

O uso correto da recuperação judicial

Max Magno Ferreira Mendes

Doutorando e Mestre em Direito

Comercial pela PUC/SP.

*Especialista em Direito Agroambiental
pela Escola do Ministério Público/MT.*

Curso de Extensão em Recuperação

Judicial pelo COGAE.

Advogado.

RESUMO

Este artigo traz evidências legais do uso da Recuperação Judicial no Brasil pensado pelo legislador. O uso que a legislação permite. O uso focado e vinculado ao alcance dos objetivos especificados pela Lei nº 11.101/2025.

Palavras-chave: Aplicabilidade Jurídica. Recuperação Judicial. Soerguimento Empresarial. Processamento da Recuperação Judicial.

ABSTRACT

This article provides legal evidence of the use of Judicial Recovery in Brazil thought by the legislator. The use that the legislation allows. The use is focused and linked to achieving the objectives specified by Law nº 11.101/2025.

Keywords: Legal Applicability. Judicial Recovery. Business Upliftment. Judicial Recovery Processing.

Introdução

O uso do Direito está relacionado intrinsicamente à aplicabilidade da norma. A forma com que o Direito é aplicado (praticado) está vinculada à interpretação das leis. Portanto, o uso da lei depende do hermenauta, ou seja, daqueles que estudam e praticam o Direito no dia a dia.

Isso é ainda mais relevante para uma nova lei que alterou significativamente o direito da insolvência nacional. A Lei nº 11.101/2005 merece constantes estudos hermenêuticos para que a prática do Direito promova as transformações pretendidas pela norma.

Uma lei nova que trouxe a recuperação judicial para o ordenamento nacional merece constantes estudos herméticos. Trouxe no sentido de que antes não existia e de que estamos estudando e praticando a recuperação judicial no Brasil somente a partir de 2005. A curva de experiência acerca da recuperação judicial é a partir da prática que se iniciou em 2005.

Como estamos usando a Lei nº 11.101/2005?

Este artigo tem o propósito de suscitar o estudo sobre a prática da Recuperação Judicial a partir da Lei nº 11.101/2005. Um olhar jurídico que possa enfrentar e analisar os questionamentos acerca do uso inidôneo da Recuperação Judicial. Uma análise que enfrente a hipótese do uso equivocado da Recuperação Judicial e da verificação dos elementos jurídicos presentes na Lei nº 11.101/2005 que afastem o seu mau uso.

A Lei nº 11.101/2005 está sendo bem utilizada?

A Análise Econômica do Direito trará subsídios para que este estudo seja pautado em elementos fáticos e jurídicos mensuráveis no mercado, afastando as premissas eminentemente ideológicas, teóricas e culturais do intérprete da norma.

Qual é a recuperação judicial que o Brasil precisa?

Este artigo irá evidenciar qual é a eficiência econômico-financeira da lei e a importância que a decisão de processamento da recuperação judicial tem para o comportamento dos agentes econômicos e para o equilíbrio de interesses de todos os afetados.

1 O Direito do mundo no Brasil

A forma com que o Direito é aplicado no mundo importa para a prática da recuperação judicial no Brasil. A recuperação judicial no Brasil trata de um fato social que provoca os mesmos impactos econômico-financeiros em qualquer um dos continentes. Ainda é um fato social tratado no Brasil que pode ter repercussão mundial. Portanto, a forma que o direito é aplicado no mundo deve interessar ao aplicador do Direito no Brasil.

A incorporação de pensamentos jurídicos alienígenas ao ordenamento brasileiro sempre é questionada por variados argumentos, como se fosse possível acreditar na evolução e na prática de um ordenamento nacional sem acompanhar os mais diversos pensamentos jurídicos que permearam e que permeiam o mundo. É claro que a ponderação¹ no uso do pensamento jurí-

¹ É certo, no entanto, que, embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa mostrar-se fonte de subsídios útil, nem um nem outra podem ser tomados como absolutos. Vale dizer: elas não devem ser trans-

dico estrangeiro é salutar, mas também a acessibilidade ao novo conhecimento é fundamental para o progresso de um povo.

Para alguns, existe incompatibilidade dos pensamentos do *common law* com os ordenamentos de origem romano-germânica, como é o caso do sistema jurídico pátrio. Esse ponto é relevante, tendo em vista que a análise econômica do Direito foi inicialmente pensada no sistema do *common law*.

Guardadas as suas peculiares estruturas originárias, o fato é que o ordenamento nacional está estruturado com algumas normas constitucionais programáticas, instrumentos constitucionais para suprir a omissão do legislador, elementos legais de integração das normas, de cláusulas abertas e de princípios expressos e não expressos nas leis, com a intenção de integrar e interpretar o arcabouço jurídico brasileiro. O próprio Código Civil foi assentado em alguns valores programáticos como a eticidade, a socialidade e a operabilidade, os quais fazem com que a aplicabilidade da legislação civilista, inclusive a comercialista, seja feita a partir de uma interpretação além do próprio texto escrito da norma.

A doutrina e a jurisprudência têm papel relevante no procedimento de insolvência pátrio ao fato que a aplicabilidade do sistema de insolvência flexibiliza e integra o texto escrito da Lei nº 11.101/2005. A interpretação jurídica no sistema de insolvência é feita a partir de uma lógica de insolvência que não está expressa em nenhuma norma, além de existir o artigo 47, que institui valores programáticos de hierarquia superior. Portanto, não é inconveniente dizer que o sistema de insolvência nacional é construído a partir da lei de insolvência e não pela Lei nº 11.101/2005.

Para enfrentar esta suposta incompatibilidade entre o sistema jurídico norte-americano e o sistema jurídico brasileiro, é salutar trazer um posicionamento do Professor Posner (2010, p. XI-XV) sobre o assunto:

[Entre os constitucionalistas brasileiros] cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos

plantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e modelos pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia do direito brasileiro, conduzindo-nos por caminhos com ele incompatíveis. (GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12.)

legislativos, o que permite e até mesmo impõe o exercício da discricionariedade judicial, (...) A novidade do movimento "Direito e Economia" está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social (...). Seria um exagero dizer que a economia é a própria essência vital do direito, mesmo no common law anglo-americano. Mas trata-se de um exagero sugestivo, que aponta uma afinidade profunda, embora incompleta, entre o processo legal e a teoria das escolhas racionais. Especialmente numa sociedade comercial (como é o Brasil de hoje), é inevitável que os valores comerciais, tais como a eficiência econômica, venham a influenciar as autoridades que determinam os rumos políticos do país, e, como é inevitável a discricionariedade judicial, os juízes se contam entre autoridades. (ARAUJO, 2016. p. 134)

Acreditando ser possível que o ordenamento jurídico possa receber boas contribuições com o estudo dos métodos econômicos consequencialistas, alguns doutrinadores brasileiros² passaram a se dedicar ao estudo da Análise Econômica do Direito.

Na busca de sua compreensão, os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Economia Institucional, construíram importante instrumental de análise do qual não podemos deixar de lançar mão. "Armados com este conjunto de conceitos, torna-se consideravelmente mais fácil analisar o funcionamento do mercado" e, portanto, das empresas e de sua atividade. Não é exagero afirmar que a utilização desse instrumental catalisa a construção de uma teoria geral moderna do direito comercial, auxiliando não apenas a construção, mas a compreensão de conceitos utilíssimos ao "adempimento dell' ufficio del giurista" Como sempre advertiu CARNELUTTI, "[in] on v'è concetoo giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridic ala sua base". A tradição do direito mercantil sem-

² Tais como: Arnoldo Wald, Jairo Saddi, Rachel Sztajn, Luciano Benetti Timm e Ivo T. Gico Jr.

pre pregou a indispensabilidade da observação do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática, para construção da ciência do direito. (...) A compreensão da realidade é pressuposto do estudo comercialista, por isso nossos clássicos nunca deixaram de empregar os ensinamentos dos economistas. É tempo de revitalizarmos essa aliança, como nos propomos no segundo ensaio deste livro. (FORGIONI, 2018. p. 18)

Universidades brasileiras (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2002, p. 281-286) e a própria comunidade jurídica nacional³ acenaram pelo estudo da matéria que vem sendo difundida e impactando a aplicabilidade de algumas áreas do Direito, como é o caso do Direito Econômico e, mais especificamente, o Direito Contratual Empresarial, o Direito Concorrencial e o Direito da Empresa em Crise.

Os instrumentos da ciência econômica têm sido ventilados como argumentos de concretude do Direito nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, como foi o caso do julgamento do REsp. 1.555.202/SP de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen, analisando a situação dos autos sob o viés da literatura de Direito e Economia (Law & Economics), concluem que esse prejuízo “hipotético”, no caso dos “investimentos específicos”, sugere uma percepção limitadora da responsabilidade de quem exerce a resilição, atenta aos custos estritamente necessários ao cumprimento do contrato, e não necessariamente a todos aqueles que tiverem sido realizados pela contraparte (Santolim, Cesar. A proteção dos investimentos específicos na resilição unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. In: Revista Síntese: direito empresarial, n. 35, p. 9-13, nov./dez. 2013)

A análise consequencialista na recuperação judicial deve fazer parte do estudo de todos aqueles que colocam em prática

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Home*. São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

os preceitos da Lei nº 11.101/2005. A análise econômica do Direito apresenta métodos que são úteis na aplicabilidade do Direito, como é o caso dos critérios de eficiência, dos estímulos e dos desestímulos que existem nas leis.

A forma com que a lei de recuperação judicial é utilizada está relacionada com o comportamento dos agentes econômicos.⁴ A pauta sempre será econômica. Portanto, a identificação do critério de eficiência econômico-financeira presente na lei é fundamental para que a prática seja condizente com a expectativa do mercado.

2 O critério de eficiência da recuperação judicial

A eficiência econômico-financeira perseguida pela Lei nº 11.101/2005 com o procedimento estruturado da recuperação judicial está vinculada com a minimização dos impactos negativos nos mais diversos interesses que orbitam a crise empresarial. O sistema de insolvência nacional é um sistema de equilíbrio de interesses, como pode ser percebido nas hipóteses de soerguimentos previstos no artigo 50 da lei.

Algumas das hipóteses de soerguimentos sugeridas pela Lei nº 11.101/2005, como o deságio e o parcelamento, condicionam o crédito já contratado⁵ e, portanto, condicionam o crédito que havia sido livremente pactuado no curso da recuperação judicial. Salutar evidenciar que nem sempre este novo condicionamento terá a anuência do credor em face do critério majoritário instituído para deliberação na Assembleia Geral de Credores. Al-

⁴ O bom funcionamento do sistema econômico e o desenvolvimento da atividade empresarial dependem do adequado e eficiente funcionamento do sistema legal de insolvência empresarial. Isso porque o saneamento do mercado e a preservação de atividades empresariais geradores de benefícios econômicos e sociais se fazem pela aplicação dos institutos da falência e da recuperação judicial de empresas. (COSTA, Daniel Carnio. *As novas funções do Administrador Judicial em processos de insolvência: funções lineares e transversais*. Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. Organizadores: Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. Editora IASP, São Paulo, pg.171).

⁵ (...). 1. A legalidade do plano de recuperação está sujeita ao controle judicial, sem adentrar no âmbito de sua viabilidade econômica. 2. Ausência de ilegalidade/abusividade, no caso concreto, quanto ao deságio (50%), carência (18 meses), prazo e juros (0,5% ao ano) previstos no plano. Direitos disponíveis dos credores. Prevalência da vontade soberana em assembleia. (São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2080041-85.2021.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Alexandre Lazzarini, 19 abr. 2002).

gumas outras medidas restringem a própria gestão do negócio da recuperanda ao fato de que existem sugestões no artigo 50 da lei de alterações dos poderes societários. No corpo da norma, há outras restrições de gestão, como é a obrigatoriedade de apresentação de informações e de restrições de alienação de ativos patrimoniais.

Por causa destes critérios de eficiência econômico-financeira que implica tormentosa consequência ao direito de crédito dos credores e à recuperanda é que a recuperação judicial deve ser utilizada somente naqueles casos em que o solucionamento precisa ser feito dentro de um cenário estruturado de negociação.⁶ Trata-se de um procedimento de exceção.

É facilmente perceptível que a estrutura da Lei de Recuperação Judicial é aparelhada para condicionar direitos para que seja possível ter um equilíbrio de múltiplos interesses, a partir de uma nítida divisão de ônus processuais e materiais.

O equilíbrio desses múltiplos interesses que é perseguido pela recuperação judicial deve ser analisado a partir dos estímulos e das punições (desestímulos) da norma. Isso porque as ações individuais dos agentes do mercado (análise econômica dos comportamentos estratégicos) são racionalmente individualistas, e o equilíbrio de todos os interesses envolvidos na crise só será tutelado em um sistema institucionalizado com uma racionalidade coletiva.

É a racionalidade coletiva que propicia o afastamento do oportunismo e da assimetria de informação, os quais são imprescindíveis para uma negociação em um cenário de crise. A racionalidade individual é condicionada institucionalmente (estado juiz e pela norma) no procedimento da recuperação judicial.

É a racionalidade econômica coletiva que permite que a estrutura legal da insolvência seja assimilada no ordenamento nacional. O procedimento judicial da recuperação da empresa é construído a partir do reconhecimento da relevância das instituições (estado/juiz e norma) do solucionamento das questões contratuais regidas anteriormente pelas primazias do Direito Civil.

As instituições (recuperação judicial) são reconhecidamente relevantes no solucionamento das questões privadas que não foram superadas pelas partes envolvidas e que tenham impactos sociais e econômicos significativos. A opção pelo solucionamento

⁶ BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004, p. 20 e p.47.

das questões de mercado a partir das instituições e da norma, com regras de incentivos e punições claras, traz segurança ao mercado. Essa segurança do mercado é advinda do conhecimento de todas as regras e de todos os eventuais efeitos de um procedimento de recuperação judicial. O conhecimento das regras do jogo e de seus efeitos é o núcleo estruturante da economia de qualquer nação desenvolvida.

A negociação é estruturada pela norma, com intervenções legais que condicionam a vontade das partes, para superar o oportunismo e a assimetria de informação e obter uma conciliação de múltiplos interesses.

Os critérios de eficiência econômico-financeira que tutelam interesses de vários afetados são condizentes com a política de progresso nacional.

Assim, a análise da disciplina relativa à preservação da empresa não prescinde de alguma incursão no plano da utilidade e prestabilidade econômica das normas, uma vez que ao direito, na funcionalização das regras jurídicas, cabe respeitar a noção de eficiência econômica, dificultar o oportunismo, a busca de vantagens desproporcionais ou facilitar desequilíbrios na alocação de recursos que gerem ou aumentem custos de transação. (SZTAJN, 2007. p. 219)

Os interesses econômico-financeiros da coletividade (interesses coletivos) são prestigiados em outros microsistemas jurídicos como o da concorrência. A lei antitruste protege os interesses econômico-financeiros da coletividade. O fato é que este olhar da legislação para os interesses econômico-financeiros de vários interessados no âmbito do direito empresarial, mesmo aqueles interessados não identificados, não é algo peculiar ao procedimento da recuperação judicial, estando presentes em outros microsistemas, como é o caso do sistema de normas que tutela a livre concorrência empresarial.

Assim, a eficiência econômico-financeira da lei não deve ser aferida pelo eventual soerguimento de uma unidade produtiva isolada. A eficiência econômico-financeira da recuperação judicial deve ser vinculada aos impactos positivos em todo o mercado.

(...) No microsistema em que se estrutura o direito recuperacional, o legislador supõe que a

preservação da empresa deve coexistir com o interesse social na arrecadação dos ativos fiscais, por não constituírem enunciados antitéticos. Tal conclusão entremostra-se inelutável na medida em que o princípio da preservação da empresa não deve ser considerado como um objetivo a ser perseguido em atenção à empresa em sua existência isolada, mas também considerando os múltiplos interesses que circunvalam a sociedade. (...) ⁷

A estrutura da Lei de Recuperação Judicial, que suspende a execução, que suspende a prescrição de crédito, que provoca deságio e parcelamento de crédito já contratado, que provoca novação e extinção de crédito, que extingue execução depois do crédito novado, que impõe anuência da maioria em detrimento de eventual discordância da minoria, que restringe os poderes de gestão e que restringe direitos patrimoniais, só encontra justificativa na tutela do interesse social e econômico da coletividade de impactados. A estrutura da Lei de Recuperação Judicial, que é uma estrutura de exceção, pois altera significativamente as relações jurídicas entre credor e devedor, só se justifica pelo interesse econômico-financeiro da coletividade.

Em hipótese alguma a recuperação judicial tem caráter assistencialista, mesmo tendo evidente propósito de tutelar o interesse da coletividade.⁸ Os critérios econômico-financeiros demonstram que os custos da paralisação abrupta da atividade

⁷ STJ; REsp 1.955.325; Proc. 2021/0254007-6; PE; Quarta Turma; Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; Julg. 12/03/2024; DJE 22/04/2024.

⁸ (...) Isso porque a empresa é a célula essencial da economia de mercado e, como tal, cumpre relevante função social. Curioso é que essa função social da empresa nada tem a ver com a prática de atos de caridade ou de cunho social, como em um primeiro momento pode parecer. Efetivamente, a empresa não cumpre função social ao doar itens aos desabrigados de uma enchente ou a plantar árvores em áreas ambientalmente degradadas. Claro que essas práticas são louváveis, mas não se relacionam com a função das empresas (...) Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre sua função social. (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017. p. 82-83.)

empresarial são frondosamente maiores que os custos de internalização propiciados pelo procedimento da recuperação judicial.

A função social da empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. (SZTAJN, 2007. p. 223)

O procedimento da recuperação judicial trata de condicionamento de custos socioeconômicos e não de assistencialismo do mercado e é por isso que existe clara divisão de ônus processuais. O fato é que o uso da norma sempre deve ser aferido a partir do seu critério de eficiência econômico-financeira.

3 Os desestímulos ao uso inidôneo da Recuperação Judicial

Para tratar do uso da norma, é imprescindível utilizar ferramentas que possam mensurar a eficiência normativa. Assim, para o tratamento da mencionada eficiência, é salutar que se tenha a concepção de como os agentes econômicos se comportam diante das regras e quais são as estruturas de incentivos. As escolhas são feitas a partir de uma maximização racional de interesses dos agentes econômicos.

Os interesses estão relacionados aos custos envolvidos nas opções feitas. As escolhas são sempre excludentes e, portanto, sempre existe um custo envolvido. A escolha por A excluiu a opção B. Quando há uma escolha por algo, o agente econômico deixa de usufruir dos efeitos da outra opção, portanto, sempre existe um custo envolvido. O custo da escolha por algo é a renúncia dos efeitos que se teria com a outra oportunidade.

Esse custo não é necessariamente pecuniário, mas no direito da empresa em crise, é sempre a representação de um contexto econômico. É factível presumir que, normalmente, os agentes econômicos irão considerar os custos e os benefícios de suas escolhas. É racional presumir que os agentes econômicos farão as suas escolhas com a finalidade de maximizar o seu bem-estar econômico. É irracional presumir que um agente econômico ado-

tará uma atitude que proporcione prejuízos maiores dos que os benefícios.

Esse custo é denominado de custo de oportunidade (*trade off*) e evidencia que os agentes econômicos pautam as suas escolhas pela maximização racional de seus interesses.

O sistema normativo deve considerar essa escolha racional de maximização de interesses para estar aparelhado com os incentivos que direcionam as escolhas dos agentes econômicos para os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico. Os agentes econômicos reagem aos incentivos da norma e, assim, desenvolvem atividades que irão contribuir com as finalidades do ordenamento jurídico.

Importa em averiguar os incentivos que existem no sistema jurídico de insolvência para que se possa aferir as consequências das normas. A eficiência normativa está intrinsecamente relacionada com as suas consequências práticas na vida dos agentes econômicos.

O fato é que não há estímulos no ordenamento brasileiro para a hipótese de desvirtuamento da recuperação judicial. A lei está muito bem estruturada.

Primeiro, porque o procedimento de insolvência traz consigo vários novos custos de transação em que se verá envolvida a recuperanda, como, por exemplo, aqueles advindos da designação nominativa de empresa em recuperação judicial, da queda ou até da eliminação da expectativa de obter crédito bancário e até mesmo dos eventuais investidores, da dificuldade de firmar ou manter novos contratos empresariais com hipótese de pagamentos parcelados ou pagamentos futuros, da queda da credibilidade e da respeitabilidade empresarial, da indisponibilidade de bens patrimoniais, da eventual ingerência na gestão de seu empreendimento, entre outros.

Segundo, porque existem outros procedimentos e outros parâmetros legais que podem promover a regularização do passivo que não trazem consigo os custos (dificuldades) do procedimento de insolvência nacional.

Terceiro, porque a Lei nº 11.101/2005 está aparelhada com preceitos punitivos para o uso inidôneo da norma. As situações de fraude e de lesões a interesses de terceiros e coletivos são situações que a norma reconhece que devem ser punidas criminalmente. A previsão de preceitos punitivos interfere no comportamento reacional do agente econômico gerando os efeitos *ex ante* da norma. Por outro lado, a subsunção da norma punitiva a um caso concreto praticado no curso da recuperação

judicial gera os efeitos *ex post* da norma. Os efeitos *ex ante* e *ex post* da norma interferem no comportamento do agente econômico, pois criam desestímulos ao uso inidôneo da recuperação judicial.

Quarto, porque a Lei nº 11.101/2005 apresenta uma clara divisão dos ônus processuais.

O estudo reconhece que não existe nenhum estímulo legal para o uso inidôneo da recuperação judicial como procedimento para o soerguimento da empresa em crise temporária e, portanto, remete à análise do uso da lei.

4 A decisão de Processamento da Recuperação Judicial

O uso da lei sempre será uma pauta de estudo jurídico. A lei precisa interferir no comportamento dos agentes econômicos para que os valores perseguidos pelo ordenamento nacional sejam preservados. A lei é um instrumento para que aqueles valores socialmente relevantes sejam vivenciados no Brasil. A lei não é um quadro ilustrativo e sim um instrumento que deve ser bem utilizado.

O uso da lei é feito a partir da sua interpretação. A interpretação da Lei nº 11.101/2005 deve afastar a hipótese do uso equivocado da recuperação judicial, e isso pode ser feito pelo critério de eficiência econômico-financeira, o qual prima pelo equilíbrio de interesses e pela divisão de ônus processuais. Seria a hipótese em que o empresário possa distribuir uma ação de recuperação judicial com o intuito que não seja o soerguimento, ou seja, a hipótese de um empresário que não está em crise econômico-financeira conseguir o processamento da recuperação judicial.

Essa hipótese atentaria contra os princípios finalísticos da recuperação judicial por estar atendendo a um interesse individualista de um empresário e por estar banalizando os instrumentos instituídos pela lei de insolvência nacional, que pretende o soerguimento empresarial. Ademais, essa hipótese estaria subvertendo os primados do direito empresarial, o qual tem como primazia a liberdade de contratação.

Portanto, a aplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 deve passar por uma rigorosa análise do estado de crise econômico-financeira. Esse é um ponto fundamental e que sua análise será o meio para afastar qualquer hipótese de uso inidôneo da recuperação judicial. Todo o estudo acerca da forma com a Lei nº 11.101/2005 que está sendo praticada está relacionado com a caracterização da crise econômico-financeira.

A Lei nº 11.101/2005 tem critérios instituídos para aferição da crise empresarial que possa ensejar o deferimento do processamento da recuperação judicial. Esse critério já é uma realidade e é suficiente para afastar eventuais fraudes aos fins perseguidos na recuperação judicial. Não existe necessidade de novas alterações legislativas.

No entanto, o reconhecimento da crise no curso da recuperação deve ser subsidiado por critérios específicos da crise empresarial. A presença concreta (não teórica ou ideológica) dos subsídios fáticos e jurídicos é indissociável para o reconhecimento da crise.

Para o deferimento do processamento da recuperação judicial, é necessário o reconhecimento do estado de crise econômico-financeira. Os pressupostos processuais seletivos do artigo 48 e dos documentos elencados pelo artigo 51 devem ser criteriosamente exigidos, pois tratam de meios úteis para identificação da crise selecionada pela lei. A crise é própria causa de pedir da recuperação judicial⁹. A flexibilização da própria causa de pedir seria um motivo para permitir o uso inidôneo da recuperação judicial.

A decisão de processamento da recuperação judicial é o principal meio para identificação dos legítimos casos de crise selecionados pela lei. A seletividade está assentada no fato de que a recuperação judicial impõe sacrifícios a vários impactos e com um custo social relevante (interiorização das perdas). A decisão de processamento da recuperação judicial pode impedir o uso inadvertido da recuperação judicial todas as vezes em que forem constatadas deficiências nas razões expostas para a crise ou inconsistência nos documentos apresentados pela recuperanda.

(...) A questão que se coloca é a seguinte: deve o juiz fazer uma análise formal da documentação apresentada, apenas conferindo se os documentos exigidos por lei foram juntados ou deve o juiz analisar, ainda que de maneira perfunctória nessa fase do processo o conteúdo dos documentos? (...) Se não é possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve

⁹ Trata-se da causa de pedir, ou seja, dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, os quais se resumiriam, no processo de recuperação judicial, à crise econômico-financeira. (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 231).

ser a preocupação do juiz nesse momento inicial. É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo período, não tenha funcionários, não produza, não recolha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida, etc. A documentação apresentada pela devedora pode revelar, de início, que se trata de uma situação como essas acima citadas, em que a empresa, por exemplo, não gera empregos e também não produz mais, estando inativa por longo período. (COSTA, 2018, p.9-33)

O fato relevante é que existe uma distinção técnica na lei do que seja o cumprimento dos requisitos de acesso à recuperação judicial e o que a doutrina e a jurisprudência do STJ preconizaram como viabilidade econômico-financeira da recuperanda.

A viabilidade econômico-financeira da recuperanda está relacionada com sua capacidade de estruturar e cumprir um plano de recuperação judicial atrativo aos seus credores e com sua capacidade de soerguer a atividade reconhecidamente em crise e com relevância social. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa análise de viabilidade deve ser feita pelos afetados pela crise vivenciada pela recuperanda.

Outra coisa muito diferente é o cumprimento das exigências procedimentais do artigo 48 e 51, I da lei. Essas exigências procedimentais não estão diretamente relacionadas com a viabilidade econômico-financeira da recuperanda. São exigências procedimentais relacionadas para o acesso à recuperação judicial. Superar as exigências de acesso à recuperação judicial sob o argumento da análise de viabilidade econômico-financeira atenta contra a busca pelo equilíbrio de interesse (eficiência econômico-financeira) e desvirtua o ônus processual estabelecido pela lei.

A flexibilização das exigências dos artigos 48 e 51, I da lei afasta a seletividade da recuperação judicial. Isto porque estaria sendo possível processar uma recuperação judicial de sem a caracterização do estado de crise previsto na lei. Deve-se afastar a hipótese de que a seletividade está apenas vinculada aos preceitos do artigo 2º da lei para conceber a ideia de que o processamento da recuperação judicial deve ser aferido por uma criteriosa análise das exigências dos artigos 48 e 51 da lei.

(...) Nesse contexto, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial deve se ater ao exame formal do cumprimento dos requisitos legais, o que não se confunde com a simples enumeração dos documentos, abrangendo: (i) a verificação de se a empresa está ou não enquadrada nas hipóteses do artigo 2º da LREF; (ii) a comprovação do exercício regular da atividade pelo prazo de 2 (dois anos), o que envolve não apenas o registro mas também a própria existência/funcionamento da empresa; (iii) a descrição, na petição inicial, das razões da crise econômica alegada; (iv) o endereçamento da petição inicial para o juiz onde está situado o principal estabelecimento da requerente; (v) não estarem caracterizados nenhum dos óbices de que tratam os incisos do artigo 48 da LREF, e (vi) a verificação da completude e da regularidade dos documentos exigidos pelo artigo 51 da LREF e, na atual redação da lei, no caso de grupo econômico, a descrição das sociedades que o compõem e se a recuperação está sendo requerida em consolidação processual ou substancial. É oportuno mencionar que a Lei nº 14.112/2020 introduziu o artigo 51-A na Lei nº 11.101/2005, que trata da constatação prévia, seguindo nessa mesma linha de entendimento, no sentido de que cabe ao juiz, quando entender necessário, nomear um expert 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”. (...)¹⁰

Percebe-se que a análise dos requisitos formais (processuais e materiais) de acesso à recuperação judicial não é apenas um checklist de documentos. Os requisitos formais previstos na lei apresentam claros pressupostos substanciais que devem ser aferidos na decisão de processamento da recuperação judicial.

Os documentos exigidos devem trazer informações confiáveis sobre a legitimidade (período do exercício da atividade); sobre o exercício atual da atividade a ser preservada; sobre os impactos sociais da paralisação da atividade a ser preservada (empre-

¹⁰ STJ. Recurso Especial nº 2.103.320/MT (2022/0020321-6). Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

gos a serem preservados, relações de negócios a serem preservadas, tributos...), sobre a crise econômico-financeira individualizada e vivenciada (narrativas e relatórios contábeis).

Essa análise dos documentos pode ser tranquilamente aferida na decisão de processamento da recuperação. Inclusive, a alteração legislativa trouxe a hipótese da constatação preliminar justamente para que o juízo possa contar com um expert para análise dos requisitos de acesso à recuperação judicial. Não teria sentido nenhum a alteração legislativa se o fundamento fosse a análise de um checklist dos documentos.¹¹ Não existe necessidade de um expert para fazer um checklist dos documentos previstos nos artigos 48 e 51 da lei.

A inclusão legislativa da constatação preliminar teve como fundamento a necessidade de aferição das reais condições de funcionamento da recuperanda e também de aferir a regularidade e a completude dos documentos apresentados em juízo.¹² Constatar regularidade e completude dos documentos não é fazer um checklist.

Este trabalho técnico deve ser feito pelo perito na constatação preliminar e não deve ser adiado para ser realizado pelo perito nomeado como administrador judicial. Os experts têm funções diferentes, as quais devem ser preservadas pelo juízo que analisa o processamento da recuperação judicial.

A partir da análise dos documentos, é perfeitamente possível aferir se a empresa está ou não em atividade, se a empresa está ou não gerando algum tipo de riqueza, se a empresa tem algo socialmente relevante para ser protegido (empregos, relações de negócios, monopólio de mercado...) e se está ou não enfrentando uma crise econômico-financeira temporária.

A apresentação de documentos incompatíveis ou incongruentes com a narrativa de crise deve ser motivo para, no mínimo,

¹¹ 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.

¹² As justificativas para a sua realização se fundamentam na necessidade de: i) constatar se a empresa está em atividade – essencial para que possa haver “recuperação” – e ii) verificar o cumprimento das exigências da lei determinadas no art. 51, a regularidade e confiabilidade dos levantamentos contábeis. MANGE, Renato Luiz de Macedo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Coordenador. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo. 2021. pg.328.

existir o sobrestamento do deferimento da recuperação judicial. A apresentação de uma narrativa de crise econômico-financeira incompatível ou incongruentes com as exigências do artigo 48 e com os documentos do artigo 51 deve ser motivo para, no mínimo, existir o sobrestamento do deferimento da recuperação judicial.

(...) A menção à situação de crise econômico-financeira do devedor é relevante, por denotar que, na ausência dessa circunstância, a recuperação judicial perderia a sua razão de ser. Evidencia-se que a crise econômico-financeira é o pressuposto objetivo do processo de recuperação, o qual, portanto, depende da existência daquela e busca promover a sua superação. (CEREZETTI; FRANCO, 2023, p. 87)

A análise de admissão à recuperação judicial deve ser feita de forma completa na decisão de processamento da recuperação judicial para afastar as decisões que postergam essa análise para depois da decisão do processamento da recuperação judicial. O cumprimento das exigências previstas nos artigos 48 e 51 da lei é ônus processual da recuperanda¹³ e deve ser exigido para que os efeitos da decisão de processamento não reverberem nos afetados pela crise do devedor desnecessariamente.

Conclusão

A Lei nº 11.101/2005 foi idealizada para estruturar institucionalmente o soerguimento da atividade empresarial re-

¹³ A recuperação judicial, baseada nessa distribuição equilibrada de ônus, também só tem sentido em função da realização dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da manutenção da atividade empresarial. (...). Todavia, a empresa em recuperação (devedora) também deve suportar os seus ônus, atuando de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão. (...). A empresa em recuperação deve assumir ônus de duas ordens: empresariais e processuais (...). Mas, além dos ônus empresariais, a empresa em recuperação judicial (ou cujo processamento da recuperação judicial já tenha sido deferido) tem também de se desincumbir de seus ônus processuais. (...). COSTA, Daniel Carnio. *Reflexões sobre o Processo de Insolvência: Divisão Equilibrada de Ônus, Superação do Dualismo Pendular e Gestão Democrática de Processos. 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.* Luiz Vasco Elias Coordenador. Editora Quariter Latin, São Paulo, 2015. p.94/95.

levante a partir do comportamento dos agentes de mercado. Existem estímulos e desestímulos ao uso da lei. A lei traz meios estruturados de negociação que não seriam possíveis no mercado (estímulos), mas também gera consequências onerosas e punitivas (desestímulos). Ainda, existem critérios objetivos e subjetivos para selecionar os casos que devem ser tratados pela Lei nº 11.101/2005.

Portanto, a análise não é mais sobre a literalidade da lei. A análise é como a lei tem sido praticada.

A decisão de processamento da recuperação judicial, principalmente para o reconhecimento do estado de crise econômico-financeira, deve ser o filtro a ser exercido pelo Judiciário para que a lei possa ter os encaminhamentos esperados por todos os agentes de mercado. A decisão de processamento deve ser criteriosa na exigência dos critérios objetivos e subjetivos previstos na Lei nº 11.101/2005. A flexibilização das exigências previstas nos artigos 48 e 51 da lei atenta contra as primazias principiológicas da norma, mas, principalmente, atenta contra a estabilização de mercado, pois desprestigia os estímulos e desestímulos legais previstos pelo legislador.

A recuperação judicial não é para todos (alguns legitimados) e não foi idealizada para tratar de todos e quaisquer problemas econômico-financeiros vivenciados nos negócios (apenas crise empresarial). Existem critérios seletivos processuais (legitimados) e materiais (estado de crise econômico-financeira) que são meios para aferição judicial do uso da recuperação judicial.

Quando se propõe discutir acerca do uso inidôneo da recuperação judicial, está se propondo discutir sobre a decisão de processamento da recuperação judicial. A previsão legal já existe e precisamos aferir a prática da lei, analisar as consequências das decisões de deferimento do processamento da recuperação judicial sem integral cumprimento das exigências dos artigos 48 e 51 da lei.

Esse é o ponto que merece a atenção de todos!

Referências

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Associação Brasileira de Direito e Economia. **Home**. São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003**. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004.

COSTA, Daniel Carnio. **Revista Brasileira de Direito Comercial Nº 24**. Ago-Set/2018.

COSTA, Daniel Carnio. **As novas funções do Administrador Judicial em processos de insolvência: funções lineares e transversais**. In **Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho**. Organizadores: Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. Editora IASP, São Paulo.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o Processo de Insolvência: Divisão Equilibrada de Ônus, Superação do Dualismo Pendular e Gestão Democrática de Processos**. 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. Luiz Vasco Elias Coordenador. Editora Quariter Latin, São Paulo, 2015.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. FRANCO, Gustavo Lacerda. **Recuperação Judicial, Crise, Insolvência e Pré-insolvência: Necessária Revisão Conceitual**. In Lei de Recuperação Judicial e Falência. Pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20. Paulo Furtado de Oliveira Filho Coordenador. Editora Foco, São Paulo. 2023. p.87

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Coordenador. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 231.

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

SZTAJN, Rachel. Art. 49. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. A Economia e o Direito de Propriedade: Diálogos FEA e Largo São Francisco. **Revista Da Faculdade De Direito**. Universidade De São Paulo, 2002.

