

POR UM APROFUNDAMENTO SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO DA EMPRESA EM CRISE: A FALÊNCIA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO¹

GILBERTO GORNATI*²

SUMÁRIO: 1. A base legal da formação da abordagem jurídica no Brasil sobre o tema da atividade empresarial em crise. 2. Uma crítica a uma abordagem dos diferentes mecanismos legais previstos na Lei 11.101/2005. 3. Uma proposta de abordagem sobre os institutos recuperacionais que lidam com o tema do direito da empresa em crise no direito brasileiro. Conclusão. Referências Bibliográficas.

"Foi se vendo pouco a pouco - e até hoje o vemos ainda com surpresa, por vezes - que o Brasil se formara às avessas, começara pelo fim. Tivera Coroa antes de ter Povo. Tivera parlamentarismo antes de ter eleições. Tivera escolas superiores antes de ter alfabetismo. Tivera bancos antes de ter economias. Tivera salões antes de ter educação popular. Tivera artistas antes e ter arte. Tivera conceito exterior antes de ter consciência interna. Fizera empréstimos antes de ter riqueza consolidada. Aspirara a potência mundial antes de ter a paz e a força interior. Começara em quase tudo pelo fim. Fora uma obra de inversão." (Tristão de Athayde, codinome usado por Alceu Amoroso Lima, no capítulo "Política e letras". In: CARDOSO, Vicente Licínio [Org.]. À Margem Da História Da República. Brasília: Editora UNB, 1981. t. 2, p. 244-245.)

O tema da insolvência ou da insolvabilidade da atividade empresarial, ou mesmo do direito da empresa em crise, sob essas alcunhas, por si só já se apresenta como algo diferente daquilo que, no âmbito de uma história de longa tradição do direito comercial brasileiro, se chamou de direito falimentar.

A abordagem jurídica da crise econômico-financeira da atividade comercial capitalista não é novidade. Contudo, a concatenação dos conceitos jurídicos *empresa* e *crise* - aqui entendida a partir de uma perspectiva do tratamento jurídico à crise econômico-financeira -, tratados conjuntamente, leva a uma diferente abordagem da discussão anteriormente debatida pela disciplina do direito falimentar, como disciplina integrante do ramo do direito comercial.

Essa discussão ganha ainda mais destaque quando observamos que, sob a forma do texto de lei, os termos *insolvência*, *insolvabilidade*, *insolvente*, não foram

RESUMO: Este artigo propõe um aprofundamento da discussão sobre a formação de uma teoria geral do direito recuperacional, em certa medida autônoma em relação ao direito falimentar em si, bem como uma proposta de identificação de uma política pública do Estado brasileiro mais inclinada à liberdade do mercado diante das situações de crise da atividade empresária e uma menor interferência do Poder Judiciário sobre as negociações de planos de recuperação judicial.

Palavras-chave: Teoria geral - Recuperação judicial - Falência - História do direito comercial brasileiro.

Abstract: This paper proposes a deeper discussion on the formation of a general theory of Brazilian insolvency law basis, to a certain extent autonomous in relation to bankruptcy law itself, as well as a proposal to identify a public policy of the Brazilian State more inclined to a market friendly law-making before crisis situations of business activity and searching for less interference by the Brazilian Judiciary in the negotiations of judicial recovery plans.

Keywords: General theory - Judicial reorganization - bankruptcy - Brazilian legal history.

¹ Este texto é fruto das discussões provocadas ao longo do curso Tendências do Direito da Empresa em Crise, coordenado pela Professora Doutora Sheila C. Neder Cerezetti, junto ao programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). O autor agradece também o estímulo dos debates - bem como suas concordâncias e discordâncias - tidos com a própria Professora Sheila Cerezetti e os demais colegas de turma, nominalmente: Ana Elisa Laquimia de Souza, Fernanda Neves Piva, Guilherme Bier Barcelos, Gustavo Lacerda Franco, Larissa Santiago Gebrim, Patrícia Travassos Marto, Rodrigo Jesuino Bittencourt, Thiago Dias Costa e Victor Nader Bujan Lamas. Em um segundo momento do texto, ficam os agradecimentos pela revisão e também pelas críticas e comentários dos amigos e colegas Lucas Rodrigues do Carmo, Ivo Waisberg, Bruno Kurzweil de Oliveira e Marcelo Barbosa Sacramone.

^{2*} Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD/USP. Doutorando pelo Departamento de Direito Comercial da FD/USP. Professor do curso de pós-graduação do FGV Law da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Advogado sócio de Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Sociedade de Advogados.

utilizados pelo legislador ao elaborar a Lei n. 11.101/2005 ou mesmo no Decreto-lei n. 7.661/1945, a lei de falências mais longeva da história do direito brasileiro.

O termo *crise* é a tônica escolhida para a previsão de soluções jurídicas, em especial no âmbito da Lei n. 11.101/2005 e, por essa razão, será um termo que utilizaremos também neste artigo para apresentar a análise e críticas que aqui estão expostas.

O problema colocado neste texto decorre de uma hipótese de que, no Brasil, o *direito das recuperações* com base nas normas dispostas na Lei n. 11.101/2005 é, em regra, interpretado sob o viés da teoria e dos princípios aplicáveis ao direito falimentar - tanto na prática quanto na bibliografia. Como se pretende demonstrar, contudo, considerar os elementos que compõem o direito falimentar brasileiro, bem como aqueles que passaram a compor o direito da empresa em crise ou direito recuperacional, pode trazer bases mais sólidas para que esse campo jurídico efetivamente possa ser tratado a partir de suas próprias fundações, por meio de uma teoria geral própria deste campo.

Reconhecer que há diferenças de abordagens jurídicas entre as leis que trataram do tema da *crise* nessa história de longa duração do direito comercial brasileiro é uma das premissas deste texto. Esse ponto de partida é fundamental para nortear a discussão aqui proposta. Para aprofundar o debate, este texto está dividido em quatro partes. À primeira foi atribuída a tarefa de apresentar uma breve exposição sobre o *direito falimentar* brasileiro e seus reflexos também sobre o instituto da concordata. Com tal base organizada, na segunda parte apresentamos uma crítica a uma abordagem acadêmica atual do tema, especificamente em relação à Lei n. 11.101/2005, que trata da recuperação judicial, falência, autofalência e recuperação extrajudicial dos empresários e sociedades empresárias. Na terceira parte propõe-se abordagem dos sistemas jurídicos criados ou reinterpretados pela Lei n. 11.101/2005 que, eventualmente, se diferencia daquela inicialmente criticada. Por fim, ficam expostos os principais temas discutidos e a provocação sobre formas de abordagem e tratamento desses problemas.

1. A base legal da formação da abordagem jurídica no Brasil sobre o tema da atividade empresarial em crise

A crise econômico-financeira da atividade empresarial (ou, como anteriormente denominada juridicamente, *atividade mercantil* ou *atividade comercial*) é uma realidade não só no meio capitalista. Desde que alguém se propôs a fazer algo contendo um viés mercantilista, comercial ou empresarial, se expôs ao risco de ser falível e, com isso, de ver seus negócios ruírem, perdendo credibilidade - na acepção mais literal do termo - diante da comunidade em que se inseriu.

As sociedades politicamente organizadas tiveram formas distintas de lidar com esse tema, levando-se em conta fundamentalmente o modelo econômico no qual estavam inseridas (nos limites de suas fronteiras ou além de suas fronteiras, a depender de cada caso), bem como a forma de organização que decidiram convencionar, impor ou adotar.

Especificamente para este texto interessa a análise em meio ao modelo econômico capitalista e, de modo ainda mais específico, aquele que se deu no Brasil a partir do século XIX. Nossa primeira proposta de discussão é que essa análise precisa ser aprofundada e compreendida sob uma perspectiva diferente

daquela de longa tradição no direito comercial, e que decorre de uma matriz do *direito falimentar*, sobretudo sob forte influência da tradição criada a partir do Decreto-lei n. 7.661/1945, com vigência explícita de 60 anos (até a promulgação da Lei n. 11.101/2005), mas que ainda produz reflexos sobre o tema do direito da empresa em crise.

Fato é que, para fins desse artigo, nosso objetivo não é traçar uma linha evolutiva entre as diversas leis falimentares, pois o passar do tempo não necessariamente é apenas evolução no sentido tradicional da palavra; tampouco temos como objetivo apresentar um trabalho especificamente sobre a história do direito falimentar brasileiro, pois este não é o espaço.

Não obstante, essa perspectiva mais ampla, que é inevitavelmente carregada de historicidade, é a base do debate que se seguirá na segunda parte. Destaco aqui que o Decreto-lei n. 7.661/1945 inaugura, se não na prática das decisões judiciais - que já poderiam indicar essa tentativa de maior concentração e intervenção -, ao menos oficialmente pelo Estado, um viés de protagonismo da abordagem pelo Judiciário acerca do tema falimentar e das alternativas (exclusivamente concordata preventiva ou suspensiva neste caso) ao estado falimentar da atividade comercial.

Há, evidentemente, uma carga teórica fundamental que não será desprezada, mas o direito, por si só, não cria a realidade e direito, no Brasil, está muito ligado há uma longa tradição civilística de adoção das leis como primeira referência para a análise das regras que a sociedade política brasileira decidiu criar para atingir seus ideais de *ordem e progresso*.

Para iniciar essa provocação, vale lembrar como o tema da *falência* tem sido positivado pelo direito comercial se insere no Brasil.

A porta de entrada do tema falimentar nas leis do Brasil se dá num ambiente conturbado da formação da cultura jurídica brasileira. O século XIX é marcado por uma forte influência da tradição do direito português e a primeira abordagem, da Lei da Boa Razão (Carta de Lei de 18 de agosto de 1769, do reinado de D. José de Portugal) e das Ordenações do Reino, ainda marcada pelo uso da oralidade, se dá pelo direito penal.

O Código Criminal do Império (1832) dispunha em seu art. 263 que “[a] **bancarrota**, que fôr qualificada de fraudulenta na conformidade **das Leis do commercio**, será punida com a prisão com trabalho por um a oito anos [grifamos].” Essa era a única menção próxima ao conceito jurídico de falência em um texto normativo até o início da vigência do Código Comercial (Lei n. 566/1850)³, que na

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *A formação do direito comercial brasileiro: criação dos tribunais de comércio do Império*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Núcleo de Pesquisa em Direito e História da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Faculdade de Direito, 2006, p. 20: “[e]mbora a Constituição [do Império] falasse do Código Civil e não do Código Comercial, foi este o primeiro contemplado com a atenção dos legisladores, enquanto o processo de codificação civil só teve início em 1854. Assim, seja pelas pressões dos comerciantes das praças mercantis do Império, notadamente os do Rio de Janeiro, seja porque o direito comercial fosse considerado mais urgente e menos discutível porque menos fundamental (ou *constitucional*) para os direitos de todos os cidadãos, foi por ele que o direito privado começou a organizar-se no novo País.”

sua Parte III, passou a dar o tratamento específico de direito comercial e, também, das consequências penais ao tema das falências.

O conceito disposto no art. 797 do Código Comercial era simplesmente o de que “[t]odo o **comerciante** que **cessa** os seus **pagamentos**, entende-se **quebrado** ou **falido** [grifamos].” Ou seja, as disposições ali expostas aplicavam-se a um agente específico escolhido pelo Estado para o regramento normativo: o comerciante. Logo na origem há uma opção clara de política pública do Estado imperial para a abordagem jurídica do tema da crise econômico-financeira no Brasil e, já no próprio Código Comercial, pode-se identificar a preocupação estatal sobre a economia e a necessidade de controle sobre as políticas econômicas, ao estatuir as regras do *direito falimentar* aplicáveis ao *comerciante*. Já se nota, na origem, que a preocupação não era com o grande proprietário, tampouco com o industrial, mas sim com aquele (de um modo geral com a pessoa natural) que praticava os atos de comércios com habitualidade.

Sobre essa intervenção estatal, no campo do direito comercial, a escolha da política pública do Estado também centraliza a própria abertura e início das atividades das sociedades anônimas, por meio da qual se estabeleceu que “a sociedade anônima ou companhia ainda depende de autorização governamental para ser estabelecida, justamente porque dissemina o capital de *risco* [destaque do original].”⁴

Inclusive, nesse contexto da própria organização das instituições e jurisdições, ganha mais força o debate sobre a jurisdição mercantil especializada, e esta se manteve especializada durante longo período do Império, tanto que “nas controvérsias comuns de direito mercantil os processos corriam perante os juízes comuns, mas entre comerciantes foi imposto o juízo arbitral obrigatório nos casos de locação mercantil, disputas entre sócios, salvados, avarias grossas e disputas entre credores nas moratórias.”⁵

O debate sobre tal especialização foi marcado por diversas discussões e pontos contrários à existência das jurisdições mercantis, não só pela difícil imparcialidade que essas *justiças* poderiam ter (não que as outras instâncias da justiça não pudessem ser consideradas imparciais, mas era um argumento utilizado nos debates!), mas também pela dificuldade de se entender a existência da autonomia da matéria comercial frente à matéria civil - já em meados do século XIX, nem mesmo era fácil determinar a distinção entre negócios mercantis e negócios civis.⁶ Também a influência de interesses privados tornava ainda mais tortuosa a missão de (i) manter as jurisdições especiais e (ii) reger o direito comercial com a especialidade e especificidade que se poderia imaginar para a matéria. Em outras palavras, não é possível se estabelecer a neutralidade estatal, considerando esta

“[...] sociedade de elites em que os interesses privados capturam o aparelho judiciário e, no caso dos Tribunais de Comércio, também o aparelho governativo. É que os Tribunais de Comércio previstos detinham funções não contenciosas, entre

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 293. Vide o disposto no art. 295 do Código Comercial: “As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objecto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, socios ou não socios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorização do Governo, dependente da aprovação do corpo legislativo quando hajam de gozar de algum privilegio; e devem provar-se por escriptura publica, ou pelos seus estatutos, e pelo acto do Poder que as houver autorizado.”

⁵ Idem, p. 21-22.

⁶ Idem, p. 25.

elas (a) o registro dos comerciantes (matrícula) e de diversos de seus negócios (contratos sociais, hipotecas, seguros) e (b) a consulta ao governo sobre o andamento do comércio, as medidas legislativas e políticas a serem adotadas para seu incremento e não poucas vezes a consulta sobre a interpretação da lei e dos costumes mercantis.”⁷

Nesse ambiente de prevalências de interesses privados e de certos grupos de poder é que se dá a criação do código de comércio brasileiro, pondo fim aos debates. Essa forma de recepção normativa escolhida pelo Estado, é um dos elementos que demonstra que o enfoque do tratamento falimentar da atividade comercial não estaria voltado aos grupos das elites e grandes fazendeiros brasileiros, mas especialmente voltado à regulação da atividade comercial dos negociantes, comerciantes e pessoas consideradas praticantes de atos de comércio que atuavam nas diversas praças do Brasil⁸. A lei de falências não foi formada exatamente para todos os que praticavam atos de comércio, mas em especial para se evitar a continuidade de atividades comerciais que pudessem ser consideradas como problemáticas para a economia brasileira em um determinado momento histórico.

Especificamente sobre a formação de uma cultura jurídica sobre o *direito falimentar*, o Código Comercial trabalhou essencialmente com um viés liquidatório da atividade comercial. Caso, contudo, o comerciante pudesse se valer de alguma mecânica alternativa por meio da concordata, o formato do pagamento e até mesmo eventual superação do decreto falimentar passavam pelo crivo da deliberação dos credores do comerciante, sendo certo que, o início do procedimento concordatário era posterior à sentença de falência ou de quebra.

Especificamente com base no art. 842, como alternativa deliberativa, o juízo da quebra deveria convocar os credores do comerciante declarado falido para que pudessem deliberar sobre o projeto de concordata (art. 846), quando o falido a propusesse, ou se quereriam formar o contrato de união (art. 855 do Código Comercial, em que os credores nomeariam dois ou mais administradores da massa falida com “poderes para liquidar, arrecadar, pagar, demandar ativa e passivamente, e praticar todos e quaisquer atos que necessários sejam a bem da massa, em Juízo e fora dele [grifamos].”).

Esse viés deliberativo, que na prática era também pleiteado em reuniões de credores⁹ e não tão exclusivo à submissão ao Judiciário (ou dos Tribunais de Comércio, que não eram formados por juízes togados), é a tônica do tratamento legislativo sobre as falências e a crise pela cessação de pagamentos nas demais disposições legislativas sobre a matéria, (não tratarei dos setores que passaram por um tratamento diferenciado, como é o caso dos bancos, posteriormente contidos no conjunto das instituições financeiras), a saber: Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, revogado pela Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, por sua vez revogada pela

⁷ Idem, p. 31.

⁸ Sobre uma análise específica do uso da terminologia mercado, comerciante, negociante e empresário no Direito Comercial brasileiro tenho como base esta pesquisa publicada: GORNATI, Gilberto. Ruptura e continuidade na história do direito comercial brasileiro: dos atos de comércio à teoria da empresa (1850-1970). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 16, v. 59, p. 169 - 213, jan./mar. 2013.

⁹ SONKAJÄRVI, Hanna. A aplicação do Código Comercial brasileiro entre 1850 e 1860: análise das evidências de um caso de falência culposa. *Revista Tempo*, Niterói, v. 21, n. 37, p. 1762015.

Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, também revogada pelo Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929 e então extinto pelo Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, por meio do qual rompeu-se oficialmente também a regra da deliberação de credores sobre o tema da crise da atividade comercial alternativo à falência e, assim, aprofundou-se o tratamento legislativo de maior atribuição de controle sobre os atos dos procedimentos ao Poder Judiciário (concordata como favor legal a critério do juízo, forma de pagamento definida em lei e controlada pelo juízo, dentre outros mecanismos fora da tomada de decisão de credores ou devedores), até sua revogação pela Lei n. 11.101 de 2 de fevereiro de 2005 (ainda em vigor).

Apesar de ter indicado a existência das diversas outras leis e decretos que trataram do tema das falências e das concordatas, o objetivo deste texto não vai ser remontar a história do direito falimentar ou concordatário no Brasil, mas debater os reflexos perceptíveis da tradição jurídica formada ao longo da duração do Decreto-lei n. 7.661/1945 na formação contemporânea do atual direito recuperacional e falimentar por meio da prática da Lei n. 11.101/2005.

Como mencionado anteriormente, o Decreto-lei n. 7.661/1945 gera cenário de maior ruptura em relação aos textos normativos anteriores, por meio do afastamento da regra de deliberação dos credores, passando a atribuir exclusivamente ao Judiciário o poder para a condução dos processos falimentares e concordatários, estes tratados inclusive como um *favor legal*¹⁰ (ou até um *favor do Judiciário*) ao longo dos anos. O Decreto-lei n. 7.661/1945, além de diminuir as opções sobre os mecanismos para a soluções jurídicas da crise econômico-financeira da atividade comercial, passou também a afastar a ingerência de credores e agentes externos ao Judiciário sobre o processo, bem como a afastar da iniciativa privada o tratamento das soluções para tal crise.

Nesse aspecto de ruptura normativa, a própria estrutura comparativa entre o Decreto n. 5.746/1929 e o Decreto-lei n. 7.661/1945 e a leitura da organização dos temas em cada uma das normas (grifados estão aqueles temas que são diferentes entre os títulos das leis) permitem:

Estrutura do Decreto n. 5.746/1929	Estrutura do Decreto-lei n. 7.661/1945
15 títulos	14 títulos
1) Da natureza e declaração da fallencia 2) Das efeitos juridicos da sentença declaratoria da fallencia 3) Do pessoal da administração da fallencia 4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentas 5) Da verificação e classificação dos creditos 6) Das assembléas dos credores [ausente do Decreto-lei n. 7.661/1945] 7) Da concordata 8) Da realização do activo e liquidação do passivo 9) Da reivindicação 10) Da reabilitação 11) Da concordata preventiva 12) Da homologação e efeitos das sentenças estrangeiras em materia de fallencia e meios preventivos de sua declaração 13) Dos crimes em materia de fallencia e de	1) Da caracterização e declaração da falência 2) Dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência 3) Da administração da falência 4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentos do falido 5) Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro 6) Da verificação e classificação dos créditos 7) Do inquérito judicial [ausente do Decreto n. 5.746/1929] 8) Da Liquidação 9) Da extinção das obrigações 10) Das concordatas 11) Dos crimes falimentares 12) Das disposições especiais 13) Das disposições gerais 14) Das disposições transitórias

¹⁰ SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. A Visão do Ministério Público na Recuperação e Falência: Dez Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 3, p. 2, jan./mar. 2017.

concordata preventiva e do respectivo processo 14) Das disposições especiaes 15) Das disposições geraes	
---	--

Ao retirar a previsão sobre as assembleias de credores (até então no Título 6 do Decreto n. 5.746/1929), com a exceção da previsão da realização assembleia em caso de realização alternativa do ativo do falido - prevista no art. 122 e desde que o juízo autorizasse tal assembleia, bem como desde que tal assembleia não alterasse as previsões legais ou os atos já praticados pelo juízo ou pelo síndico da massa falida -, o Estado indicou claramente a forma pela qual optou para tratar o tema jurídico da crise econômico-financeira, e tal escolha se deu por meio da direta interferência via Poder Judiciário, em especial após a provocação dos credores (o pedido de falência). Some-se a essa característica de protagonismo do Judiciário a própria obrigatoriedade do procedimento do inquérito judicial (iniciado a partir do art. 103 do Decreto-lei n. 7.661/1945), como mais um procedimento judicial inquisitivo contra o devedor cuja falência fora decretada.

Essa tradição que prevaleceu no direito comercial brasileiro, que se iniciou na prática judicial antes mesmo do início da vigência do Decreto-lei n. 7.661/1945, influenciou massivamente a cultura jurídica do direito comercial brasileiro ao longo dos sessenta anos subsequentes e, por sua vez, ainda pode ser percebida nas discussões acerca da Lei n. 11.101/2005. Ou seja, considerando o bojo da formulação do Decreto-lei n. 7.661/1945, acompanhado da própria formação dos juristas brasileiros e da bibliografia sobre o tema, toda embasada na norma então vigente, e o período de sessenta anos de vigência, tem-se que há uma clara influência desses elementos para a análise e interpretação de uma nova lei, que passou a tratar de um velho problema.

Com essas bases assentadas, passemos então a debater a influência da tradição cultural desenvolvida pela prática exposta no Decreto-lei n. 7.661/1945 sobre o tema do *direito da empresa em crise*.

1. Uma crítica a uma abordagem dos diferentes mecanismos legais previstos na Lei 11.101/2005

O contexto de elaboração da Lei n. 11.101/2005 não é de fácil reconstrução para uma análise holística dos elementos que efetivamente constituíram a base normativa que deu as características finais do texto aprovado. O Projeto-lei n. 4.376/1993, que reiniciou oficialmente a discussão sobre a revogação do Decreto-lei n. 7.661/1945 para a criação de uma nova lei falimentar, não encontra correspondência direta com o texto aprovado para a promulgação da Lei n. 11.101/2005.

Foram apresentadas 525 emendas ao projeto, sendo que 175 delas foram apresentadas até 1999 e as demais 350 foram apresentadas entre 2003 e 2004¹¹. Ou seja, mais de 2/3 das emendas apresentadas foram debatidas num período de pouco mais de um ano, entre os anos de 2003 e 2004, e foram justamente essas

¹¹ Para um depoimento sobre os bastidores das discussões em torno da formação da comissão para o aprofundamento dos estudos e avanço dos debates, sugiro: MANDEL, José Fernando; MANDEL, Julio Kahan. Da Urgência na Modernização da Lei de Falências. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 6, jul./dez. 2000.

emendas e debates havidos nesse período que trouxeram a estrutura final do texto normativo sobre o tema. Pasmem, mas não houve oficialmente a propositura de emendas entre o período de 1999 e 2003.

O substitutivo que fomentou a discussão entre 2003 e 2004 (passando a ser definido como o Projeto de Lei da Câmara n. 71 de 2003¹²), foi debatido entre 15/10/2003 e 12/7/2004, e, após as discussões no Senado e parecer pela Câmara, foi remetido à sanção presidencial em 17/12/2004¹³.

Para se ter uma ideia, o texto original do Projeto-lei n. 4.376/1993 considerava a *recuperação de empresa* como uma modalidade já distinta da concordata. Apesar de o texto do art. 9º dispor que “[o] devedor cuja falência for decretada pode requerer a continuação do negócio, que vise à sua recuperação[.] [grifamos]”, e que esse pedido ao juízo da falência se processaria em “autos distintos”, conforme o disposto no §7º - ou seja, cabendo o pedido de recuperação somente após um pedido de falência - o despacho do deferimento deveria intimar os credores para, em reunião de credores, deliberarem sobre a aceitação ou não do plano que deveria ser proposto com a petição (art. 16 do Projeto). As limitações de negociação e de proposta de pagamentos ainda vinham carregadas pelas regras anteriores das próprias limitações já impostas à concordata, inclusive com remissão expressa ao art. 32 do Projeto, que determinava os limites de deságio (entre 60% e 80%) e os limites de prazos (se a proposta fosse de pagamento de 60%, o limite de prazo de pagamento era de 1 ano, se a proposta fosse de pagamento de 80% o limite de prazo era de 2 anos e se a proposta fosse o pagamento de 100%, tal pagamento deveria ser realizado num horizonte de 3 anos)¹⁴.

Apesar do movimento inicialmente tímido de maior liberdade e retorno da possibilidade de um instituto que previa a deliberação de credores, o que se viu ao final, com o substitutivo que resultou, com poucos vetos presidenciais, na Lei n.

¹² Sobre uma compilação dos debates havidos no Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, sugerimos a leitura de: ALONSO, Manuel. Nova lei de falências. Estudos, comentários e sugestões ao Projeto de Lei 4.376-b/1993, da subemenda substitutiva de plenário, relator o ilustre deputado Osvaldo Biolchi, e PLC 71, de 2003, com o parecer do ilustre senador Ramez Tabet. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 14, p. 278-297, jul./dez. 2004.

¹³ A época da promulgação da Lei n. 11.101/2005, nos termos do quanto publicado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, expressou-se que: “[a]demais, a nova Lei enfatiza o soerguimento de empresas viáveis que estejam passando por dificuldades temporárias, a fim de evitar que a situação de crise culmine com a falência. Nesse sentido, é extinta a ineficiente concordata e criado o instituto da recuperação judicial, que tem como principal característica o oferecimento aos credores de um plano de recuperação, que, na prática, envolverá negociações e concessões mútuas, além de providências e compromissos do devedor visando a persuadir os credores da viabilidade do plano. Esse plano deverá ser aprovado pela maioria dos credores em assembléia, e a decisão vinculará não só os que expressamente anuírem, mas também os que votarem contrariamente. Tal mecanismo, além de dar aos credores poder de decisão para defesa de seus legítimos interesses, tem a virtude adicional de entregar a decisão sobre a viabilidade da empresa àqueles agentes que têm melhores condições de fazer essa avaliação. Os credores, em geral, conhecem os mercados em que atuam e têm maior capacidade de avaliar se as dificuldades vividas por empresas têm causa conjuntural ou estrutural.” FONSECA, Humberto Lucena Pereira da; KÖHLER, Marcos Antonio. *A Nova Lei de Falências e o Instituto da Recuperação Extrajudicial. Consultoria Legislativa do Senado Federal*. 22. rasilia, abril 2005. p. 3. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70483/texto%2022%20Humberto_Fonseca%20e%20Marcos_Hohler.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁴ Sobre a liberdade de negociação dos planos e apresentação de dados práticos sobre casos em diferentes estados brasileiros, sugerimos a seguinte leitura: KATAOKA, Eduardo Takemi. Plano de Recuperação Judicial - prazo de carência e descumprimento do plano de recuperação. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 227-241, mar./abr. 2014.

11.101/2005¹⁵, foi uma norma que criava verdadeira ruptura com a abordagem jurídica anterior acerca do tratamento da atividade comercial em crise.

Tal ruptura mais intensa, todavia, não se deu no capítulo da falência, salvo pela tentativa de se criar formas mais claras e céleres para a continuidade dos negócios ou mesmo para a liquidação dos ativos. A ausência de ruptura, aqui sugerida, está presente na forma expressada pela norma de manutenção da condução dos procedimentos como anteriormente adotada pelo Estado, especialmente regida sob a batuta do Poder Judiciário - tendo, inclusive, sido mantida a carga de afastamento da realização de assembleia de credores para a realização do ativo da massa falida (excepcionada apenas pelas disposições do art. 46 e art. 145 da Lei n. 11.101/2005) - e em que se vê, em muitos aspectos, uma história de continuidade do formato legislativo adotado para o procedimento falimentar, mas sim em relação a dois outros institutos criados e até então inéditos no direito comercial brasileiro, o da *recuperação judicial* (art. 47 ao art. 74) e da *recuperação extrajudicial* (art. 161 ao art. 167)¹⁶.

Sobre as características normativas historicamente contingentes nesse processo de continuidade, veja-se, como exemplo, a mecânica de atribuição do *status* de falido, sempre dado por meio de sentença judicial a ser proferida pelo juízo competente, mas marcada pela definição de um agente econômico específico (o comerciante) e que não honra seus pagamentos na data do vencimento (ou seja, uma característica jurídica e não econômica ou financeira):

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556, DE 25 JUNHO DE 1850)	DECRETO Nº 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890	LEI Nº 859, DE 16 DE AGOSTO DE 1902	LEI Nº 2.024, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1908	DECRETO Nº 5.746, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1929	DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945
TÍTULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DAS QUEBRAS, E SEUS EFEITOS	DAS FALLENCIAS TITULO I Da natureza e declaração da fallencia	TITULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DA FALLENCIA	TITULO I Da natureza e declaração da fallencia SECCÃO I DOS CARACTERISTICOS DA FALLENCIA E DE QUEM A ELLA ESTÁ SUJEITO	TITULO I Da natureza e declaração da fallencia SECCÃO I DOS CARACTERISTICOS DA FALLENCIA E DE QUEM A ELLA ESTÁ SUJEITO	TÍTULO I Da caracterização e declaração da falência SECCÃO PRIMEIRA Da caracterização da falência

¹⁵ Aliada às discussões sobre a necessidade de modernização das normas para o tratamento da crise empresarial, conforme as discussões em torno da Lei Modelo da UNCITRAL e das recomendações do Banco Mundial, a percepção no mercado brasileiro também era a de necessidade de alterações que acomodassem melhor a realidade da dinâmica do mercado e a norma aplicável ao tema da crise: “[c]om as transformações econômico-sociais ocorridas no país, a antiga legislação falimentar [Decreto-lei n. 7.661/1945] não mais atendia aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição da Lei de Falências e Recuperações Judiciais, que resultou mais ágil e moderna. A Lei de Recuperações coloca à disposição da sociedade mecanismos jurídicos mais desburocratizados e, ao que tudo indica, mais céleres, que permitem a composição dos interesses da empresa, a preservação dos empregados e da própria atividade, aumentando as possibilidades de efetivo recebimento por parte dos credores, sem a necessidade de intervenção excessiva do Poder Judiciário. SILVA, José Carlos Garcia da. O Plano de Recuperação da Empresa. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). *Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 54.

¹⁶ Neste sentido, logo quando da promulgação da Lei n. 11.101/2005, em uma das primeiras obras publicadas, o Professor Newton De Lucca (DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32-33) e também o Professor Fábio Ulhôa Coelho (COELHO, Fábio, Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163) suscitaram este ponto sobre a menor participação do Poder Judiciário.

Art. 797 - Todo o commerciante e que cessa os seus pagamentos , entende-se quebrado ou fallido .	Art. 1º O commerciante , sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito (art. 8), deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa (art. 2), entende-se fallido .	Art. 1º O commerciante , sob firma individual ou social, que sem relevante razão de direito deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa (art. 2º), entende-se fallido , qualquer que seja o estado de seus negócios.	Art. 1º O commerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida e certa , entende-se fallido .	Art. 1º O commerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida e certa , entende-se fallido .	Art. 1º Considera-se fallido o commerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida , constante de título que legitime a ação executiva.
---	---	--	---	---	--

Por sua vez, o art. 94 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que “[s]erá decretada a **falência do devedor [empresário ou sociedade empresária]** que: I - sem relevante razão de direito, **não paga, no vencimento, obrigação líquida** materializada em título ou títulos executivos protestados **cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos** na data do pedido de falência; (...) [grifamos].”

Algo muito parecido pode ser observado acerca da definição do juízo competente, em relação à ideia de *principal estabelecimento* (exceto pelo Código Comercial):

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556, DE 25 JUNHO DE 1850)	DECRETO Nº 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890	LEI Nº 859, DE 16 DE AGOSTO DE 1902	LEI Nº 2.024, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1908	DECRETO Nº 5.746, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1929	DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945
TÍTULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DAS QUEBRAS, E SEUS EFEITOS	DAS FALLENCIAS TITULO I Da natureza e declaração da fallencia	TITULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DA FALLENCIA	SECÇÃO II DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALLENCIA	SECÇÃO II DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALLENCIA	SEÇÃO SEGUNDA DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA
Art. 805 - Todo o comerciante que tiver cessado os seus pagamentos é obrigado, no preciso termo de três dias, a apresentar na Secretaria do Tribunal do Comércio do seu domicílio uma declaração datada, e assinada por ele ou seu procurador, em que exponha as causas do seu falimento, e o estado da sua	Art. 4º A fallencia será declarada pelo juiz commercial em cuja jurisdição o devedor tiver seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brasil, si não operar por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal (art. 91), a requerimento:	Art. 4º É competente para declarar a fallencia o juiz commercial em cuja jurisdição o devedor tiver seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brasil, si não operar por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal. A fallencia dos negociantes ambulantes, empregarios de	Art. 7º É competente para declarar a fallencia o juiz do commercio, em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brasil. A fallencia dos commerciantes ambulantes e empregarios de	Art. 7º É competente para declarar a fallencia o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fóra do Brasil. A fallencia dos commerciantes ambulantes e empregarios de	Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

casa; ajuntando o balanço exato do seu ativo e passivo [...], com os documentos probatórios (...).	(...).	circos e espectáculos públicos será declarado, pelo juiz commercial do logar onde se acharem.	ser declarada pelo juiz do commercio de onde forem encontrados.	espectáculos públicos póde ser declarada pelo juiz de onde forem encontrados.	
--	--------	---	---	---	--

E, na mesma linha, o art. 3º da Lei n. 11.101/2005 estabelece que “[é] competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do **principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil** [grifamos].” É realmente curioso como, mesmo diante da (longa) manutenção do conceito de *principal estabelecimento* nas diversas leis e decretos que trataram da matéria, e mesmo tendo tal conceito jurídico indeterminado sido introduzido no ordenamento pátrio no século XIX, ainda estejamos, no início do século XXI, discutindo qual a interpretação que a ele deve ser dada. Boa parte desses elementos de continuidade nas normas sobre o tema, também são capazes de explicar a continuidade na prática e na cultura imersa nesse campo do direito.

Comparativamente em termos de estrutura, a norma passou a se configurar da seguinte forma:

Estrutura do Decreto-lei n. 7.661/1945	Estrutura da Lei n. 11.101/2005
14 títulos	8 Capítulos
1) Da caracterização e declaração da falência 2) Dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência 3) Da administração da falência 4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentos do falido 5) Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro 6) Da verificação e classificação dos créditos 7) Do inquérito judicial 8) Da Liquidação 9) Da extinção das obrigações 10) Das concordatas 11) Dos crimes falimentares 12) Das disposições especiais 13) Das disposições gerais 14) Das disposições transitórias	1) Disposições preliminares 2) Disposições comuns à recuperação judicial e à falência 3) Da recuperação judicial 4) Da convolação da recuperação judicial em falência 5) Da falência 6) Da recuperação extrajudicial 7) Disposições penais 8) Disposições finais e transitórias

Ou seja, se em relação ao tema falimentar pouco se viu de mudança na cultura jurídica do direito comercial - ao não se passar mais poderes ao mercado para a solução desse estágio juridicamente terminal da atividade empresária em crise -, em relação aos capítulos das *recuperações* empresariais a mudança normativa é sensível.

A partir da Lei n. 11.101/2005, o tratamento que de fato passou a ser novidade foi incluir a ideia de *crise* no direito comercial e seu tratamento normativo. Essa novidade se apresentou por meio do art. 47, de acordo com o qual “[a] recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do **devedor [empresário ou sociedade empresária] (...)**”, do art. 105, que estabelece que “[o] **devedor [idem destaque acima]** em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, (...)” e de mudança ainda mais intensa de viés da abordagem da crise ao preceituar, no capítulo da recuperação extrajudicial, que “[o] **devedor** que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei [requisitos para o pedido de recuperação judicial] **poderá propor e negociar com credores** plano de recuperação extrajudicial” (art. 161), sendo certo, ainda, que o legislador deixou abertas ao devedor e seus credores outras formas de renegociação e de superação da crise, ao estabelecer que “[o] disposto neste Capítulo [da recuperação extrajudicial] não implica impossibilidade de realização de **outras modalidades de acordo privado** entre o **devedor e seus credores**” (art. 167).

Essa mudança não é óbvia, sobretudo diante do fato de que, durante a vigência do Decreto-lei n. 7.661/1945, a possibilidade de propositura de renegociação e reestruturação poderia ser interpretada como um *ato de falência*, passível inclusive de fundamentar um pedido de falência contra aquele que iniciasse tal procedimento de renegociação. Especificamente, o art. 2º dispunha que “[c]aracteriza-se, também, a falência, se o **commerciante: (...) III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; (...)**.”

A alteração de eixo da possibilidade de negociação pelos agentes de mercado, da forma como introduzida pela Lei n. 11.101/2005 é impactante sobre a dinâmica da prática. Evidentemente uma prática também se iniciou antes da promulgação da lei de 2005, especialmente em relação a grandes concordatas (casos Mappin, Arapuã, dentre outras) que já vinham, por meio de decisões judiciais, buscando composições entre credores para deliberar sobre planos de concordatas que não se enquadrariam estritamente na forma preconizada pelo legislador de acordo com as disposições do decreto então em vigor, mas, como dito, estavam ainda integralmente sob a batuta do Judiciário para comandar as negociações, as propostas de reestruturação, bem como as formas de apresentação de tais planos alternativos de concordatas; contudo, esse protagonismo do Poder Judiciário no processo de reestruturação da atividade empresarial não foi a opção adotada pelo legislador quando da conclusão dos trabalhos para a promulgação da lei de 2005.

Todos esses elementos nos levam à terceira parte deste texto, que busca compreender uma teoria geral aplicável aos novos institutos de *direito recuperacional* trazidos ao direito brasileiro com tal lei. Interpretar e aplicar a solução jurídica sob a perspectiva desse *direito recuperacional* significa, na prática, uma mudança de viés no direito comercial brasileiro, sobretudo se se entender que dentre os mecanismos oferecidos pelo Estado por meio da Lei n. 11.101/2005, haveria uma ruptura com o papel de protagonismo do Judiciário, tornando-o coadjuvante nos casos das *recuperações* e atribuindo às partes (credores e devedores) a legitimidade para conduzir com a maior liberdade possível suas negociações a serem consolidadas por meio dos respectivos planos de recuperação.

Não obstante a proposta apresentada pela então nova lei, a dificuldade que novos entrantes sofrem ao tentar iniciar suas operações em novas áreas da vida capitalista pode também ser percebida quando uma nova lei se apresenta sob um viés de ruptura, especialmente em situações em que não tenha havido efetivamente um aprofundamento das discussões e da educação do Estado e dos operadores envolvidos no dia-a-dia para a aplicação dos novos institutos. Sob essa forma de implementação precária, a ruptura acaba por tomar características conjunturais e não consegue se implementar integralmente, sendo certo que, em essência, a ruptura deveria produzir efeitos de mudanças estruturais.

1 Uma proposta de abordagem sobre os institutos recuperacionais que lidam com o tema do direito da empresa em crise no direito brasileiro

Com o objetivo de se estabelecer distinções entre o Decreto-lei n. 7.661/1945 e a Lei n. 11.101/2005 que buscamos expor nos itens anteriores, fica ainda mais clara a tentativa do legislador de criar nova realidade de reestruturação, inclusive por meio da mudança do uso de determinados termos. Um exemplo inicial pode ser feito por meio da análise do termo *concurisal*, acerca dos créditos que estão submetidos aos efeitos do procedimento, bem como do termo *extraconcurisal* relacionado aos créditos que não estão sujeitos à mesma ordem de pagamento daqueles outros créditos no procedimento *falimentar*. Nesse sentido, um crédito é considerado *concurisal* quando está submetido a um concurso de credores que concorrem pelo recebimento do produto da liquidação do patrimônio remanescente do falido; um crédito é *extraconcurisal* quando tem prioridade no pagamento, antes do início do dito concurso de credores.

No que se refere ao regramento da recuperação judicial da Lei n. 11.101/2005, o único momento em que esses termos são utilizados é aquele no qual há referência ao tratamento dos créditos em caso de convalidação de um procedimento de recuperação judicial em *falência*. De fato, o art. 67 dispõe que “[o]s créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, (...), serão considerados **extraconcurisais, em caso de decretação de falência**, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 (...)”. Ou seja, pela norma, já se apresenta uma absoluta diferença ao demonstrar o conceito de que o procedimento *recuperacional* não é um procedimento de concurso de credores. Em mesmo sentido, quando trata dos créditos em tal procedimento (art. 49) a terminologia utilizada na mesma Lei n. 11.101/2005 é *sujeição* ou *não sujeição* de tais créditos aos efeitos do procedimento da recuperação.

A coletividade de interessados (comumente identificada como os *stakeholders*) formada para fins do procedimento da recuperação judicial não concorre entre si, com uma ordem de preferência ou de prioridades, para disputar o patrimônio do devedor, mas vota para se manifestar acerca das condições de pagamento propostas no plano de recuperação judicial, sendo que, se uma classe tiver condições mais vantajosas, mas ainda assim fizer sentido um recebimento em condições menos favoráveis, a votação seguirá normalmente e o plano poderá ser aprovado.

Ainda em relação ao uso da locução *direito concursal*, *legislação concursal* e outras expressões similares que nos remetem à ideia de *concurso*, a bibliografia brasileira tem a tendência de se valer daquele longo processo de continuidade histórica para aplicar esses conceitos de direito falimentar, ao direito recuperacional. Ainda que alguns autores se valham da locução *direito recuperatório*¹⁷ o termo concursal volta a tomar o papel principal por ser tratado como definidor de toda a matéria abordada pela Lei n. 11.101/2005¹⁸. Curioso que, não obstante essa percepção inicial é comum também o reconhecimento pela bibliografia de que a proposta dos modelos de *recuperações* em nada se assemelham às disposições anteriormente apresentadas pelo legislador brasileiro¹⁹.

Tendo como premissa o argumento de que o legislador não utilizou as palavras em vão, esses termos específicos podem revelar mais sobre uma tentativa de mudança de política pública sobre o tema da crise empresarial, sem que, contudo, a cultura jurídica brasileira sobre o tema tenha sido capaz de absorver por completo e assimilar a tentativa de ruptura com o padrão *concurso* que até então existira.

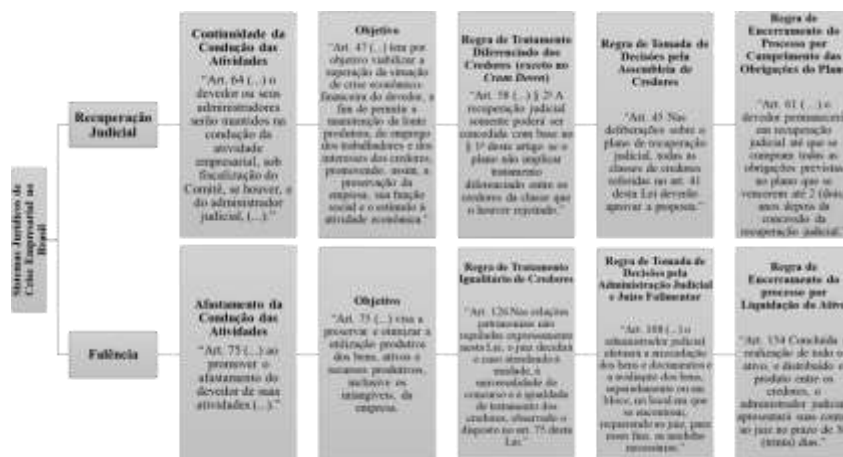
Essa mudança terminológica é relevante para se compreender que deve haver liberdade de negociação entre as partes no âmbito de um processo de recuperação judicial, com baixa interferência do Estado, via Poder Judiciário, sobre o que se decidir acerca da forma de reestruturação do devedor, cabendo ao mercado a atribuição desse mecanismo de decisão, com base na realidade de cada um dos casos que são enfrentados ao abrigo da Lei n. 11.101/2005.

A mudança do uso da terminologia pode nos revelar cores mais fortes sobre a nova proposta de abordagem jurídica da crise econômico-financeira. Para elucidar essas mudanças, proponho também a visualização do seguinte quadro:

¹⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 35.

¹⁸ Idem ibidem, no original: (...). No Capítulo 1, serão examinadas as noções introdutórias à crise empresarial, os antecedentes históricos dos regimes **concurtais** e a trajetória legislativa brasileira até o advento da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência - „LREF“). (...). Finalmente, no Capítulo 4, será a vez de examinar as questões relacionadas à aplicação da LREF, quais sejam, a competência para processar e julgar as ações **concurtais** e os consequentes conflitos de competência, os impactos dos regimes recuperatórios e falimentar em arbitragens envolvendo o devedor, a intervenção do Ministério Público e a publicidade legal, bem como a regência supletiva da legislação **concurso** pelo Código de Processo Civil. (grifamos)” E na mesma linha o termo concursal segue como parte do fundamento para a apresentação da teoria geral da recuperação judicial dos autores (p. 38 a p. 73). Também entendem que os procedimentos *recuperacionais* estão contidos no grupo do *direito concursal* **Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Valéria Pugliesi** (TOLEDO, Paulo F. S. C.; PUGLIESI, Adriana V. A Preservação da Empresa e seu Saneamento. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino [et al.]. *Recuperação Empresarial e Falência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 79). Em trabalho de análise sobre “eficiência” dos princípios da lei - apesar da ausência de análise de dados comparativos para se estabelecer uma eficiência se comparado a algo -, também definindo que “...durante o processo concursal, expressão que se adota para se referir tanto à recuperação judicial quanto à falência...(grifamos)” Bruno Marques Bensal também se vale de tal terminologia (BENSAL, Bruno Marques. *Recuperação Judicial e a Eficiência da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 10, p. 229, jul./ago. 2015,); dentre outros trabalhos publicados sobre o tema em que os autores usam o termo *concurso* indistintamente entre a falência e os procedimentos recuperacionais.

¹⁹ SCALZILLI, João Pedro; et al. *op. cit.* 2017, p. 76.



Nesse novo eixo de um microsistema recuperacional criado no âmbito da Lei n. 11.101/2005, o Estado brasileiro apresentou uma escolha de política pública que indica uma orientação maior à liberdade das partes (credores e devedores, especificamente) para negociarem e, em um ambiente de deliberação por maioria, obrigar os dissidentes a aceitar o plano de reestruturação.

Esse procedimento se apresenta sob uma forma própria, com normas cogentes e princípios que também lhe são próprios e que se diferem do procedimento e daqueles aplicáveis ao direito falimentar, bem como diferem integralmente do procedimento anteriormente adotado em relação às concordatas do decreto. Em primeiro lugar a regra é que o devedor, seja ele empresário, seja sociedade empresária, permanece na condução das atividades empresariais (passaremos a usar este termo em substituição à locução atividade comercial).

Conforme o disposto no art. 64, o devedor permanecerá na condução das atividades e, caso incida em alguma das hipóteses das infrações previstas no rol do mesmo artigo, estará sujeito à ordem judicial de destituição dos administradores (administradores de sociedades empresárias limitadas ou diretores/conselheiros de sociedades anônimas), sendo que, para a substituição dos administradores destituídos, o procedimento **não** será determinado pelo juízo, mas deverá se dar nos exatos termos dos atos societários da sociedade empresária devedora ou conforme conste no plano de recuperação judicial (parágrafo único do art. 64).

Caso o devedor afastado por qualquer das infrações do art. 64 seja um empresário individual, opera-se então o afastamento nos termos do art. 65, com a nomeação do administrador judicial para que conduza a atividade. Este caso é mais simples, pois nos próprios termos dos arts. 966 a 968 do Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), não há a criação de personalidade jurídica própria ao empresário individual, confundindo-se, inclusive, com a própria pessoa natural. O que é efetivamente muito diferente do caso das sociedades empresariais com regime de personalidade jurídica própria.

Ato contínuo, o objetivo do *direito recuperacional* é viabilizar os mecanismos para a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, bem como manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, dos interesses dos credores e, ao atingir tais objetivos, preservar a empresa (no sentido de atividade), sua função social e promover o estímulo à

atividade econômica. Esse objetivo concentrado, apesar de extremamente amplo e aparentemente benéfico para todos, é uma escolha política e que, na prática, se traduz de diversas formas, nem sempre baseado em todos os pilares que permeiam essa disposição expressa por meio do art. 47²⁰, ainda sob a condução do devedor. Esse é um eixo propositivo diferente daquele expresso no art. 75 para o cenário da falência.

Para tanto, em regra, o devedor apresentará um plano, após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, em que estabelecerá a nova forma capaz de reestruturar as obrigações até então contraídas com seus credores. Esse plano é exclusivamente proposto pelo devedor, mas deverá ser aceito pelos credores. Caso haja alguma objeção ao plano, então os credores deverão se reunir em assembleia geral de credores e deliberar, por maioria ou por maioria qualificada (*cram down*) acerca da aprovação (concessão da recuperação judicial) ou rejeição (falência do empresário ou sociedade empresária).

Essa estrutura assemblear em nada se confunde com a estrutura das assembleias societárias²¹, mas é marcada por um viés assemblear *democrático* de reflexo da vontade da maioria ou da maioria qualificada²². Nesse contexto, o legislador não impôs limites além daqueles que o próprio direito já tutela em relação ao direito material e ao direito processual. Apenas em relação aos créditos trabalhistas sujeitos à recuperação, que deverão ser pagos dentro de certos limites temporais definidos no art. 54, é que houve uma interferência expressa do Estado quanto ao prazo de pagamento de tais créditos. Neste ponto já podemos identificar que, da forma como confeccionada a Lei n. 11.101/2005, optou-se por não aplicar a regra inserida no direito brasileiro desde o século XIX de tratamento igualitário entre credores do concurso de credores, da mesma forma como aplicada aos casos de falência.

Justamente, por entender que o plano, para que obtenha aprovação, dependeria da deliberação da maioria ou da maioria qualificada, teria de ser capaz de compor com esses grupos heterogêneos, ainda que propondo pagamentos ou cumprimento de obrigações de modo distinto entre os credores das classes votantes. A partir daqui, já que a aprovação do plano depende dessa concordância dos credores sujeitos ao procedimento, caso credores com maior expressão econômica concordem com o tratamento diferenciado de credores mais numerosos, a validade da deliberação assemblear estaria em consonância com o objetivo do instituto do direito recuperacional, pois houve a concordância dos credores sujeitos com tais distinções de tratamento. Ao fim, para a homologação da decisão assemblear, caberá ao Judiciário apenas o controle de legalidade²³ sobre as

²⁰ Para um debate sobre essas funções dispostas sobretudo no art. 47, sugiro: BARCELOS, Guilherme Bier. A Função da Lei de Recuperação e de Falência no Sistema de Direito Privado Brasileiro. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

²¹ Sobre algumas das diferenças entre as assembleias societárias e as assembleias de credores sugiro a seguinte leitura: SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de et al (Coord.). *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107-113.

²² SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembleias-Gerais. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional - Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 33-34.

²³ Com algumas ressalvas em relação ao quanto defendido neste texto, sugiro a leitura de: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade.

condições do plano e sobre o ocorrido no âmbito da Assembleia Geral de Credores, sem interferir nos aspectos econômicos e negociais, mas apenas sobre legalidades, em linha com os fundamentos que são exigidos do juízo nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil.

O objetivo da criação de classes se deu não para a definição das formas de pagamento, mas para a deliberação acerca do plano. Divididos em quatro classes, em regra por maioria em cada uma delas, podem os credores aprovar o plano que entenderem melhor se adequar à realidade à qual estão submetidos. Este é um corolário do direito brasileiro de subsunção do fato à norma: credores e devedores, com relacionamento empresarial mais longo do que o breve momento em que o Judiciário tem conhecimento da existência de ambos, deliberam sobre a reestruturação das atividades empresariais em crise.

Ainda nesse contexto de formação (um *cacófato* proposital neste texto) de classes, optou também o legislador por criar uma classe específica para compor os créditos com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados. Todos votando em conjunto e sem distinção, ainda que haja o tratamento diferenciado entre eles ou entre os diversos grupos de credores que compõem essa classe.

A máxima constitucional dos direitos e garantias constitucionais, insculpida no art. 5º e, neste caso, no inciso II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) ganha espaço também quando o legislador decidiu tolher o direito ao tratamento diferenciado apenas caso a aprovação do plano se dê pela maioria qualificada (*cram down*), nos termos dos §§1º e 2º do art. 58²⁴. Neste caso, na classe em que houve a rejeição por maioria, mas que houve aprovação de mais de 1/3 (apurado na forma da classe definida no art. 45), não pode haver tratamento desigual entre esses credores dessa classe especificamente. Não por um princípio de *par conditio creditorum* (princípio de tratamento igualitário de credores)²⁵, mas para não haver uma manipulação do

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 60, p. 307, abr. 2013. Com uma análise de precedentes e pontos mais convergentes ao que está defendido neste texto, sugiro: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Poder dos Credores e o Poder do Juiz na Falência e Recuperação Judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 936, p. 47, out./2013. Outra análise que também identifica a limitação do Judiciário sobre a interferência nos planos de recuperação judicial pode ser lida em: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os Limites do Poder Jurisdicional na apreciação do Plano de Recuperação Judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 184, abr./2007.

²⁴ Sobre críticas ao modelo escolhido pelo legislador brasileiro para o quórum qualificado ou *cram down*, um debate pode ser discutido sob a perspectiva exposta no seguinte texto: ROMA, Bruno Marques Bensal. Par Conditio Creditorum, Cram Down e o Princípio da Preservação da Empresa: a Recuperação Judicial às Avessas No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 11, p. 381-403, set./out. 2015.

²⁵ Não obstante esta afirmação, não se ignora o fato de a bibliografia brasileira é praticamente uníssona em defender que tal princípio se aplica também no campo do *direito recuperacional*. Nossa proposta, neste texto, é que essa é uma interpretação de longa duração e tradição do *direito falimentar* que acabou se incorporando inapropriadamente ao *direito recuperacional*, justamente por essa característica longa e pela ruptura que se

buscou trazer ao campo do direito da empresa em crise no Brasil, sem a devida educação para a introdução de tal ruptura. Tal princípio é norma cogente, sobretudo nos termos do art. 126 da Lei n. 11.101/2005, presente no capítulo exclusivo da falência, mas considerada - inapropriadamente - como um princípio aplicável ao processo de recuperação judicial e recuperação extrajudicial, sem que seja possível estabelecer qual dispositivo legal permitiria tal interpretação principiológica, pois a previsão no capítulo das recuperações vai justamente em sentido contrário, ou seja, no sentido de permitir o tratamento diferenciado (pelo disposto no art. 58, §2º da mesma lei). Nesse sentido de defesa da aplicação do princípio vide SCALZILLI, João Pedro;

quórum de aprovação em uma situação excepcional em que a maioria é a qualificada e extraordinária. No caso da votação ordinária, conforme o art. 45, em nada há legalmente (ou até pelos princípios que defendemos como aplicáveis ao direito recuperacional brasileiro) de impedimento para que haja diferenciação no tratamento dos credores e isso está em linha com as demais disposições que geram essa ruptura entre o *direito recuperacional* e o *direito falimentar*. Isso nos indica, portanto, uma ruptura com a tradição do tratamento igualitário de credores insculpido no direito falimentar, permitindo, no caso do direito recuperacional, em situações de aprovação ordinária (sem *cram down*), que não se seja aplicado o princípio de *par conditio creditorum*, complementado pela ausência de qualquer forma de prioridades de pagamentos e ausência de um concurso com uma ordem de preferência (uma ausência de uma *priority rule* no direito recuperacional brasileiro).

Essa base também é corroborada ao se analisar o formato escolhido pelo legislador para a incorporação da aprovação via quórum qualificado, também muito relacionada pela bibliografia e pela prática, com o instituto do *cram down* previsto no direito estado-unidense. Não obstante as constantes correlações entre a legislação brasileira e a estado-unidense, temos de ter em consideração que o legislador brasileiro não importou ou simplesmente copiou as disposições de uma lei estrangeira, fazendo uma “má adaptação” ou uma “tradução ruim”, mas sim estabelecendo uma política pública própria do Estado brasileiro acerca da matéria. No caso do quórum qualificado para a homologação extraordinária de planos de recuperação e concessão da recuperação, o legislador brasileiro seguiu uma linha quantitativa e qualitativa. Quantitativa ao se notar que os três primeiros critérios estabelecidos dizem respeito a: (1) aprovação por mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (2) aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 da Lei n. 11.101/2005 ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas - sendo que, a Lei Complementar 147/2014 não alterou estas disposições e passou-se a adotar, majoritariamente, a interpretação de que, em havendo quatro classes, os critérios são de ao menos duas aprovando na forma do art.45 e as outras duas aprovando com mais de 1/3 nos termos do art. 58, §1º; e (3) na(s) classe(s) em que o houver rejeição, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45. E qualitativo, nos termos do §2º do art. 58, ao se estabelecer que o plano não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores da(s) classe(s) que o houver rejeitado. Todos critérios cumulativos e que, para a política pública adotada pelo Brasil, se traduzem de modo ainda mais claro em uma tentativa de mudança significativa na interferência do Estado sobre os interesses heterogêneos entre os credores e devedores que estiverem sob o processo de recuperação judicial. Não há qualquer relação entre a posição melhor de crédito em um cenário de falência *versus* as decisões tomadas para a aprovação ou rejeição de um plano de recuperação judicial dentre os critérios estabelecidos para a concessão, como se vê no direito estado-unidense. Há sim mecanismos para se evitar interesses egoísticos ou oportunistas, seja de devedores, seja de credores, permitindo que o objetivo disposto no texto legal seja alcançado.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 90.

Ou seja, os atuais *cram down* e direito da empresa em crise brasileiros não podem ser comparados de modo linear com o de outros Estados, tampouco podem ser lidos simplesmente sob a base da cultura de longa duração que permeou a história do direito comercial do Brasil. Há elementos de rupturas e de mudanças, tanto da economia, quanto das políticas adotadas pelo Estado até então, que devem ser levadas em consideração antes de se acusar um transplante precário ou incompleto da legislação estrangeira para o direito brasileiro.

Ato contínuo, a regra das deliberações no ambiente recuperacional se dá por meio de assembleias de credores, enquanto no ambiente falimentar, pela história de longa duração que vimos, fortemente marcada pela política adotada pelo Estado por meio do Decreto-lei n. 7.661/1945, a regra de deliberações se dá por meio do Poder Judiciário, via o próprio juízo falimentar (conjuntamente com a administração judicial).

A estrutura falimentar é concursal embasada em um edital, materializada com a formação de uma concorrência estabelecida nos termos do quadro geral de credores, e efetivamente se concretiza sob a forma de um concurso de credores convocados pelo edital que estabelece uma ordem de prioridades de pagamentos e que aguardam a liquidação do ativo do devedor falido para que tenham receber todo ou, ao menos, parte de seu crédito.

A estrutura recuperacional não depende da homologação do quadro geral de credores para seguir seu ritmo de escolha do plano de recuperação e é negocial e impositiva pela vontade da maioria ou da maioria qualificada em um ambiente assemblear; ou seja, não é estabelecida com prioridades de pagamento, tampouco por meio de um edital que determina quem concorre para receber algo decorrente da decretação da falência, e não se caracteriza em um concurso para a satisfação de créditos, contra a liquidação dos ativos do devedor falido.

Os ativos do devedor em recuperação, sob os termos jurídicos do direito brasileiro, não são uma garantia real ao pagamento de todos os credores, salvo se assim ficar definido no plano de recuperação. Essa afirmação teórica também condiz com a prática, ao menos pelo estudo quantitativo e qualitativo realizado sobre os processos de recuperação judicial no estado de São Paulo. Especificamente sobre a venda de ativos por meio de leilão, bem como venda de unidades produtivas isoladas (UPIs), pelo levantamento entre janeiro de 2010 e julho de 2017, foram analisados 290 planos de recuperação judicial aprovados e homologados por juízos de primeira instância, sendo que, em tal estudo, foi observado que apenas em apenas trinta e seis casos, ou seja, 12,4%, havia a previsão de leilão para a venda de ativos; complemente-se também que o fato de haver a previsão de venda de ativos, não implicou em ausência de propostas de outras opções de pagamento²⁶. Ora, se a liquidação de ativos não é a tônica dos planos aprovados, ao menos no estado de São Paulo e ao longo do período de praticamente sete anos de vigência da Lei n. 11.101/2005, não há como se concluir que os ativos do devedor estão dados em garantia aos credores sujeitos ao procedimento recuperacional. Por outro lado, é possível afirmar que a capacidade

²⁶ WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação Judicial no Estado de São Paulo - 2ª fase do observatório de insolvência*. SSRN, 26 abr. 2019, p. 38-41. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3378503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

de geração de caixa e de continuidade das atividades é que é o motor para o pagamento dos créditos e da aprovação de planos de recuperação judicial.

Nesse mesmo sentido de negociação coletiva e democrática há o benefício do período de suspensão das ações e execuções tanto para os credores (pois interesses egoísticos de credores não se sobreporão àqueles interesses dos credores interessados na negociação coletiva), quanto para os devedores (pois poderão se organizar evitando movimentos expropriatórios ou constritivos que afetem seu caixa e seus ativos), de modo que iniciativas individuais não poderão ser adotadas e, com isso, o procedimento poderá seguir de modo organizado para a manifestação de vontades sujeita aos princípios do direito recuperacional. Neste caso, mesmo aqueles credores dissidentes, estão sujeitos à deliberação da maioria, sobretudo em linha com essas características democráticas mencionadas anteriormente.

Outra novidade no quesito das classes, que marca uma ruptura com as leis anteriores, é que os credores com garantia real (especificamente hipoteca, penhor e anticrese), agora são sujeitos ao procedimento recuperacional e também ao procedimento concursal, em caso de falência, sendo que, desde o século XIX, sempre foram considerados como créditos extraconcursais no procedimento falimentar, bem como não reestruturáveis no procedimento concordatário.

Quanto à interferência do Poder Judiciário sobre as atividades do devedor em recuperação judicial, foi criada uma restrição que se coloca à disposição para venda e oneração dos ativos não-circulantes (*ativo permanente* conforme ainda utilizado pelo texto legal, à revelia das alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007 e da Lei n. 11.941/2009). Essa restrição é bem específica para salvaguardar o procedimento recuperacional de atividades que sejam estranhas ao objeto social do devedor em recuperação até a aprovação do plano de recuperação, pois tal restrição poderá ser superada caso haja a previsão de alienação e oneração desses ativos no plano de recuperação, novamente atribuindo aos credores a prerrogativa de decidir e autorizar o devedor e não ao Poder Judiciário a dispor de seu ativo não-circulante, conforme disposto no art. 66 da Lei n. 11.101/2005.

Ou seja, há a restrição de disposição ao menos até a aprovação do plano de recuperação, pois, neste instrumento, o devedor poderá fazer previsões de disposição para alienação ou oneração desses ativos e, a partir dali, não caberá ao Judiciário autorizar ou não a superação das restrições de disposição. Esse formato de disposição é completamente distinto na situação falimentar.

O encerramento dos procedimentos da recuperação e da falência também é completamente diferente. Enquanto na falência o encerramento depende da liquidação dos ativos da massa falida e pagamento do concurso de credores (ainda que do “concurso” dos créditos extraconcursais, pela estrutura da ordem de pagamento dos arts. 151, 85 e 84), a recuperação deveria se encerrar, ao fim do período de supervisão do plano (art. 61), pelo cumprimento de todas as obrigações até o fim de tal período. Ou seja, cumprir o plano, durante o período de supervisão judicial, leva ao encerramento do processo com continuidade dos efeitos do plano de recuperação, caso assim tenha sido definido quando da concessão da recuperação judicial (homologação do plano de recuperação pelo juízo).

Com esses elementos, pelo que se pode depreender, o objetivo da política pública acerca do *direito recuperacional* foi diminuir o papel do Estado e do poder público na interferência das relações creditícias *lato sensu* entre as partes.

Diferentemente do *direito falimentar* em que a interferência ainda é extremamente marcante e os limites são muito mais estreitos.

Essa proposta de abordagem orienta a formação de algumas respostas a partir do próprio microsistema do *direito recuperacional*, conforme criado pela Lei n. 11.101/2005.

O sistema é efetivamente um sistema novo e de ruptura com a longa tradição do direito relacionado à crise econômico-financeira, pois diferentemente de outras disposições legislativas, não requer o decreto da falência para início do procedimento, tampouco impõe restrições sobre as formas e prazos de pagamento. É efetivamente uma escolha de política pública do Estado. Uma escolha que é específica do caso do direito brasileiro e que, se comparada com outros Estados, tem suas semelhanças e suas diferenças, mas que não significa que foi algo simplesmente importado e transplantado precariamente, o que não é novidade, é algo constatado em relação às diferentes jurisdições - diferentemente de outros assuntos jurídicos, como o ramo dos direitos humanos ou do direito penal, em que diferentes jurisdições têm tratamentos similares, apesar das diferenças de economias e culturais²⁷.

Da mesma forma, quando se leva em consideração a perspectiva comparativa com outras jurisdições, de um modo geral, os trabalhos tendem a se concentrar nas vicissitudes que originaram as próprias variações em meios às leis de cada um dos diferentes países, pois, mesmo internamente, as histórias não são lineares²⁸ e contemplam escolhas das políticas públicas que influenciam fortemente as leis falimentares e de enfrentamento da crise econômico-financeira da atividade empresarial. O caso estado-unidense mesmo não pode servir como referência única para a alegação de que o Brasil simplesmente tentou importar as previsões do *Chapter XI* e o fez de um modo inadequado à realidade brasileira, pois a Lei n. 11.101/2005 se assemelha em alguns aspectos, porém difere radicalmente em outros. Um bom exemplo é o dever do Judiciário, ao lado dos *trustees* (geralmente traduzidos como *administradores judiciais*, mas que também não exercem as mesmas funções), de realizar a análise econômica dos planos de reestruturação²⁹, o que considera, inclusive, a formação acadêmica e prática dos juristas, operadores do direito e dos juízes que lidam com a matéria. A formação do direito falimentar e reorganizacional estado-unidense é toda marcada pelas próprias escolhas internas daquele Estado, sobretudo ao se trabalhar a partir de uma lei federal sobre as matérias, diferentemente do que ocorre com o direito societário ou direito

²⁷ Especificamente em relação ao tema falimentar, para uma comparação dos diferentes casos europeus, também num momento de amadurecimento das leis de falência: HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille, MARTINO, Paolo Di. *Bankruptcy Law and Practice. In: Historical Perspective: a European Comparative View (1880 - 1913)*. UK: University of Birmingham, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1639469>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁸ FLESSNER, Axel. *Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview*. In: ZIEGEL, Jacob S. (Org.). *Current developments In: International and comparative corporate insolvency law*. Oxford: Clarendon, 1994.

²⁹ WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy Policymaking*. In: *An Imperfect World*. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 336, p. 352, 1993.

processual civil, cuja competência é estadual, e que não se confundem com as escolhas políticas no Brasil³⁰.

Justamente diante de todas essas vicissitudes e da própria diferença na formação do jurista brasileiro é que a proposta aqui apresentada é de se tentar buscar um debate pelo viés da formação desse campo do direito comercial brasileiro, de modo que seja possível compreender com outro olhar, a própria formação e aplicação da teoria geral de um *direito recuperacional* próprio do Brasil e que revela um caminho distinto daquele adotado por outras jurisdições. A busca por essa medida própria e local inclusive tende a auxiliar numa menor interferência do Poder Judiciário sobre as questões relacionadas aos mecanismos normativos de reestruturação, pois, pela própria estrutura proposta pelo legislador, um dos objetivos da dinâmica das renegociações é atribuir maior liberdade aos credores e devedores para que possam compor seus interesses e um ambiente democrático em que dissidentes tenderão a ser obrigados a aceitar os planos de recuperação, seja em número de credores ou em valor dos créditos presentes nas respectivas assembleias ou signatários dos planos *pré-aprovados* (recuperação extrajudicial).

A dificuldade de se aceitar o novo, como é o caso dos procedimentos recuperacionais atuais, precisa ser superada, mesmo com a grande dificuldade da própria formação daqueles que estão inseridos na prática, sobretudo diante do fato de que a maior parte dos formadores de opinião foi formada academicamente e na prática ainda sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/1945. A mudança realmente é brusca e foi apresentada sem a devida educação que poderia formar conhecimento e, a partir disso, transformar a realidade.

Não obstante tal entrave, uma vez que a experiência deste início de século XXI tem se demonstrado confusa e com um índice altíssimo de interpretações distintas sobre mesmos assuntos, a formação de uma teoria geral do direito recuperacional ou do direito da empresa em crise e das bases adequadas para a compreensão do novo, são fundamentais para que o instituto jurídico e a economia capitalista possam conviver de um modo mais próximo da realidade e, com isso, serem capazes de apresentar soluções efetivamente condizentes com os problemas que levaram à crise da atividade empresarial.

Conclusão

Um problema que destacamos está intimamente ligado à própria formação dos operadores do Direito ligados à matéria, pois, a análise e aplicação da Lei n. 11.101/2005 evidentemente não se iniciou a partir daqueles formados na cultura jurídica iniciada com tal lei, mas sim a partir daqueles formados por uma cultura cuja história de longa duração se demonstrou muito sedimentada nas bases que vimos nos tópicos 1 e 2 deste texto.

Na parte 3 o objetivo foi indicar que há diferenças normativas significativas entre os modelos de tratamento jurídico da crise econômico-financeira da atividade empresarial no Brasil e que isso requer a fundação de um ramo próprio ligado a um

³⁰ Para um aprofundamento sobre o tema do debate político da formação das diversas leis norte-americanas: WARREN, Elizabeth. *op. cit.*, 1993; e MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Business for the Twenty-First Century. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 78, 2004.

direito recuperacional que não esteja intimamente ligado ao *direito falimentar*³¹, pois o direito comercial apresenta instrumentos, regras e princípios distintos que são capazes de trazer soluções e debates também distintos para os casos enquadrados em um ou outro ramo. Ou seja, para que a ruptura efetivamente possa refletir uma política mudança de mudança do eixo de intervenção do Estado por meio do aparelho Judiciário, para que o mercado possa ter maior liberdade e autonomia para enfrentar a crise da atividade empresarial, a formação de bases para uma teoria geral do direito recuperacional é literalmente fundamental, sobretudo diante de um campo do saber jurídico muito carregado pela prática e pela própria dinâmica do mercado.

Ainda que surjam mais mudanças nas leis de falência neste início de século XXI, a prática tem demonstrado que o instituto recuperacional melhor se adequa à dinâmica da economia capitalista, porém o Estado, em especial por meio do Poder Judiciário, precisa ter esse olhar para a realidade e para a dinâmica das relações empresariais de um modo mais célere e menos intervencionista e, para isso, se estabelecer princípios e interpretações consolidadas são premissas fundamentais para a respostas devidas neste campo da prática jurídica. A insegurança jurídica de decisões completamente distintas para um mesmo assunto, como aquelas sobre liberação ou não de garantias fiduciárias, liberação ou não de terceiros coobrigados e outros garantidores, marco inicial para o pagamento dos credores trabalhistas, definição de bem de capital essencial para a atividade do devedor, definição de principal estabelecimento, possibilidade de tratamento diferenciado de credores, dentre outros assuntos que encontram muita divergência ao longo das diferentes jurisdições do Brasil, nos mostra que ainda há muito o que se desenvolver para a formação de uma maturidade mais consolidada sobre esses temas.

O debate para essa formação de uma teoria geral do direito recuperacional é importante também para que as interpretações desse microsistema nos diferentes estados brasileiros, bem como nas diversas instâncias do Judiciário, tenham maior coerência e previsibilidade, de modo que seja possível se estabelecer o grau de maturidade e resiliência da própria economia brasileira, evitando-se com isso o ostracismo do devedor e tornando possível efetivação de um modelo de reestruturação empresarial a partir da própria dinâmica do mercado em que estiver inserido o devedor em crise.

Esse é claramente um passo anterior às próprias mudanças que as leis podem sofrer, pois se sua aplicação prática dependerá daqueles que atuam sob a batuta que dá o ritmo dos processos legais das empresas em crise, parece-nos pouco interessante alterar uma lei, sem que antes se tenha de modo claro qual é a política pública que se pretende estabelecer por meio de uma lei que tem vigência

31 “A recuperação judicial não é o fim da empresa, onde se busca a sua liquidação, mas a continuidade dos negócios por ela desenvolvidos. Essa continuidade da atividade empresarial traz o conflito entre o *tempo empresarial* e o *tempo do processo*, que raramente coincidem, não tendo o magistrado tempo para aguardar (ouvir) todos os interessados em muitos momentos, destacando-se o poder geral de cautela do magistrado e o princípio da instrumentalidade do processo.” LAZZARINI, Alexandre Alves. Prefácio. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 7.

por todo o território nacional e que interfere diretamente nas dinâmicas do mercado de crédito de uma importante economia capitalista global.

Como já dito, o direito e as alterações legislativas, em regra, não são capazes de criar a realidade. A mudança e as tendências de mudanças decorrem da prática e do passar das experiências humanas em sociedade. Compreender o contexto da formação do direito falimentar brasileiro, as opções pela maior concentração do papel do Judiciário e desenvolvimento de um papel de protagonismo dessa instituição (no Código Comercial o procedimento se iniciava pelos Tribunais do Comércio, na instituição que cuidava dos registros mercantis e que posteriormente veio a se tornar a Junta Comercial, para depois ser levado aos juizados municipais, cujas decisões poderiam ser confrontadas nos Tribunais da Relação), bem como os processos de ruptura entre os diferentes movimentos legislativos, que incluem aí a ideia de atribuição às partes e não ao Judiciário, os poderes e mecanismos para negociação, podem trazer informações e perspectivas que serão importantes para compreender os objetivos das diversas políticas públicas por meio do uso das normas relativas ao tratamento jurídico da atividade empresarial em crise e, com isso, estabelecer os fundamentos necessários para que tenhamos efetivamente uma teoria geral do direito recuperacional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Manuel. Nova lei de falências. Estudos, comentários e sugestões ao Projeto de Lei 4.376-b/1993, da subemenda substitutiva de plenário, relator o ilustre deputado Osvaldo Biolchi, e PLC 71, de 2003, com o parecer do ilustre senador Ramez Tabet. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. V. 14, jul./dez. 2004.

BARCELOS, Guilherme Bier. A Função da Lei de Recuperação e de Falência no Sistema de Direito Privado Brasileiro. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

BENSAL, Bruno Marques. Recuperação Judicial e a Eficiência da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 10, jul./ago. 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino [et al.]. **Recuperação Empresarial e Falência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5. Coordenação Modesto Carvalhosa).

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Poder dos Credores e o Poder do Juiz na Falência e Recuperação Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 936, out./2013.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de [et al.] (Coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FLESSNER, Axel. Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview. In: ZIEGEL, Jacob S. (Org.). **Current developments in international and comparative corporate insolvency law**. Oxford: Clarendon, 1994.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da; KÖHLER, Marcos Antonio. **A Nova Lei de Falências e o Instituto da Recuperação Extrajudicial**. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, abril 2005. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70483/texto%2022%20-%20Humberto_Fonseca%20e%20Marcos_Hohler.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jul. 2019.

GORNATI, Gilberto. Ruptura e continuidade na história do direito comercial brasileiro: dos atos de comércio à teoria da empresa (1850-1970). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 16, v. 59, jan./mar. 2013.

HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille; MARTINO, Paolo Di. **Bankruptcy Law and Practice in Historical Perspective: a European Comparative View (1880 - 1913)**. UK: University of Birmingham, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1639469>. Acesso em: 10 jun. 2019.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Plano de Recuperação Judicial: prazo de carência e descumprimento do plano de recuperação. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 4, mar./abr. 2014.

LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). **Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei n. 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do direito comercial brasileiro - criação dos tribunais de comércio do Império**. Relatório de Pesquisa apresentado ao Núcleo de Pesquisa em Direito e História da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Faculdade de Direito, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MANDEL, José Fernando; MANDEL, Julio Kahan. Da Urgência na Modernização da Lei de Falências. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 6, jul./dez. 2000.

MILLER, Harvey R.; WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Business for the Twenty-First Century. **American Bankruptcy Law Journal**, v. 78, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os Limites do Poder Jurisdicional na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 36, abr. 2007.

ROMA, Bruno Marques Bensal. Par Conditio Creditorum, Cram Down e o Princípio da Preservação da Empresa: a Recuperação Judicial às Avesas No Direito Brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 11, set./out. 2015.

SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. A Visão do Ministério Público na Recuperação e Falência: Dez Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 3, jan./mar. 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembléias-Gerais. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito Recuperacional - Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SONKAJÄRVI, Hanna. A aplicação do Código Comercial brasileiro entre 1850 e 1860: análise das evidências de um caso de falência culposa. **Revista Tempo**, Niterói, v. 21, n. 37, 2015.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 60, abr. 2013.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo. 2ª fase do observatório de insolvência**. SSRN, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3378503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World. **Michigan Law Review**, v. 92, n. 336, 1993.