empresas é a manutenção ou salvamento de atividades inviáveis, as *zombie companies*³⁰, que utilizarão o processo de recuperação judicial apenas como uma forma de sobrevivência, em busca de algum fôlego financeiro, mas que continuarão em dificuldades, sobrevivendo apenas em razão dos favores concedidos pela recuperação judicial. Caso essas empresas não consigam mais crédito ou deixem de ser auxiliadas de alguma forma, terão seu inevitável destino na falência.

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (Lynn Lo Pucki, apud JORDAN; WARRN, 1993, p. 657).

³⁰ “There is no formal definition of a zombie firm, but it is generally agreed that these firms are economically unviable and manage to survive by tapping banks and capital markets” (Caballero, Hoshi, and Kashyap 2008). (FAVARA; MINOIU; PEREZ-ORIVE, 2021).

Fábio Ulhoa Coelho (2017) destaca que se não houver solução de mercado para a empresa, é porque a princípio ela não comporta recuperação. Assim, se nenhum empreendedor ou investidor enxergar nela uma oportunidade de investimento ou se a reorganização não estimular nem mesmo os seus donos, então o encerramento da atividade e a realocação dos recursos nela existentes atenderia de forma mais eficiente à economia.

Isso nos leva a conclusão de que quando não há solução de mercado, não se justifica a interferência judicial na tentativa de recuperar as empresas. Além de extrapolar os limites de atuação judiciária, pode prejudicar o próprio movimento de destruição criativa³¹ e prejudicar o livre funcionamento dos mercados, visto que em nome do propósito de preservação da empresa, o Estado-juiz pode acabar prolongando indefinidamente uma atividade insustentável.

Da mesma maneira, Jackson (1986) afirma que nem todas as empresas valem mais para seus proprietários, ou para a sociedade, vivas do que mortas, e uma vez reconhecido isso, é preciso se identificar quais empresas a lei deve ajudar e por quê.

Além disso, a retórica principiológica utilizada pelos julgadores não cumpre o papel de demonstrar cabalmente a real necessidade de preservação da empresa, que, como dito, é decisão afeta aos interesses patrimoniais e disponíveis dos credores. Ainda assim, mesmo que estive dentro das atribuições do juiz examinar a viabilidade econômica da empresa, observamos que as análises não se dão com base em uma análise racional dos dados e evidências dos casos.

Pelo contrário, o que notamos são estimativas equivocadas – ou no mínimo incertas – sobre as possíveis consequências econômicas advindas de uma decisão ou outra. Ocorre que tais prognósticos, que de algum modo até poderiam ser considerados consequentialistas, partem comumente de pressuposições incorretas, ou incompletas, visto ser recorrente que inúmeras empresas acabam encerrando suas

³¹ **Destruição Criativa** é uma teoria desenvolvida pelo economista austríaco Joseph Schumpeter para explicar as transformações que ocorrem no Capitalismo, que segundo ele jamais seria estático e está em constante evolução. O fenômeno da Destruição Criativa ocorre quando empreendedores criam produtos ou novas formas de produzir que florescem causando mudanças na economia. A Destruição Criativa tem dois lados. Se por um lado, há inovação e mais opções para as pessoas consumirem e empreenderem, por outro lado, os indivíduos ou instituições que trabalhavam em determinada área antes da inovação podem ficar temporariamente fora do mercado, nunca voltarem a se integrarem a ele ou nunca mais desfrutarem da prosperidade que tinham antes. Schumpeter demonstrou com sua teoria que a dor e o ganho do Capitalismo estão intrinsecamente ligados, pois o processo de estabelecimento de novas indústrias varre a ordem que existia antes. (LIMA, [s.d.]).

atividades, ou se transformando em empresas zumbi, mesmo após todos os esforços do Poder Judiciário em salvá-las.

Uma pesquisa realizada no ano de 2013, pelo jornal O Estado de São Paulo, revelou que, desde o advento da LRE, em 2005, até àquela data, apenas 1% das empresas que haviam ingressado com pedido de recuperação judicial no Brasil haviam efetivamente se recuperado e voltado a operar regularmente no mercado (MARTINHO, 2018).

Em análise à referida pesquisa, Martinho aponta que apesar de a Lei 11.101/05 ter representado uma externalidade positiva na diminuição dos pedidos de falência no Brasil, ainda assim não se constata a mesma proporção de empresas efetivamente recuperadas com o de pedidos de recuperação judicial, demonstrando um elevado grau de ineficiência no processo de recuperação (MARTINHO, 2018)

Em nossa opinião, isso se deve ao fato de que a recuperação judicial tem sido utilizada de forma indiscriminada, sobretudo por empresas inviáveis, que acabam se aproveitando do caráter protetivo do Estado para obter uma sobrevida, mesmo que suas atividades estejam claramente fadadas ao fracasso.

Além disso, confirma a tese de que a preservação da empresa é mais um conceito abstrato de prateleira, utilizado como suporte argumentativo para que o julgador tome a decisão que pretenda, mesmo que contrária à lei. Logo, a incompreensão do instituto acaba abrindo margem para excessos por parte do intérprete, gerando indesejada insegurança jurídica e consequências danosas à economia e ao desenvolvimento nacional.

No Brasil, nem mesmo os juízes sentem-se confortáveis em adotar o sistema de precedentes e replicar as decisões já proferidas por tribunais superiores. Em pesquisa realizada pelo CNJ, mais da metade dos juízes de primeiro grau, desembargadores e ministros de tribunais superiores defenderam poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes e alegaram que o sistema afeta a independência do juiz em sua interpretação das leis (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 77-79).

Ou seja, é uma prova cabal que mesmo diante das soluções criadas e propostas pelo próprio Poder Judiciário, é da cultura da magistratura brasileira não observar decisões ou precedentes vinculantes, para que possam decidir com “mais independência”. Desse ponto, para decidir de forma contrária à lei ou da forma que entender “mais justa” ou adequada ao caso, é um passo, que ocorre diuturnamente,

como demonstramos nesse trabalho. Nesse sentido, Humberto Dalla e Roberto Aragão apontam que “não se pode desconsiderar que quando o Poder Judiciário não se ocupa da harmonização de seus posicionamentos, perde credibilidade, legitimidade e confiança da sociedade” (RODRIGUES, 2016).

Importa frisar que a segurança jurídica está intimamente ligada à confiança que as pessoas ou empresas devem ter nos atos e decisões públicas sobre seus direitos, que evidentemente devem ser praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, produzindo efeitos duradouros pautados nessas mesmas normas jurídicas (CANOTILHO, 2002). Vale ressaltar o conceito de Humberto Ávila (2011):

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas, reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Eros Grau, por sua vez, destaca que essa imprevisibilidade é ainda mais acentuada no caso de colisão entre princípios ou direitos fundamentais. Nesses casos, a ponderação de princípios é feita sem qualquer orientação do sistema jurídico sobre como balizá-los, sendo praticada à margem do sistema, de forma discricionária e perigosamente, na medida em que se sujeita às pré-compreensões e ideologias de cada juiz, levando a uma incerteza sobre o resultado. E nessa inexistência de racionalidade ou diretrizes para nortear a interpretação do julgador, permanece alto o nível de discricionariedade, e por consequência, de insegurança jurídica (GRAU, 2014).

Em síntese, se a preservação da empresa for interpretada sempre nesse caráter supremo e de prevalência a quaisquer outras regras igualmente previstas na LRE, não haveria razão de existir todo um regramento para o processo de recuperação, visto que as decisões seriam sempre tomadas em favor da empresa recuperanda, não obstante, o conteúdo normativo previsto para o processo. Para os casos aqui demonstrados e todos os outros existentes, as regras seriam despiciendas, haja vista que o princípio da preservação da empresa invariavelmente autorizaria o juiz a tomar a decisão que lhe parecer mais justa.

Portanto, a flexibilização ou excesso de discricionariedade na interpretação de conceitos legais causa evidente insegurança jurídica, abrindo margem para o frequente desrespeito às regras e ao arbítrio judicial. Especificamente nos casos de recuperação judicial, também facilita a ocorrência de fraudes, a atuação de maus gestores e a manipulação do processo de RJ, dentre diversas outras condutas que o legislador visou coibir.

3.2 AS SOLUÇÕES PROPOSTAS PELA REFORMA OCORRIDA PELA LEI 14.112/21 E OS DESAFIOS DA SUPERAÇÃO DO DUALISMO PENDULAR E DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No intuito de conferir mais previsibilidade e segurança às relações jurídicas, a Lei 14.112/20 promoveu importantes reformas na LRE, dentre as quais cabe destacar:

- a) Conforme mencionado, na lei anterior, o prazo de suspensão das execuções contra o devedor era de 180 dias e improrrogável. Na nova regra, o prazo de 180 dias continua, porém foi expressamente prevista a possibilidade de prorrogação desse prazo, uma única vez e de forma excepcional (art. 6º, §4º);
- b) A Lei não continha regras sobre a distribuição de dividendos, que agora ficam proibidos até a aprovação do Plano de Recuperação Judicial (art. 6º-A³²);
- c) A LRE também não dispunha de regras sobre mediação, que agora é estimulada, além de ter sido criado o mecanismo de Mediação Antecedente, com suspensão das execuções (art. 20-A e seguintes);
- d) A LRE não previa expressamente a possibilidade de perícia prévia para verificar as reais condições de funcionamento da empresa, agora admitida (art. 51-A³³);

³² Art. 6º-A. É vedado ao devedor, até a aprovação do plano de recuperação judicial, distribuir lucros ou dividendos a sócios e acionistas, sujeitando-se o infrator ao disposto no art. 168 desta Lei.

³³ Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

- e) Não havia a possibilidade de apresentação de Plano de Recuperação Judicial alternativo pelos credores, agora previsto na norma (art. 56, §4^{o34});
- f) O período de supervisão, anteriormente previsto em 2 anos, agora pode ter outro prazo determinado pelo Juízo, e seu prazo máximo será de 2 anos da data da concessão da recuperação judicial, independentemente de eventual período de carência (art. 61³⁵);
- g) O quórum de aprovação da recuperação extrajudicial era de 3/5, tendo sido alterado para maioria simples (art. 163³⁶);
- h) A Lei não continha regras sobre insolvência transnacional, que agora passou a ser disciplinada, mediante regras de cooperação jurisdicional internacional e reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras (art. 167-A e seguintes);
- i) O prazo para extinção das obrigações em caso de falência foi reduzido de 5 para 3 anos, permitindo o rápido recomeço de atividade econômica (arts. 75 e 158);
- j) Foi inserida previsão de voto abusivo, que somente poderá ser declarado quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem (art. 39, §6^o).

Embora não seja o escopo deste trabalho tratar das diversas alterações promovidas pela Lei 14.112/20, verifica-se que o legislador buscou aprimorar a regra, ajustando aquilo que a norma anterior não previa, além de coibir determinadas condutas do devedor e procurar tornar a norma mais eficiente, no intuito de estimular as atividades econômicas e a efetiva recuperação das atividades empresariais viáveis.

Nesse contexto, a reforma representa mais um passo na direção de uma legislação equilibrada, que tenha a preservação da empresa como fim, mas que também esteja atenta aos riscos inerentes ao processo de recuperação e ao

³⁴ § 4^o Rejeitado o plano de recuperação judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia-geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores.

³⁵ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.

³⁶ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

comportamento dos agentes deste processo. Também é aderente à ideia de fortalecer sistemas alternativos de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, facilitar procedimentos judiciais e extrajudiciais para a recuperação de micro e pequenas empresas e facilitar o rápido retorno do empreendedor às atividades econômicas (*fresh start*). (THE WORLD BANK, 2022)

No entender de Daniel Carnio Costa (2018, p. 01), o direito falimentar brasileiro sempre se caracterizou pelo que se convencionou chamar de “dualismo pendular”, em que ora as leis pendiam para a proteção dos credores, ora para os interesses do devedor, sem que houvesse verdadeiro equilíbrio e preocupação com o interesse social da empresa a ser preservada:

É possível observar, ainda, que durante a evolução da recuperação judicial, o instituto oscilou entre a proteção dos interesses dos credores e a proteção dos devedores. Em termos de legislação de insolvência, a maior proteção aos interesses dos devedores evidencia-se pela maior possibilidade de recuperação através da moratória ou da concordata. Ao contrário, quanto menores as possibilidades de moratória, maior o prestígio ao interesse patrimonial dos credores. Analisando-se as características do instituto durante a sua evolução, verifica-se que ora a legislação estimula a moratória e a concordata, para fazer frente a períodos de crise econômica e desenvolver a atividade empresarial, ora a legislação traz maiores limitações a esses institutos, como reação ao abuso dos devedores, inclusive dando tratamento criminal a essas condutas fraudulentas. Evidencia-se, assim, um dualismo pendular durante a evolução do instituto.

[...] Entretanto, segundo a teoria da superação desse dualismo pendular, esse dualismo de proteção legal deve ser abandonado com o reconhecimento de que o que deve orientar o legislador e o intérprete é a busca pela realização das finalidades do sistema dentro do qual as relações de direito material estão inseridas. Deve-se deslocar o foco da proteção/interpretação para a busca da finalidade útil do instituto jurídico. A finalidade do instituto e o bom funcionamento do sistema jurídico devem prevalecer sobre a proteção do interesse de um dos polos da relação de direito material.

[...] Esse raciocínio se aplica totalmente à recuperação de empresas. Muito embora se observe que o pêndulo legal oscilou entre credor e devedor durante a evolução do instituto, deve-se reconhecer que, nesse momento, esse pêndulo deve ser deslocado das partes para a realização eficaz da finalidade do próprio instituto.

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isso se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Como já visto acima, os credores e a empresa devedora devem assumir os ônus para que prevaleça a finalidade maior da lei que vem

a ser a consecução de todos os benefícios sociais relevantes já mencionados. É fácil notar que se nossos Tribunais aplicarem a lei para prestigiar o interesse de alguns setores econômicos ou de classes de credores ou mesmo da própria devedora, correrão o risco de ferir de morte o instituto da recuperação judicial de empresas.

Nesse diapasão, é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e recuperação da atividade produtiva. Superasse, assim, o dualismo pendular em busca da preservação do sistema legal.

Assim, a superação do dualismo pendular pretenderia demonstrar que o sistema normativo de insolvência e recuperação judicial não busca a proteção exclusiva do interesse de credores ou devedores, mas a melhor solução coletiva que conjugue a proteção de todos os interesses atingidos pela crise empresarial, guiados pelo propósito de preservação da função social da empresa.

Ocorre que nem sempre a preservação da empresa será um objetivo coincidente com os interesses dos credores, assim como nem sempre a preservação será possível, por diversas razões, a exemplo da elevada deterioração econômica e consequente inviabilidade das atividades da empresa, que podem inviabilizar o seu soerguimento, tornando a falência a alternativa mais racional do ponto de vista econômico.

Além disso, a preservação da empresa é diretriz do processo recuperatório e não pode ser lida como uma espécie de garantia fundamental à sua subsistência, como princípio superior às demais normas de igual hierarquia, ou como norma de caráter mandamental. Ou seja, o intuito é que as atividades sejam recuperadas, sempre que isso for possível e sempre que a empresa, mesmo em dificuldades, seja viável.

Por isso, mesmo que se afirme que o direito brasileiro tenha adotado a teoria da superação do dualismo pendular, na medida em que os objetivos do processo de recuperação judicial não são direcionados a tutelar exclusivamente nem os interesses dos credores, nem do devedor, a impressão é que os interesses da empresa em recuperação ainda são privilegiados, em razão do caráter protetivo do Estado e da cultura jurídica brasileira, de apego a conceitos jurídicos abstratos, representados pelos inúmeros princípios adotados em nosso ordenamento jurídico.

É certo que os benefícios econômicos e sociais decorrentes da preservação da atividade econômica superam os prejuízos advindos do encerramento de uma

empresa. Ocorre que essa análise não pode ser feita de forma genérica, superficial e baseada em suposições. Afinal, caso o julgador acredite que uma empresa aberta é sempre melhor que uma empresa fechada – mesmo que sua gestão seja ruínoza, fraudulenta ou corrupta, por exemplo – ele sempre irá aplicar o princípio da preservação da empresa em prevalência aos demais interesses e objetivos do processo recuperatório.

Nesses casos, não podemos dizer que há a superação do dualismo pendular, visto que persiste existindo o desequilíbrio que se pretendeu deixar para trás. Como abordamos neste trabalho, não defendemos a não aplicação do princípio da preservação da empresa, que norteia todas as regras e o funcionamento do processo de recuperação judicial, mas, por outro lado, combater a aplicação desmedida de conceitos abstratos como fundamento para tomar decisões que afrontem a lei.

É certo que um processo de recuperação judicial implica em sacrifício aos credores, por meio do abatimento da dívida, alongamento de prazo de pagamentos, redução dos encargos, dentre outras medidas. O que não vemos como razoável é o afastamento ou flexibilização de regras em prol de uma suposta preservação que não se sabe se irá realmente acontecer.

Uma vez que as decisões judiciais tomadas com fulcro na preservação da empresa ocorrem sem que haja o necessário aprofundamento sobre a viabilidade da recuperação da atividade econômica, o que se verifica é que muitas empresas inviáveis (*zombie companies*) acabam prolongando seu tempo de vida, sem devolver, em contrapartida, reais benefícios econômicos e sociais decorrentes de sua preservação.

Nesse aspecto, convém citar a lição de Daniel Carnio Costa (2015, p. 23), na sua teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial:

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para o pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumpre a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carreando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social. Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, e o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorveram o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços, e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final.

Assim, embora o citado autor e outros tantos apontem a necessidade de conjugar a preservação da empresa com os demais interesses previstos na própria LRE e com a própria viabilidade da recuperação da empresa, que é o que garantiria o equilíbrio nos processos recuperatórios, na prática vemos que o dualismo pendular ainda não foi superado, e com isso, também ainda não logramos alcançar a divisão equilibrada de ônus almejada.

Enquanto o princípio da preservação da empresa continuar sendo interpretado de forma excessivamente discricionária, sustentando a atuação voluntarista e arbitrária do Judiciário em favor de empresas em recuperação, ainda não teremos alcançado a maturidade e profundidade necessárias à condução dos processos de recuperação judicial.

Na linha do exposto, a excessiva interferência estatal/judicial nos processos, especialmente quando intervém nas questões relativas aos aspectos econômico-financeiros do processo, ou quando desrespeita o texto legal, comprometem sobremaneira a segurança jurídica e o ambiente de negócios no país, e impõe um custo social maior que o previsto:

O que justifica, então, o instituto da recuperação judicial num direito fundado na livre-iniciativa e livre concorrência? Sem as soluções de mercado, para a empresa em crise superar suas dificuldades, será necessário impor aos credores um sacrifício (o valor de seus créditos será reduzido ou o vencimento, postergado). Esse "custo" da recuperação judicial é "social", porque os credores posteriormente procurarão compensar suas perdas aumentando os preços dos produtos e serviços; portanto, o custo da recuperação judicial será suportado por nós, consumidores. (COELHO, 2021, p. 347)

Nesse sentido, especialmente após a Lei 14.112/20, observamos significativo progresso no propósito de melhor regular a lei de recuperação, na medida que os

pontos alterados na reforma legislativa podem socorrer as empresas em dificuldades, atender aos interesses dos credores e contribuir para um maior desenvolvimento econômico. É sabido que sistemas de insolvência eficientes são associados a crescimento econômico, maior acesso ao crédito, preservação de empregos, maior produtividade e segurança jurídica.

Apesar disso, a desmedida aplicação discricionária do princípio da preservação da empresa, no Brasil, pode ter o efeito de anular os avanços conquistados pelo legislador, uma vez que a atuação excessiva do Judiciário tem gerado insegurança jurídica e prejudicado o ambiente de negócios especialmente quando se afasta dos limites de sua atuação ou quando deixa de observar o texto legal sem justificativa razoável. Portanto, a interpretação do processo de recuperação judicial deve continuar tendo em mente a preservação da empresa, mas também lembrar que a divisão equilibrada de ônus pressupõe que a balança de interesses não deve pender para nenhuma das partes no processo.

CONCLUSÃO

Poucos assuntos no direito são tão óbvios como o propósito de recuperar empresas, previsto no artigo 47 da LRE, que trata dos objetivos da recuperação judicial. Diferente da falência, cujos objetivos são preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia, e viabilizar o retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

Nesse sentido, o procedimento de recuperação judicial representou um importante avanço em relação à antiga concordata, que tinha como propósito apenas proporcionar um fôlego financeiro momentâneo e evitar ou prorrogar a falência do devedor. Como expomos neste trabalho, o protagonismo judicial foi afastado e deu lugar à participação mais ativa dos credores no processo de renegociação e reestruturação das atividades do devedor. Da mesma forma, a preservação da empresa foi alçada a objetivo maior do processo, e passou a nortear a tomada de decisões judiciais nestes casos.

Contudo, apesar de ser uma diretriz fundamental do processo de recuperação, não tem o caráter de princípio fundamental ou superior às demais regras, princípios e interesses previstos na mesma norma. Significa dizer que mesmo que a preservação da empresa seja almejada no processo de recuperação, ela não é regra única, nem princípio maior que pode ser aplicado de maneira prevalente pelo juiz.

Além disso, no Brasil é arraigada a cultura de tomada de decisões com base em valores jurídicos abstratos, utilizados corriqueiramente como suporte para decisões pouco fundamentadas. Como demonstrado, são elevados os riscos de decisões judiciais tomadas com base nas opiniões pessoais do julgador, que pouco se atenam às evidências ou fatos comprovados do caso. Apesar de representar uma cultura decisória, nacional, é importante que sejam incorporadas novas tendências, como a análise das consequências práticas da decisão – conceito trazido pela LINDB – o pragmatismo e o racionalismo, que poderão orientar o Judiciário para a tomada de decisões mais úteis, eficientes, e menos abstratas.

Por isso vemos incoerências quando notamos o evidente objetivo de preservação da empresa, previsto na LRE, sendo aplicado como princípio supremo e inquestionável, utilizado para salvar empresas que os credores consideraram

economicamente inviáveis, ou irrecuperáveis, por exemplo. São corriqueiras as decisões que, em nome da preservação da empresa, conferem uma espécie de primazia ou prevalência ao aludido princípio e atribuem ao julgador o poder de discricionariamente afastar outras normas quando bem lhe convier.

Decisões judiciais amparadas no simples e abstrato conceito de que as atividades de uma determinada empresa devem ser preservadas – e neste contexto, regras contidas na mesma norma, presumidamente constitucionais e de igual hierarquia, poderiam ser afastadas – nos parecem demasiadamente injustificadas e desproporcionais, visto colocar a conveniência e opinião pessoal do julgador sobre o que é justo ou que deveria acontecer acima do texto legal, decidido soberanamente pelo legislador.

Conquanto não vislumbremos qualquer falta, inadequação ou mesmo antinomia de normas que justifique a inobservância ou afastamento de regras contidas na LRE, não entendemos como a preservação da empresa possa ser utilizada como uma espécie de princípio da dignidade da pessoa humana, equiparando-se a garantia fundamental à sobrevivência da empresa, que cabe salientar, nunca foi assim definida pelo legislador.

Neste apanhado, entendemos que os objetivos do processo de recuperação não contêm a elevada carga principiológica que lhe é atribuída, mas, como salientado, fornecem importantes direcionamentos à aplicação da lei. Em outro sentido, os objetivos da lei devem ser interpretados como diretrizes, propósitos traçados pelo legislador para guiar os processos de recuperação em direção à sua finalidade, sem assumir, contudo, valor supralegal que autorize o afastamento de regras de igual valor hierárquico contidas na própria LRE.

Buscamos compreender melhor esta interpretação, que acabamos concluindo estar relacionada à costumeira utilização de conceitos abstratos em nosso ordenamento jurídico, com base em opiniões pessoais, presunções, regras de experiência ou no livre convencimento do julgador, conforme expomos no primeiro capítulo.

Por isso, reputamos essencial abordar inicialmente as questões hermenêuticas atinentes ao excesso de discricionariedade e voluntarismo em decisões judiciais, para então explorar os excessos cometidos na tomada de decisões em processos de recuperação judicial, especialmente em nome do princípio da preservação da empresa, mas também com relação ao abuso de direito.

Por meio da análise de casos explorada no segundo capítulo, buscamos apontar que as decisões tomadas em nome da preservação da empresa careciam de exame aprofundado, não observando as evidências e particularidades do caso concreto submetido à apreciação judicial, nem as prováveis consequências práticas das decisões. Nestes casos, buscamos compreender porque tais decisões acontecem, porquanto na maioria das vezes são despidas de justificativas plausíveis ou de uma análise mais detalhada das circunstâncias de cada caso. Ao fim, concluímos que representam as opiniões pessoais do julgador, em um perigoso movimento voluntarista do Judiciário.

Esperamos que os casos analisados sirvam para refletir sobre o excesso de discricionariedade nas decisões judiciais, especialmente em processos de recuperação empresarial, que envolvem questões jurídicas e econômicas complexas e demandam análises mais analíticas, holísticas e sistemáticas. Deste modo, pretendemos que tais reflexões sirvam de base para compreender a aplicação do objetivo de preservação da empresa como princípio supremo e absoluto, que de modo algum deveria ser utilizado como meio de justificar qualquer decisão escolhida pelo julgador como a mais adequada aos casos em apreço.

Portanto, verificamos não haver proporcionalidade (necessidade e adequação) de tais decisões, nem justificativa convincente nos casos apresentados, além de não haver uma reflexão séria sobre as consequências de referidas decisões na segurança jurídica e na formação da jurisprudência e cultura jurídica nacional sobre a necessidade de preservação da empresa.

São diversos aspectos e particularidades que demandam análise criteriosa por parte do julgador, e, não podem ser substituídos pelo princípio de plantão em nome de um suposto objetivo social universalmente perseguido, que não raro é fruto tão somente da consciência do próprio julgador. Por isso, entendemos que as minúcias de cada caso são distintas e, dentro de cada cenário, irão compor o quadro a ser avaliado e cuidadosamente ponderado pelo julgador, que deve buscar equilibrar todos os interesses e objetivos previstos no processo de recuperação judicial, sem prevalência alguma, além de observar as regras expressamente previstas na LRE.

Afinal, se conferir um status de superioridade ao objetivo de preservação da empresa realmente fosse a intenção do legislador, não haveria razão, por exemplo, de incluir os interesses dos credores junto dos demais propósitos da recuperação judicial – até porque a preservação da empresa estaria sempre acima dos demais

objetivos do processo – ou de estabelecer regras detalhadas sobre o processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, finalizamos mencionando avanços trazidos pela Lei 14.112/20, que, contudo, podem não ser efetivos em razão da interpretação judicial excessivamente discricionária quanto à aplicação do princípio da preservação da empresa. Na superação do dualismo pendular e divisão equilibrada de ônus pretendida pelo processo de recuperação não há espaço para super princípios, que tenham o poder de afastar normas e determinar os rumos do processo, mas sim para a equilibrada conjugação de interesses no processo e o respeito às normas, sem o qual não haverá segurança jurídica e ambiente favorável ao desenvolvimento econômico e social em nosso país.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia São Paulo**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo. Saraiva, 1980.
- ALBERGARIA NETO, Jason Soares de; FRANÇA, Graziela Resende Carvalho Sacramento. Análise Econômica do Direito. *In: Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 14, n. 3, p. 13-25, 2017.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Berlin: Suhrkamp Verlag AG, 1986.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. A assembleia geral de credores na lei de recuperação e falências. *In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 2013. 278 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In: Rev. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., ampl., São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 15, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *In: Revista Publicum*, Rio de Janeiro, vol. 4, 2018.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOUDON, Raymond. **O justo e o verdadeiro**: Estudos sobre a objetividade dos valores e do conhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 68.173/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em: 26 nov. 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601765438&dt_publicacao=04/12/2008. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 112799/DF**. Relator: Luis Felipe Salomão, julgamento em: 14 mar. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001179288&dt_publicacao=22/03/2011. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1279525-PA**. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julgamento em: 07 mar. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101533985&dt_publicacao=13/03/2013. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1359311/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em: 09 set. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200468448&dt_publicacao=30/09/2014. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660195/PR**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgamento em: 04 abr. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600432808&dt_publicacao=10/04/2017. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1724056/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 23 mar. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201800334385&dt_publicacao=03/04/2018. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1631762/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgamento em: 19 jun. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602683932&dt_publicacao=25/06/2018. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1337989/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em: 08 mai. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102695785&dt_publicacao=04/06/2018. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1325791/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento em: 29 out. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801725807&dt_publicacao=05/11/2018. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AO 1773/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em: 21 mar. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314033184&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria de constituição**. 6. ed., Coimbra: Almeida, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. Smart Contracts ou “contratos inteligentes”: o direito na era da blockchain. **In: Revista Científica Disruptiva**, vol II, n. 1, 2020. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/75>. Acesso em: 20 jun. 2022.

COASE, Ronald H. The problem of Social Cost. **In: Journal of Law and Economics**, vol. 3, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 12. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

COOTER, Robert. **Na Introduction to Law and Economics**. 6. ed., Boston: Pearson, 2007.

CORREA, Rodrigo Coloma; JUAN, Claudio Agüero San. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. **In: Revista chilena de derecho**, vol. 41, n. 2, p. 673–703, ago. 2014.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **In: Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59–77, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Vol. 2, Curitiba: Juruá, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. O critério Tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial. *In: Migalhas*, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046-O+criterio+tetrafasico+de+controle+judicial+do+plano+de+recuperaçao>. Acesso em: 20 jun. 2022.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação judicial: procedimento. *In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Comercial. 1. ed., São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em: 20 jun. 2022.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *In: Minnesota Law Review*, 2007. Disponível em: https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

DAMASKA, Mirjan R. **Evidence law adrift**. London: Yale University Press, 2008.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. *In: Justificando: mentes inquietas pensam Direito*, 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 19, n. 75, 2019.

DIDIER JR., Fredie; EID, Elie Pierre; ARAGÃO, Leandro Santos de. Recuperação judicial, execução fiscal, stay period, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-b do art. 6º da lei 11.101/2005. *In: Revista de Processo*, 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/63562893/Recupera%C3%A7%C3%A3o_judicial_execu%C3%A7%C3%A3o_fiscal_stay_period_coopera%C3%A7%C3%A3o_judici%C3%A1ria_e_preserva%C3%A7%C3%A3o_da_empresa_compreendendo_o_7o_B_do_art_6o_da_Lei_n_11_101_2005. Acesso em: 20 jun. 2022.

DÖHRING, Erich. **La prueba**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAVARA, Giovanni; MINOIU, Camelia; PEREZ-ORIVE, Ander. **U.S. Zombie Firms:**

How Many and How Consequential?. 2021. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/econres/notes/feds-notes/us-zombie-firms-how-many-and-how-consequential-20210730.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FRANK, Jerome. **Law And The Modern Mind.** Nova York: Routledge, 2008.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Impact: How Law affects behavior.** Harvard University Press: Cambridge, 2016.

GABRIEL, Anderson Paiva. **O Pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo.** Temas de Análise Econômica do Direito Processual. 1. ed., Rio de Janeiro: GZ, 2021.

GABRIEL, Anderson Paiva. **O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo.** 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

GABRIEL, Anderson Paiva; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves; NOBREGA, Rafael Estrela. A influência da common law e a necessária modernização de nosso processo penal. *In: Temas de Análise Econômica do Direito Processual*, Rio de Janeiro, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

GREENSTEIN, Richard K. Determining facts: the myth of direct evidence. *In: Houston Law Review*, 2009. Disponível em: <https://houstonlawreview.org/article/4431-determining-facts-the-myth-of-direct-evidence>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra; ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira de. LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. *In: Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 2, p. 439-464, 2020.

HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário: Teoria e prática.** 2010. 653 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *In: Harvard Law Review*, Cambridge, MA, vol. 71, n. 4, p. 593-629, feb. 1958.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo.** 2012. 150 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Cambridge Handbook of Thinking**

and Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão.** Tradução de Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora da Unesp, 2016.

JACKSON, J. D. Law, Fact and Narrative Coherence: A deep look at court adjudication. **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 3, n. 1, p. 81–95, 1990.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of the bankruptcy law.** Cambridge: Harvard University Press, 1986.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Implicit Bias. **In: California Law Review**, vol. 94, n. 4, jul. 2006. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12342&context=journal_articles. Acesso em: 20 jun. 2022.

JORDAN, Robert L.; WARRN, William D. **Bankruptcy.** 3. ed., Westbury, New York. The Foundation Press, 1993.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. **In: the cambridge handbook of thinking and reasoning**, Cambridge University Press, 2005. Disponível em: https://cdn2.psychologytoday.com/assets/model_of_heuristic_judgment.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído:** Uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas SA, 2013.

LANE, Victor H. Presumptions. **In: Michigan Law Review**, vol. 22, n. 3, jan. 1924.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed., Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fondamento del principio dispositivo.** Roma: CEDAM, 1960.

LIMA, Evellyn Caroline Santos. **Destruição criativa.** [s.d.]. Disponível em: <https://www.infoescola.com/economia/destruicao-criativa/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law:** a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.**

Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de empresas.** São Paulo: Atlas, 2014.

MARENGO, R. Note in tema di discrezionalità del giudice civile. *In: Revista de Processo*, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova e convicção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil.** vol. 1, 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MARTINHO, Daniel Möller. **Análise Econômica da Recuperação Judicial: um estudo sobre a eficiência do processo de recuperação.** 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7495>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARTINS, Glauco Alves. O Cram Down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, ano 4, p. 153-193, São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 35. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Direito Processual Romano. *In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 5, p. 219-228, 1998.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENEZES, Antonia; MURO, Sergio. **Forthcoming.** "Addressing Insolvency Risk through Corporate Debt Restructuring Frameworks". World Bank, Washington, DC, [s.d.].

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo XXVII, Campinas: Bookseller, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 27, n. 4, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1989.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MORGAN, Edmund M. Some Observations concerning Presumptions. *In: Harvard Law Review*, vol. 44, n. 6, p. 906-934, abr. 1931.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre Princípio, Regra e “Norma-objetivo”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 1, n. 29, 2011.

NORONHA, João Otávio de; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. Disposições Comuns à Recuperação Judicial. *In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PARDO, Michael S. The Field of Evidence and the Field of Knowledge. *In: Law and Philosophy*, v. 24, n. 4, p. 321–392, jul. 2005.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

PEIRCE, Charles Sanders. **The Essential Peirce: Selected Philosophical Writings**. Volume I. Bloomington: Indiana University Press, 1992.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 35, 2016.

PIPOLO, Henrique Afonso. **Princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: uma análise da sua aplicação na jurisprudência**. 2016. 174 fls. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PORTO, Antonio J. Mristrello. **Princípios de análise do Direito e da Economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatismo and democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *In: Metaphilosophy*, vol. 35, Issue 1-2, Oxford, 2004.

POSNER, Richard A. **How Judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de

Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PROBREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PUGLIESE, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. *In: Revista do Advogado*, São Paulo, Ano XXXVI, n. 131, p. 7-20, out. 2016.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC. *In: Revista de Processo – Direito Jurisprudencial*, vol. 259, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROOSEVELT, Kermit; GARNETT, Richard W. Judicial Activism and Its Critics. *In: University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2006.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Coleção Ciencia Del Proceso, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

SAKS, Michael J.; KIDD, Robert F. Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics. *In: Law & Society Review*, vol. 15, n. 1, p. 123-160, 1980.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *In: Caderno Direito GV*, vol. 5, n. 2, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana S. Direito e Consequência no Brasil: Em busca de um discurso sobre o método. *In: Revista de Direito Administrativo*, vol. 262, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **A Lei de Recuperação Judicial e a questão fiscal**. 2015. Disponível em: <https://alfonsin.com.br/a-lei-de-recuperao-judicial-e-a-questo-fiscal/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In:* PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e pratica na lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Raciocínio probatório por inferências: Critérios para o uso e controle das presunções judiciais**. 2018. 324 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2018.

SILVA, Rafael Cordeiro. Resenha Eclipse da Razão. *In: Trans/Form/Ação*, Marília, vol. 42, n. 1, p. 245-254, Jan./Mar., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/7t8vPCFRCdCMFVHBVpLdLmB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SIMIONATO, Francisco A. Monte. **Tratado de Direito Falimentar**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. *In: Revista Instituto Brasileira de Ciências Criminais*, n. 98, p. 241-266, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - a verdade real?: uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.101, n. 921, p. 359-392, jul. 2012b. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/118356/119215.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. *In: JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (org.)*. **Direito Probatório**, 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2015a.

STRECK, Lenio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **In: Revista de informação legislativa**, vol. 52, n. 206, p. 33–51, 2015b.

STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 371. **In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica por Lenio Streck**: Livro-Carta n.1. São Leopoldo: Edição do autor, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. **Ainda sobre o livre convencimento**: resistência dos tribunais ao novo CPC. [s.d.]. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/20179295328.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle**: Contratações públicas e seu controle. São Paulo: LTr, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral Analysis of Law. **In: The University of Chicago Law Review**, vol. 64, n. 4, p. 1175-1195, 1997.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. **In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, vol. 63, n. 1, p. 63–92, mar. 2009.

THE WORLD BANK. **Chapter 3. Restructuring firm and household debt**. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2022/brief/chapter-3-restructuring-firm-and-household-debt>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TIMM, Luciano Benetti. **Parecer**. 2018. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2018/11/059092dc-2319-455d-bdc8-6c98e7de2a02.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

TIMM, Luciano Benetti; WOLKART, Erik Navarro. Direito e Economia desmistificados – Parte II: As contribuições da Behavioral Law and Economics. **In: Jota**, Brasília, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificados-parte-ii-18102018>. Acesso em: 01 jun. 2022.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um pós-positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO; Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos**: A magistratura que queremos. Brasília: AMB, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao arbítrio judicial: a nulidade das decisões

genéricas. ***In: O dever de fundamentação do novo CPC: análises em torno do artigo 489.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** 2. ed., reform. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Lei 11.101/05.