

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

BRUNO BORGES CLASEN

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL -
PARADIGMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO E PARADOXAL INTERVENÇÃO
DO ESTADO**

**CANELA, RS
2020**

BRUNO BORGES CLASEN

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL -
PARADIGMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO E PARADOXAL INTERVENÇÃO
DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como critério de avaliação da
disciplina de TCC II do curso de
Bacharelado em Direito do Campus
Universitário da Região das Hortênsias, da
Universidade de Caxias do Sul, RS.

Orientador Prof. Ms. Luiz Fernando
Castilhos Silveira

**CANELA, RS
2020**

BRUNO BORGES CLASEN

**A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL -
PARADIGMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO E PARADOXAL INTERVENÇÃO
DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como critério de avaliação da
disciplina de TCC II do curso de
Bacharelado em Direito do Campus
Universitário da Região das Hortênsias, da
Universidade de Caxias do Sul, RS.

Aprovado em 08/12/2020.

Banca Examinadora

Prof. Ms. Luiz Fernando Castilhos Silveira
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Ms. Moisés João Rech
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho
Universidade de Caxias do Sul

Dedico este trabalho à minha
companheira, Márcia Suellen Pereira de
Carvalho, que esteve do meu lado quando
tive de encontrar a chave para as diversas
dungeons da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo dom da vida e oportunidade de empregar esforços naquilo que me cativa. Agradeço imensamente aos meus pais e à minha companheira, Márcia Carvalho, pois proporcionaram a minha imersão no ambiente acadêmico, bem como serviram como verdadeiros pilares e inspiração máxima ao meu crescimento.

Minha eterna gratidão à minha irmã e aos demais familiares que estão inseridos em minha rotina, que sempre me guiaram na busca pelos meus sonhos e mostraram que não estou sozinho nessa jornada.

Sou extremamente grato ao Professor Luiz Fernando Castilhos Silveira, que me orientou ao longo de todo este projeto e proporcionou minha imersão neste tema que tanto me encanta. Agradeço também aos advogados Ariel Stopassola, Daniel Báril, Ícaro da Silveira Frota e Mateus Tenher pelos valorosos debates e dicas de leituras acerca da Recuperação Judicial.

RESUMO

Este trabalho acadêmico analisa o instituto da Recuperação Judicial, notadamente em relação à prática de abusos de direito por parte da empresa recuperanda, adotando como paradigma o liberalismo econômico e a intervenção do Estado. Deste modo, partiu-se da premissa de que há indícios de abuso de direito por parte da empresa neste procedimento, no intuito de verificar qual postura o Leviatã deve tomar para que essas práticas não sejam disseminadas. Para tanto, levantaram-se as hipóteses de que a atuação do Estado é capaz de abrir margem para esse tipo de conduta ilícita; de que a falta de fiscalização e controle sobre a viabilidade do requerimento da empresa também pode abrir margem para práticas abusivas; a existência de dispositivos conflitantes possibilitando a opção de escolha por parte da empresa requerente; e, por fim, a baixa intervenção dos credores ao longo do procedimento como forma de que a empresa não tenha receio de convolação em falência. Concluiu-se que é necessária a atuação do Estado de forma mais fiscalizadora do procedimento, a qual não configura verdadeira intervenção na tramitação da recuperação judicial, uma vez que essa participação ativa pode acarretar em prejuízo para os envolvidos. Por fim, destacou-se a Constatação Prévia como solução para a problemática levantada.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Abuso de direito. Desvio de finalidade. Intervenção Estatal. Liberalismo Econômico.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	11
2.1	PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL	12
2.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAMITAÇÃO DE UMA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	14
2.3	CONCORDATA X RECUPERAÇÃO JUDICIAL	17
2.4	RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	20
3	INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PARADIGMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO E PARADOXAL INTERVENÇÃO DO ESTADO	22
3.1	LIBERALISMO ECONÔMICO	22
3.2	LIBERALISMO ECONÔMICO X NEOLIBERALISMO	25
3.3	A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	28
3.4	CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO E DESVIO DE FINALIDADE	33
4	PREJUÍZOS PARA CREDORES NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	38
4.1	O USO PROTETÓRIO DO INSTITUTO RECUPERACIONAL E A POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ..	38
4.2	ABUSO DE DIREITO DE VOTO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES ..	44
4.3	A INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS APÓS O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	50

4.4 CONSTATAÇÃO PRÉVIA – UMA SOLUÇÃO PARA OS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL?	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o tema relacionado à utilização abusiva do instituto da Recuperação Judicial por parte das empresas recuperandas, o paradigma do liberalismo econômico e a paradoxal intervenção do Estado. Para tanto, buscará verificar a posição do Ente Federativo frente a este instituto, notadamente por haver indícios de abuso de direito por parte das empresas submetidas a este procedimento ao longo de sua tramitação.

Ressalta-se que se optou pela adoção do tema relativo aos abusos de direito percebidos no procedimento de Recuperação Judicial, em decorrência da relevância dos impactos da atuação empresarial frente aos credores. O abuso de direito, por si só, já é extremamente relevante para o ordenamento jurídico, tanto é verdade que é repreendido por ele, conforme previsão contida no Código Civil Brasileiro.

Deste modo, é inegável que mero desvio de finalidade do instituto concebido pela Lei 11.101/2005, é de suma relevância para toda a coletividade, uma vez adotado como parâmetro o louvável objetivo consubstanciado no art. 7º do referido diploma legal, que prioriza a proteção da economia como um todo. Nota-se que com a conduta de determinada empresa que age de forma contrária à norma, seja por negligência ou não do Estado, não apenas seus credores, mas toda a sociedade que se beneficia de alguma forma da prestação de serviços, poderá ser lesada.

Logo, uma vez que as consequências podem ser gravosas para toda a coletividade de determinada região, assim caracterizada em decorrência da atuação empresarial, mostra-se necessário o emprego de estudo mais aprofundado sobre o tema, a fim de verificar a necessidade de reparos da Lei para coibir as possíveis práticas abusivas da devedora. Vale dizer, ainda, que os limites da atuação estatal, notadamente em relação ao procedimento de Recuperação Judicial de empresas, mostram-se de vital importância para a economia pátria, visto que adotada a fixação de balizas pelo modelo econômico-financeiro assumido pelo Leviatã.

Nesse ínterim, pretende-se verificar se a hipótese de que a atuação do Estado, seja através do legislador, seja através do magistrado, é capaz de abrir margem para o desvio de finalidade da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, de modo a privilegiar demasiadamente uma das partes em detrimento da outra, bem como se a falta de efetiva fiscalização e controle sobre a viabilidade e a tramitação da

Recuperação Judicial de determinada empresa abre margem para que a recuperanda possa desvirtuar a finalidade do instituto em seu benefício.

Buscar-se-á, também, verificar se a existência de dispositivos conflitantes na Lei Recuperatória, bem como a falta de princípios norteadores, enquanto hipótese, faz com que a empresa recuperanda procure a aplicação de dispositivos que melhor lhe convém, ainda que em prejuízo da parte adversa. Por fim, pretende-se analisar a hipótese de que se a participação menos ativa dos credores, sobretudo daqueles detentores de créditos de baixo potencial, no momento da impugnação ao plano de recuperação judicial, faz com que a empresa recuperanda conduza de seu modo o procedimento, sem receio de convolação em falência.

Destarte, o efetivo objetivo do presente estudo é o de analisar as hipóteses elencadas acima, a fim de verificar se a ação do Estado é relevante para o surgimento e repercussão do desvio de finalidade e abusos de direito promovidos pela empresa submetida ao procedimento recuperatório, bem como delimitar a posição do Ente Federativo no procedimento de Recuperação Judicial a partir do caráter econômico assumido pelo Leviatã, notadamente no âmbito privado, a fim de que se possa elucidar os diversos fatores e consequências da utilização abusiva por parte das empresas, possibilitando o exame de necessidade ou não de intervenção estatal como solução para os problemas ocasionados por essa conduta.

Para tanto, o presente trabalho, embasado por pesquisa de natureza exploratória que se utiliza, parcialmente, do método indutivo, tratará das principais características do procedimento recuperatório, a fim de abordar seus princípios, características e tramitação legal, promovendo exploração descritiva do sentido da Lei 11.101/2005. Após, pretende-se analisar os modelos econômicos como o liberalismo e o neoliberalismo, de modo a verificar a compatibilidade da normativa com seus preceitos, no intuito de analisar a viabilidade ou não de intervenção estatal no procedimento recuperatório.

Traçados essas principais características da norma Recuperatória, compreendido o seu real propósito bem como a sua posição no globo econômico, serão empregados esforços na busca pelo conceito de abuso de direito e desvio de finalidade. Tudo com o objetivo de verificar algumas das hipóteses dessas práticas ilícitas ao longo do procedimento recuperatório, analisando-se as suas causas e consequências. Por fim, será tratada da Constatação Prévia e a sua pertinência para a Recuperação Judicial, ainda que não prevista na Lei federal, a fim de verificar as

suas repercussões e aplicabilidade no modelo recuperatório hoje adotado pelo nosso sistema pátrio.

2 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A partir do momento em que uma empresa já não consegue suportar suas dívidas ou se manter ativa no mercado em que atua, é esperado que encerre suas atividades, liquide os seus ativos entre seus credores, a fim de que outra empresa possa assumir o seu lugar. Esse é o conceito que se estabeleceu por falência (OLIVEIRA, 2005, p. 324), e é comumente disseminado como a única alternativa para as empresas insolventes.

No entanto, essa discussão vai além, uma vez que a crise econômico-financeira de determinada empresa, que contribua assiduamente para a coletividade, através da geração de empregos e da manutenção da economia, é de grande pesar para todo o meio social. Logo, ofertar a falência para essa empresa pode trazer consequências negativas não apenas para ela, mas para toda a coletividade, visto que o principal alvo é a economia como um todo.

Na experiência de Daniel Carnio Costa, ao se deparar com a crise da atividade empresarial, a empresa poderá adotar três posturas diferentes: superar a crise por suas próprias forças, ir à falência ou, mesmo que seja uma empresa viável, não conseguir vencer essa situação de crise (COSTA, 2015, p. 91).

Com isso, a fim de atender aos anseios econômicos das regiões afetadas pela inatividade empresarial, o poder legislativo incumbiu-se da prerrogativa de criar mecanismos para dar uma nova possibilidade para essas empresas, o que fez com que surgisse a atual Lei de Recuperação de Empresas e de Falência, nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Deste modo, àquelas empresas que não mais conseguem promover a manutenção de suas atividades rotineiras, seja por falta de capital, seja pela má gestão empresarial, poderão ter uma nova chance no mercado, desde que atendidos os pressupostos contidos no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005. Logo, não são todos os casos que merecem e que devem ser remetidos ao processo falimentar.

Ressalta-se que, diferentemente da Falência, a Recuperação Judicial tem por escopo ser muito mais flexível, uma vez que as dívidas podem ser negociadas entre o devedor e credor, de modo que o instituto é capaz de angariar forças para que a empresa possa evitar a falência (MAGALHÃES, 2019, p. 2). Tal fato, juntamente com as demais características que serão melhor tratadas adiante, permite que a empresa

possa ser reerguida, ou seja, reinserida no mercado para que continue a oferecer seus serviços, gerar empregos, e fomentar a economia.

No entanto, há de se ressaltar que não são todas as empresas que merecem ou que devem ser recuperadas. Por ser uma reorganização de atividade econômica, muitas vezes de grande proporção, acaba por se tornar extremamente custoso para aqueles que devem financiá-la. Ademais, no tocante a este tema, vale ressaltar que a principal responsável pela reestruturação das empresas é a própria sociedade brasileira, uma vez que tem de arcar com os custos da má-gestão empresarial, por meio dos créditos bancários, bem como por meio dos produtos e dos serviços ofertados e consumidos em valores exponencialmente elevados, que são destinados a socializar os efeitos das recuperações de empresas (COELHO, 2016, p. 318).

2.1 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL

Feitas as considerações preliminares acerca do instituto da Recuperação Judicial, faz-se mister analisar algumas de suas principais características, a fim de que seja possível melhor explorar a problemática que será tratada posteriormente. Como todo regramento jurídico, o Direito Falimentar e Recuperacional é composto por vasta gama de princípios que servem para a fixação das balizas da atual legislação sobre o tema.

Um dos princípios de maior relevância para a Recuperação Judicial, dado que proporciona o exercício dos demais, é o princípio da propriedade empresarial, defendido por Fábio Ulhoa Coelho na obra de Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (COELHO, *apud* MENEZES, 2012, p. 13). Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da função social da propriedade, hoje adotado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII.

A essência do princípio da propriedade empresarial pode ser encontrada nos ensinamentos entabulados por John Locke, pois, conforme Roger Leal, ao discorrer sobre a pertinência da propriedade ao longo da história, afirmou que: “considerada, a partir das lições de John Locke, como direito vinculado às ideias de liberdade e trabalho, a propriedade passou a constar de tais declarações como direito fundamental inato à pessoa humana” (LEAL, 2012, p. 55).

Nota-se que tal princípio está efetivamente inserido na atual Lei de Recuperação de Empresas e de Falência a partir da leitura da exposição de motivos desta norma: assim sendo, a proposta legislativa mencionada visa a, primordialmente, proteger credores e devedores, salvaguardando, também, a empresa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1993).

Ademais, outro princípio que traduz um dos maiores objetivos do instituto da Recuperação Judicial, senão o maior deles, é o princípio da preservação da empresa defendido por Tarcísio Teixeira (2012, p. 5). A essência desse princípio pode ser encontrada na leitura do 47 da Lei nº 11.101 de 2005:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (2005, não paginado).

A regra é, portanto, buscar salvar as empresas economicamente viáveis, seja através da recuperação judicial, seja através da recuperação extrajudicial. A falência, conforme mencionado, é a *ultima ratio*, quando não mais é possível preservar a atividade empresarial (SALOMÃO, 2019, p. 24).

Outra característica da norma pertinente para o presente estudo, é o incentivo ao empreendedorismo que o instituto proporciona aos empresários, assim como no caso da separação patrimonial do sócio e da pessoa jurídica (TEIXEIRA, 2012, p. 6). Isso permite, portanto, que os empresários não desenvolvam receio ao empreender, uma vez que possuem certa garantia no caso de ocorrer fatores alheios a essa vontade. Trata-se, portanto, de uma jogada capaz de fomentar a economia.

Alexandre Lazzarini, por sua vez, defende a ideia de um princípio da transparência, de modo que a empresa deve ser a mais transparente possível no momento da apresentação da proposta de recuperação judicial, a fim de que seus credores possam avaliar as extensões e consequências dessa proposta (2007, p. 4). Esse princípio está intimamente ligado com a honestidade que a empresa devedora deve ter no momento do pleito do pedido recuperatório, a fim de expor toda a sua dificuldade e cuidado com o adimplemento de suas dívidas.

Por outro lado, ainda em relação à Recuperação Judicial, cumpre ressaltar a divisão de ônus entre devedores e credores, uma vez que a Lei não se propõe a

proteger apenas um dos envolvidos (COSTA, 2015, p. 94). Tal fundamento também pode ser encontrado no artigo 47 da Lei de Falências e de Recuperação Judicial.

Para tanto, pode-se citar como exemplo os prejuízos sofridos pelos credores, em curto ou médio prazo, visto que não poderão executar ou cobrar seus créditos. Assim, terão de aguardar o procedimento, seja ele o falimentar, seja o recuperacional.

Por outro lado, a empresa insolvente também não poderá aderir aos procedimentos mantendo-se inerte, uma vez que tem de sempre observar a boa-fé, tornando seus atos transparentes para os interessados, recolher a tributação, seguir produzindo e fazendo circular seus produtos e serviços, de modo a preservar a economia que se beneficia com a manutenção da atividade empresarial (COSTA, 2015, p. 95).

Destarte, deve haver considerável divisão de ônus entre a empresa e seus credores para o efetivo funcionamento da Recuperação Judicial. Conforme mencionado, trata-se de um procedimento no qual é necessária a comunhão de esforços para que nenhum dos envolvidos sofra de prejuízos expressivos, consoante aufere-se no artigo 47 de seu instituto legal.

Vale dizer que a divisão equilibrada do ônus está intimamente ligada com o princípio da superação do dualismo pendular, que é a forma de tratamento do legislador e do intérprete da norma para não haver favorecimento a nenhum dos polos no tocante ao processo recuperacional (COSTA, 2015, p. 100). Portanto, nem os credores, nem a empresa devedora deve ser favorecida, visto que, nos termos da Lei Recuperatória, deve-se verificar tão somente seus objetivos, e não os interesses dos envolvidos.

Evidentemente, a análise dos princípios e das características da norma é de vital importância para situarmos a Lei Recuperatória no globo, uma vez que é possível compreender seus objetivos e delimitações. Com isso, a inobservância ou extrapolação desses limites poderá ferir o real propósito da norma, e é justamente essas infrações que se pretende verificar.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAMITAÇÃO DE UMA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ainda que tenha sido analisada brevemente a tramitação da Recuperação Judicial, bem como seus princípios e características, é pertinente aprofundar pouco

mais a fundo a análise do procedimento como um todo. Isso porque é justamente em sua tramitação em que se observam possíveis abusos por parte de seus envolvidos, de modo a desvirtuar o propósito da norma.

Para José da Silva Pacheco (2015, p. 185), é possível apontar três fases ao longo do Processo de Recuperação Judicial. A primeira delas, como nos demais casos do processo civil, é a fase postulatória, que tem início com a própria iniciativa da parte. Deste modo, através de petição escrita, a empresa devedora deve formular seu pedido, demonstrando ter preenchido todos os requisitos para o efetivo processamento da recuperação.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a recuperação judicial de determinada empresa deve ter início com a crise econômico-financeira, seja pela má gestão empresarial, seja por fatores alheios à vontade da empresa, conforme mencionado.

No entanto, para que a empresa possa ser submetida ao procedimento recuperacional, é necessário que se enquadre nos requisitos constantes no artigo 48 da Lei 11.101/2005. Assim, a empresa não deve ser falida e, caso tenha sido, deverá ter declarada extintas as responsabilidades dela decorrentes; não deve ter, há menos de cinco anos, se submetido a outro procedimento de recuperação judicial, ainda que com base em plano especial previsto no artigo 70 do mesmo diploma legal; e não ter sido condenada, ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Recuperação de Empresas e de Falência.

Frisa-se o fato de que esses requisitos possuem o condão de possibilitar maior seriedade ao instituto, uma vez que, conforme mencionado, não são todas as empresas que devem ou que merecem ser recuperadas.

Este é, também, o momento no qual cabe a empresa apresentar o plano de recuperação judicial, o qual deve indicar, de forma pormenorizada e fundamentada, o meio ou os meios pelos quais a empresa devedora deverá superar as dificuldades que enfrenta (COELHO, 2016, p. 327). Vale dizer que o plano deve observar o disposto no artigo 50 da Lei que regulamenta este instituto (PACHECO, 2013, p. 143).

Do extenso rol deste dispositivo, merecem especial atenção a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; alteração do controle societário; a venda parcial dos bens da empresa; administração compartilhada e trespasse ou arrendamento de estabelecimento. Ou seja, percebe-se que, de fato, a mais apta para estabelecer a estratégia a ser empregada é a própria

empresa, uma vez que tem conhecimento dos fatores que ocasionaram a crise na qual está submetida.

A segunda fase, por sua vez, se dá a partir da verificação, pelo Juízo, do cumprimento de todos os requisitos apontados acima. Assim, tem início a fase instrutória e decisória, também denominada como fase de deliberação por Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 327), em que o principal objetivo é a verificação e votação do plano de recuperação judicial.

Trata-se de uma assembleia geral de credores, na qual as condições da tramitação são apresentadas aos credores, que têm por encargo deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado (SALOMÃO, 2019, p. 171). Neste ato, os credores são divididos em classes distintas, de modo a observar o rol entabulado nos incisos do artigo 41 da Lei 11.101/2005: credores trabalhistas, titulares de créditos com garantia real e credores quirografários (comuns, ou seja, livres de quaisquer prerrogativas).

Nota-se, aqui, a natureza contratual deste instituto, visto que, neste momento, são os credores que irão decidir pela extinção ou não da sociedade empresária, pois, em tese, o juiz não detém este poder (SALOMÃO, 2019, p. 171).

O encerramento desta fase se dá com o deferimento do processamento da recuperação judicial, consoante previsão contida no artigo 58 da Lei nº 11.101/2005. Destaca-se que tal decisão constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 59, §1º, do mesmo diploma legal (PACHECO, 2013, p. 185). Ademais, tal fase também pode encerrar caso o plano ofertado pela empresa seja rejeitado pelos credores. Neste caso, o processo será convolado em falência, nos termos do artigo 73, III, da Lei recuperatória.

Há indícios de que tal dispositivo também teve o condão de proporcionar maior seriedade ao instituto, visto que a empresa em crise, em suma, deverá ter interesse na aprovação do plano, de modo que a sua rejeição não seria benéfica para a sociedade empresária. Com isso, surge a preocupação empresarial de ver a tramitação do plano ofertado, o que evitaria abusos por parte do devedor.

Já a terceira fase, denominada de execução do plano recuperatório, ou tão somente fase de execução, inicia-se apenas no caso da existência da decisão que determina o processamento da recuperação judicial, que permite o exercício dos atos previstos no plano de recuperação judicial. Esses atos, por sua vez, terão prosseguimento até o cumprimento de todas as obrigações constantes no referido

documento que se vencerem até dois anos da decisão que determinar o procedimento da recuperação judicial.

Outra consideração importante que é necessário se fazer acerca do procedimento recuperatório, é a figura do administrador judicial que acompanha a tramitação deste procedimento. O administrador judicial atua como verdadeiro auxiliar do juiz, sob sua direta supervisão, de modo que deve ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada (COELHO, 2016, p. 323).

Compete ao administrador judicial promover a efetiva verificação dos créditos, presidir a assembleia geral de credores, bem como fiscalizar a empresa recuperanda. Há casos em que é determinado o afastamento dos administradores da empresa para que seja possível a realização do procedimento recuperatório. Nesta hipótese, é possível que o administrador judicial angarie, também, a função de administrador e representante da sociedade empresária que requereu a recuperação judicial (COELHO, 2016, p. 324).

Com isso, percebe-se que a intenção do legislador foi a de aliviar os encargos do magistrado, uma vez que não teria condições de exercer todas essas atribuições derogadas ao administrador judicial. Nota-se, portanto, a importância desta figura nos procedimentos recuperatórios.

Destarte, tal procedimento é dotado de extrema seriedade, como pode-se observar ao longo de sua complexa estrutura. Ademais, restou evidenciada a natureza contratual da Recuperação Judicial, bem como as pontuais intervenções do Estado, que se dão por meio do magistrado. No entanto, conforme será demonstrado, nem todas as tramitações ocorrem desta forma, uma vez que a regra aqui apontada muitas vezes não é observada, seja pela empresa devedora, seja pelo aplicador da norma.

2.3 CONCORDATA X RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Não há como compreender a finalidade e as reais características da Recuperação Judicial sem analisar, ainda que brevemente, sua tramitação ao longo da história. Logo, é necessário abordar as principais diferenças entre a Concordata, instituto que, no passado, se assemelhava à Recuperação Judicial, e a atual Lei Recuperatória.

Inicialmente, cumpre referir que houve outros institutos anteriores à Concordata do Decreto-lei 7.661 de 1945 que disciplinaram a Recuperação Empresarial, uma vez que tal instituto está intimamente ligado com a história do Direito Falimentar, o qual teve início ainda na época do Brasil Império. No entanto, o presente estudo não se propõe a comparar essa evolução através da história, mas tão somente traçar significativas mudanças no procedimento, utilizando como paradigma a norma anterior à atual Lei 11.101 de 2005.

O berço da Recuperação Judicial é, pois, a Concordata, que teve surgimento com o Decreto 917 de 1890. Nesta época, este instituto se caracterizava por derogar demasiado poder aos credores, que praticamente conduziam o procedimento empregado para a reestruturação da empresa (SALOMÃO, 2019, p. 8).

Ressalta-se que a Concordata sofreu alterações legislativas, as quais foram muito criticadas por parte da doutrina. Isso porque essa modificação, que se deu por meio do Decreto-Lei 7.661/1945, permaneceu restringindo em grande escala a liberdade das empresas no tocante aos métodos a serem empregados para a reestruturação empresarial, notadamente em relação a prazos para pagamento e limitações aos créditos habilitados na recuperação judicial. Melhor conceito se extrai das palavras de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli (2020, p. 226):

Na concordata preventiva, os meios eram taxativamente delimitados pelo art. 156, § 1º, do Decreto-Lei 7.661/1945, possibilitando apenas uma limitada dilação de até dois anos no prazo para pagamento do passivo quirografário, com abatimentos igualmente taxados pela lei. O exercício da pretensão à concordata pressupunha que o devedor fizesse promessa de pagamentos, nos restritos termos permitidos pela legislação concursal. Demais disso, essa promessa era apenas de pagamento, sem que pudesse ser acrescida de cláusula de cessão da empresa, de conversão de créditos em participação societária ou de “cessão de bens disvestitiva, segundo a qual o devedor, cedendo aos credores os bens, se libera das dívidas”. Já por aqui vê-se por que razão a concordata consistia em um instrumento de baixíssima eficiência para recuperar empresas: de um lado, não possibilitava à empresa reequacionar seu fluxo de caixa; de outro, as restrições aos meios de concordata impossibilitavam que se maximizasse o valor dos ativos operacionais, preservando-se o valor de *going concern* da empresa devedora.

Na experiência de Rodrigo Almeida Magalhães, a Concordata, ao longo de cerca de 60 anos, mostrou-se insuficiente ao se propor a possibilitar uma solução eficiente para a reestruturação da atividade empresarial diante da crise econômica, financeira e patrimonial. Isso porque, não era comum a cooperação e intervenção

adequada por parte dos credores e demais interessados na atividade negocial (2019, p. 1).

Tanto é verdade que a Concordata era comumente reconhecida pelo caráter de liquidação dos bens da empresa insolvente entre os credores, de modo que o Estado não se preocupava com a manutenção efetiva da atividade empresarial. Naquela época, se preocupava tão somente com a retirada do devedor do mercado, de forma menos gravosa para os credores (TEIXEIRA, 2012, p. 3). Com isso, é possível identificar que o procedimento em muito se assemelhava com o que se entende nos dias atuais por falência.

Logo, percebe-se que não havia um instituto que servia como verdadeiro mediador entre o devedor (empresa) e os credores, para que ambos não fossem prejudicados pela insolvência do primeiro. Neste ponto, a Lei em vigor é muito mais flexível, deixando nítida a natureza contratual do instituto.

Enquanto que a Concordata possibilitava tão somente um novo fôlego para a empresa em crise, através de prazo para pagamento das dívidas, consoante se extrai do artigo 156 do Decreto-Lei 7.661/1945, a atual legislação faculta ao empresário a escolha da estratégia a ser empregada na reestruturação da empresa, conforme pontua o artigo 50 da Lei 11.101/2005 (TEIXEIRA, 2012, p. 3). Isso porque, conforme analisado, a figura mais apta para evitar a falência é a própria empresa, uma vez que tem ciência das causas e consequências da crise a qual foi acometida.

Pela essência dos dois dispositivos citados, percebe-se a grande diferença entre os institutos. Descontos e prazo para pagamento das dívidas, na maioria das vezes, não são capazes de promover a devida reintegração da empresa ao mercado no qual atuava. É necessário ir além, conforme o fez o rol do artigo 50 da Lei de Falências e de Recuperação Judicial.

Por outro lado, é possível perceber que ao longo de boa parte da história do Direito Recuperatório, a legislação pertinente a cada período tratou com disparidade os credores e os devedores, ora favorecendo determinada classe, ora atentando-se para as necessidades da outra. Isso porque a Concordata visava tão somente os interesses dos credores, enquanto que a atual legislação parece favorecer com um pouco mais de intensidade a empresa devedora.

Outrossim, é possível verificar que o berço da Recuperação Judicial em muito se assemelha com o que entendemos hoje por recuperação de empresas. No entanto, era inegável que naquele instituto muitos dos princípios que estão em vigor hoje não

tenham espaço para prosperarem, como é o caso da natureza contratual, tendo em vista que a empresa não detinha muita liberdade sobre seus ativos que eram, basicamente, liquidados entre os credores.

2.4 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Além da Recuperação Judicial e da Falência, a Lei 11.101 de 2005 previu a possibilidade de realização de recuperação de empresas na modalidade extrajudicial embora não seja tão disseminada em nosso meio quanto esses outros institutos.

Anteriormente à vigência da atual legislação, era comum haver muita celeuma sobre a possibilidade ou não de acordos extrajudiciais. Era sabido que muitas empresas, diante da iminente decretação da falência, buscavam seus respectivos credores a fim de regularizar suas dívidas. No entanto, com exceção da Concordata que flexibilizava, ainda que minimamente, esses acordos, não era comum observar-se manifestação expressa por parte do legislador em relação a essa prática (SALOMÃO, 2019, p. 497).

No entanto, com a extinção da Concordata, sobreveio a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial. Este último instituto, por sua vez, é conhecido por ser uma verdadeira regulamentação de acordos informais que eram praticados pelos empresários, uma vez que se constitui pela renegociação parcial das dívidas. Com isso, não é necessária a participação de todos os credores para a renegociação das dívidas, bem como a realização da assembleia geral para a aprovação do plano proposto pela empresa devedora (SALOMÃO, 2019, p. 500).

Melhor conceito se extrai da experiência de Fábio Ulhoa Coelho acerca do tema:

Para simplesmente procurar seus credores (ou parte deles) e tentar, em conjunto com eles, encontrar uma saída negociada para a crise, o empresário não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação ou renegociação e assumem, por livre manifestação da vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se que proporcione o reerguimento do devedor. (COELHO, 2016, p. 333).

No tocante aos requisitos que viabilizam a Recuperação Extrajudicial, é necessário que o devedor atenda aos mesmos critérios ensejadores da Recuperação Judicial analisados anteriormente, assim previstos no artigo 48 da Lei Federal, bem

como atender aos requisitos contidos no artigo 161 do mesmo diploma legal, a saber: não estar pendente pedido de recuperação judicial, ou não ter obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 anos.

Na hipótese de uma minoria dos credores apresentar óbice ao plano de recuperação extrajudicial, vale destacar que não há prejuízo da viabilidade da negociação. Isso porque é considerado injusto que uma pequena parcela inviabilize as tratativas em detrimento do reerguimento da empresa, bem como do recebimento dos créditos pelos demais credores (COELHO, 2016, p. 333).

Para tanto, é necessária apenas a homologação do plano extrajudicial por parte do Juízo, desde que o plano seja assinado por credores que representem 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, nos termos do artigo 163 da Lei Federal.

Esse é o procedimento no qual a natureza contratual prevalece sobre qualquer outra, dada a inteira negociação entre os envolvidos. Ademais, cumpre destacar que pode ser uma alternativa muito viável para as empresas que possuem condições financeiras para tanto, uma vez que é muito menos morosa em virtude de não ser necessária a tramitação judicial, bem como de ser desnecessária a realização de assembleia geral de credores. Ressalta-se que tal solução também pode ser benéfica para os credores, uma vez ponderada a celeridade da tratativa e as condições de pagamento.

3 INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PARADIGMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO E PARADOXAL INTERVENÇÃO DO ESTADO

Transpassada a análise das principais características da norma que regulamenta a Recuperação Judicial, bem como as suas ramificações, é possível concluir que o Estado brasileiro desempenha função de vital importância para o procedimento, uma vez que é responsável por conduzir a negociação que ocorre entre os envolvidos. No entanto, é sabido que um dos maiores dilemas que circunda o tema relacionado à Recuperação Judicial, é a forma de intervenção do Ente Estatal no âmbito privado, essencialmente por se tratar de verdadeira interferência na liberdade contratual das partes.

No entanto, antes de concluir pela viabilidade ou não da intervenção estatal na seara empresarial, notadamente em relação ao procedimento recuperatório, é necessário traçar alguns conceitos econômicos primordiais, com o objetivo de melhor situar a Recuperação Judicial no plano econômico.

3.1 LIBERALISMO ECONÔMICO

Um dos modelos econômicos de maior repercussão no mundo é o liberalismo econômico, que está intimamente ligado ao sistema capitalista. Ele pode ser caracterizado por baixa intervenção estatal no âmbito privado, de modo a estimular a concorrência e a liberdade individual. Com isso, surge a necessidade de empregar uma breve análise no tocante a este sistema, visto que pode conflitar com os preceitos da Recuperação Judicial.

Destarte, não há como verificar o liberalismo econômico na atualidade, sem antes tratarmos do liberalismo econômico clássico, notadamente em relação a modelagem atribuída por Adam Smith. É sabido que os primeiros traços deste modelo econômico foram dados por John Locke, ainda no século XVII, dentre os quais, segundo Paulani, o de que havia espécie de acordo entre o Estado e os indivíduos como verdadeiro pacto social entre homens igualmente livres, de modo a preservar os direitos naturais (PAULANI, 2016, p. 116).

No entanto, os conceitos de John Locke foram trabalhados ao longo dos séculos XVII e XVIII, até que sofreram modificações por parte da mão invisível de

Adam Smith, o que possibilitou o surgimento de características presentes até hoje (inclusive no neoliberalismo), como a auto regulação do mercado. Smith partia do pressuposto de que todo o indivíduo era egoísta, de modo que sempre visava determinada vantagem no tocante a algum produto:

Portanto, já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo (SMITH, 1996, p. 438).

Portanto, cumpre ressaltar que essa conduta não é maléfica para a economia, uma vez que acabava por fomentá-la, dado que todos os indivíduos passam a trabalhar por si próprios, o que acaba, inconscientemente, auxiliando a coletividade. Daí a importância deste conceito entabulado por Adam Smith, eis que reconheceu o papel autônomo exercido pelo mercado econômico, de modo que seria desnecessária a atuação do ente estatal para a regulação de serviços e preços, o que ficou conhecido pela terminologia *laissez-faire* (PAULANI, 2016, p. 117).

Ademais, para a melhor compreensão do liberalismo econômico como um todo, bem como acerca da autonomia concedida ao mercado, é válido ressaltar a diferenciação entre Estado mínimo e Estado máximo. Na experiência de Norberto Bobbio, Estado máximo é aquele que participa ativamente na economia, frequentemente encontrado em regimes ditatoriais, uma vez que interfere no âmbito privado, de forma autoritária, a fim de satisfazer os interesses econômicos de determinada região. O Estado mínimo, por sua vez, é o oposto do deste conceito, dado que, nesta hipótese, o Estado não busca intervir no âmbito privado para regulamentar a economia, em decorrência de seu interesse primordial de prestação de serviços públicos (BOBBIO, 2000, p. 18).

O liberalismo econômico, por sua vez, pende muito mais para o lado do Estado mínimo, do que para o Estado máximo. Isso porque, neste modelo econômico,

conforme mencionado, a liberdade deve ser preservada na maior medida do possível, tendo em vista tratar-se de uma das máximas deste instituto.

A liberdade individual aqui mencionada, é aquela condição na qual o indivíduo está livre de qualquer pressão externa, arbitrária, que o faz agir de modo contrário à sua própria vontade (HAYEK, 1983, p. 27). Ressalta-se que essa liberdade não é absoluta, visto que, neste caso, estaríamos diante de outro modelo econômico, a anarquia.

Norberto Bobbio ainda afirma que, do ponto de vista do indivíduo, que está submetido ao regime liberal, o Estado é visto como um mal necessário, uma vez que deve se intrometer o menos possível na economia, ainda mais na esfera de ação dos indivíduos (2000, p. 21). Tanto é verdade que, para John Locke, responsável por traçar os primeiros esboços do liberalismo econômico, o homem deixa o estado de natureza, de forma a buscar amparo no convívio social, para que o governante possa assegurar o livre exercício da propriedade. Conceituou, ainda, que a atuação direta do Estado sobre a terra só atinge o seu dono antes de ele nela se incorporar (LOCKE, 2004, p. 92).

Ou seja, percebe-se, já nos primordiais conceitos de liberalismo econômico, que a intervenção do Estado na economia deve ser mínima, de modo a assegurar o livre exercício da propriedade, mas não restringir a liberdade de uso dela. Norberto Bobbio reconhece essa ideia quando afirma que:

Um dos fins a que se propõe Locke com os seus *Dois Ensaios sobre o Governo* é o de demonstrar que o poder civil, nascido para garantir a liberdade e a propriedade dos indivíduos que se associam com o propósito de se autogovernar é distinto do governo paterno e mais ainda do patronal. (BOBBIO, 2000, p. 22).

Isso pois, os governos paternos e patronais se assemelham ao Estado máximo, no qual o governante visualiza os indivíduos como filhos e súditos, respectivamente, os quais não são capazes de se autogovernar. Assim, acabam por ceifar a liberdade desses indivíduos. Essa ideia, por sua vez, é contraposta aos fins a que se propõe o liberalismo econômico.

Outrossim, o individualismo liberal também está associado ao respeito ao indivíduo como ser humano, no intuito de preservar suas preferências e opiniões pessoais. Preceitua, ainda, que somente através do esforço individual, livre de

interferência estatal, a humanidade poderia produzir uma certa ordem no tocante às atividades econômicas (XAVIER DE HOLANDA, 2001, p. 42).

Outrossim, outro objetivo deste modelo econômico é alcançar a plena liberdade do mercado econômico, de modo a fornecer subsídios para que ele possa se auto regulamentar. Aqui resta evidenciada a concorrência que é corriqueiramente incentivada, dado que a atuação do Estado, neste tocante, deve restringir-se a possibilitar a manutenção do mercado econômico.

Por fim, podemos traduzir a essência de liberalismo através das palavras de Michael Foucault: “É um novo tipo de racionalidade na arte de governar, um novo tipo de cálculo que consiste em dizer e fazer o governo dizer: eu aceito, eu quero, eu projeto, eu calculo que não é necessário tocar em nada disso (que é o mercado). É isso o que, creio, chama-se ‘liberalismo’” (FOUCAULT *apud* AVELINO, 2016, p. 254).

Assim sendo, a análise desses preceitos liberais parece ir de encontro com o modelo de Recuperação Judicial, ainda mais se considerarmos a atuação estatal, que não é muito disseminada pelo liberalismo econômico. Parece, portanto, que a própria essência da Recuperação Judicial prejudica a liberdade contratual e o interesse das partes. No entanto, cumpre ressaltar desde já, que a não intervenção estatal não é absoluta no instituto liberal, uma vez que resguardadas pontuais exceções, conforme mencionado anteriormente, de modo que a Recuperação Judicial poderia encontrar escopo para a sua viabilidade.

3.2 LIBERALISMO ECONÔMICO X NEOLIBERALISMO

Como é de conhecimento geral, o liberalismo econômico não é o único modelo adotado ao redor do globo, de modo que seria ilusório pensar que a Recuperação Judicial só poderia se amoldar aos seus preceitos. Com o intuito de aprofundar ainda mais o estudo acerca da possibilidade de intervenção estatal, faz-se necessário analisar mais um modelo econômico, o neoliberalismo.

É sabido que a crise econômica que assolou os Estados Unidos da América no ano de 1929, foi responsável por um dos maiores colapsos na economia norte-americana, uma vez que acarretou em elevado número de desempregados no país. Este fato, atrelado à crise econômica que acometeu o mundo nos anos 70, fez com que os liberais mais inexoráveis atribuíssem a culpa do colapso do capitalismo à política interventiva dos Estados (XAVIER DE HOLANDA, 2001, p. 46).

Com isso, o modelo liberal sofreu diversas críticas de toda a comunidade mundial, uma vez que não parecia ser o sistema econômico de maior sucesso. Tanto é verdade, que se iniciou a Guerra Fria, na qual foi promovido um verdadeiro embate entre o capitalismo, embasado pelo modelo liberal, e o socialismo. A partir deste marco histórico, surge uma variação do sistema liberal, o neoliberalismo.

Inicialmente, salienta-se que é comum que os conceitos de liberalismo e de neoliberalismo se confundam, uma vez que partem das mesmas premissas: liberdade, preservação da propriedade e auto regulação do mercado. No entanto, dentre essas premissas, pode-se citar a auto regulação do mercado como verdadeiro divisor de águas entre ambos os institutos.

O neoliberalismo afirma que, para a efetiva manutenção da economia, o Estado deve adotar como máxima a mão invisível idealizada por Adam Smith, ou seja, deve se abster totalmente de tentar intervir na economia em detrimento de quem seja (XAVIER DE HOLANDA, 2001, p. 46). Assim, empresários, trabalhadores, e demais envolvidos têm plena condições de resolverem seus conflitos sem a necessidade da atuação direta ou indireta do Estado, que passa a focar em outras instituições.

Conforme foi tratado no capítulo destinado ao liberalismo econômico, a teoria da mão invisível acredita que o mercado é plenamente capaz de superar suas crises e disparidades, em decorrência da natureza do ser humano - que é egoísta. Essa característica empáfia é, pois, benéfica para a economia como um todo, uma vez que é capaz de regular preços, aumentar a concorrência e gerar empregos. A intervenção estatal, por sua vez, acaba por fomentar disparidades no mercado econômico, visto que seus atos sempre privilegiam determinada classe em detrimento de outra.

Especialmente em relação à concorrência, vale dizer que Hayek entende que é de vital importância para o ordenamento social, visto que acaba por fomentar disputas no mercado econômico que acabam por beneficiar a sociedade como um todo, sem a necessidade de intervenção do leviatã para agir em detrimento de um ou de outro. É através da concorrência que as atividades mercantis se ajustam por si só (HAYEK, 1983, p. 58).

Aqui, o Estado não mais é visto como um mal necessário, agora passa a ser o vilão, enquanto que o mercado é visto como a salvação da economia como um todo. Acerca do mercado econômico, cumpre frisar que todo o tecido social opera segundo as leis do mercado, de modo que todas as ferramentas utilizadas convergem em seu

detrimento, sendo que trabalhadores, insumos, terra e dinheiro passaram a ser denominados como mercadorias (SILVA e BARTHOLO, 2003, p. 4).

Além de Adam Smith, a doutrina neoliberal buscou embasamento nos preceitos de Friedrich Hayke, dentre os quais, destacou Leda Paulani, o fato de que o mercado se mostrou o sistema de comunicação mais consistente e eficiente criado pelo ser humano para a utilização de informações originadas de inúmeras fontes diferentes (2016, p. 123). Tanto é verdade, que a escola austríaca liderada por Hayek disseminava pelo mundo os conceitos neoliberais, sendo considerada, inclusive, como a patrona desses ideais (DIEHL e MENDES, 2020, p. 238).

A primeira experiência neoliberal no mundo se deu no Chile, através do golpe militar de Pinochet no ano de 1973, sob a justificativa de afugentar o modelo socialista (HARVEY, 2008, p. 17). Outro valoroso exemplo de política neoliberal no mundo, foi a era de Margareth Thatcher, instaurada no Reino Unido no ano de 1979, a qual foi embasada pela política coercitiva norte-americana (HARVEY, 2008, p. 19).

Em suma, o neoliberalismo é visto como verdadeiro ressurgimento dos ideais liberais que foram varridos pelas crises supracitadas, com pontuais modificações a fim de fortalecer ainda mais o que foi entabulado pelos pensadores do liberalismo clássico. Dentre essas modificações, a fim de legitimar o mercado, podemos citar a privatização de instituições estatais, a globalização e desregulamentação da economia, bem como a redução do custo da força de trabalho e do enfraquecimento dos sindicatos dos trabalhadores (FARIA e CHAIA, 2020, p. 1060).

Por fim, pode-se afirmar que o neoliberalismo não se trata de um novo modelo econômico, de modo que não exista um verdadeiro neoliberalismo, mas sim um liberalismo adaptado para os dias atuais. Isso porque a essência do neoliberalismo é a busca pela vigência do liberalismo econômico em sua máxima, a fim de que seja assegurada a liberdade que o indivíduo tanto buscou quando deixou o estado de natureza.

Evidentemente, caso adotado o neoliberalismo como paradigma para o exercício da Recuperação Judicial hoje em vigor no nosso país, este instituto não teria como prosperar. Isso porque a Lei Recuperatória, por sua própria natureza, prevê a intervenção do Estado na crise da empresa, ora privilegiando os credores, ora favorecendo a empresa devedora como forma de solucionar o problema. No entanto, como o presente estudo não visa suprimir, de forma alguma, o exercício do procedimento recuperatório, tendo em vista a relevância social deste procedimento,

fixa-se, desde já, o liberalismo econômico como forma a analisar os dispositivos da Lei 11.101/2005, uma vez que é possível o enquadramento da Lei federal na exceção a não intervenção estatal deste modelo econômico.

3.3 A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É notório que a partir da análise dos modelos econômicos citados acima, o liberalismo e o neoliberalismo, é possível compreender com maior precisão a posição do Estado brasileiro frente ao instituto da Recuperação Judicial assim delimitado pela Lei 11.101/2005.

Conforme ressaltado, o Ente Federativo exerce papel intervencionista no tocante ao procedimento recuperatório, consoante depreende-se da própria exposição de motivos deste instituto, a qual visa a proteger credores e devedores, bem como a empresa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1993). Tal posição é corroborada pelo artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas e de Falência que, conforme mencionado, traduz o real espírito deste instituto ao entabular que o objetivo primordial é superação da crise econômica com o intuito de manter a fonte produtora de empregos, capital e produtos.

De pronto, podemos afirmar que a Recuperação Judicial brasileira não se amolda aos preceitos neoliberais, uma vez que a mão invisível do mercado não é respeitada, em virtude da atuação estatal no procedimento.

Se dermos um passo para trás, vamos verificar que, segundo a doutrina neoliberal, a crise do capitalismo nos anos de 1930 e 1970, teve início com a excessiva intervenção estatal no âmbito privado (XAVIER DE HOLANDA, 2001, p. 46). Deste modo, o modelo de Recuperação Judicial hoje adotado pode conter, já na sua estrutura, comandos que vão de encontro aos preceitos neoliberais.

Assim, parece haver nítido confronto entre a autonomia privada e a atuação estatal, dado que, à exceção da Recuperação Extrajudicial, o Estado acaba por intervir demasiadamente ao longo de todo o trâmite recuperatório. Arthur Cavalcanti, por sua vez, entende que essa é uma falsa percepção, uma vez que público e privado, no tocante ao Direito Falimentar, estão intimamente ligados em uma relação de dependência recíproca (2018, p. 2).

Muito embora a doutrina liberal em muito se assemelhe com a doutrina neoliberal, conforme demonstrado acima, apresenta certa flexibilização no tocante à intervenção do Estado na economia. Na experiência de Friedrich A. Hayek, acerca da intervenção estatal:

Justifica-se plenamente suspeitar de toda preocupação do governo com assuntos econômicos e, em particular, temer a participação ativa do governo na economia. No entanto, esses argumentos diferem fundamentalmente daquele com o qual se costuma justificar a liberdade econômica. Baseiam-se no fato de que as medidas do governo que têm sido advogadas nesta área são na verdade inconvenientes, na maioria dos casos, seja porque estão fadadas ao fracasso, seja porque seus custos serão maiores que os benefícios. Significa, em outras palavras, que, enquanto elas forem compatíveis com o Estado de Direito, não podem ser rejeitadas automaticamente como intervenção governamental, mas devem ser examinadas em cada hipótese, do ponto de vista da conveniência. (HAYEK, 1983).

Para Hayek, portanto, a atuação do Estado deve observar o caso concreto. Daí sobrevém o enquadramento no sistema liberal, uma vez que a Recuperação Judicial deve ser vista como uma exceção, já que nem todas as empresas merecem ou devem ser recuperadas, conforme será melhor abordado.

Outro aspecto a justificar a intervenção do Estado, é que o intuito do Ente Federativo não é o de privilegiar o empresário, mas o de assegurar a função social da respectiva propriedade empresarial, que acaba por trazer benefícios para toda a sociedade através da geração de riquezas e de empregos. Essa vertente doutrinária ainda defende a ideia de outro princípio a justificar a atuação estatal, o mencionado princípio da preservação da empresa defendido por Tarcísio Teixeira (2012, p. 5).

Na experiência de Fábio Ulhôa Coelho:

(...) algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos - materiais financeiros e humanos - empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem (COELHO, 2011, p. 251-252).

Para Daniel Carnio Costa, o processamento de uma recuperação judicial justifica-se, em detrimento de distorções das estruturas de livre mercado, apenas no caso de empresas viáveis que não conseguem superar, com suas forças próprias, a

atual situação de crise (COSTA, 2015, p. 107). Nesta hipótese, parece justificável a intervenção do Estado no âmbito privado, tendo em vista tratar-se de exceção à regra.

No entanto, é uma tarefa árdua a questão atinente à viabilidade ou não do processamento da recuperação judicial. A escolha é de competência do Estado, dos credores ou das demais empresas consideradas boas e viáveis?

Daniel Costa acredita que, do ponto de vista processual, tal decisão compete ao Estado, que atua por meio do magistrado, de modo que o processamento deve ser deferido apenas na hipótese de a empresa ser considerada socialmente viável, fazendo circular riquezas, gerando empregos, rendas, tributos, serviços e produtos (COSTA, 2015, p. 103-105).

Por outro lado, é sabido que os credores também podem inviabilizar o processamento da recuperação no momento da assembleia geral de credores, de modo que poderiam, em tese, verificar essas condições da função social da empresa para que fosse permitido a sua recuperação. Não obstante, se considerarmos a ideia de que o ser humano é socialmente egoísta, conforme pontuou Adam Smith (1996, p. 438), possivelmente os credores iriam desvirtuar a finalidade deste instituto, movidos, em grande maioria, por interesses econômicos que mais lhes favoreceriam.

O mesmo se aplica às demais empresas viáveis. Atribuir tal competência para elas poderia ser temerário, uma vez que também são movidas por interesses econômicos e poderiam desejar a exclusão de seus concorrentes do mercado financeiro, de modo a angariar o monopólio de seu nicho comercial.

Logo, a melhor opção é aquela que apontou Daniel Costa, uma vez que o juiz é revestido com o manto da imparcialidade (DIDIER, 2017 p. 755). Outrossim, muito embora tanto Fábio Coelho, quanto Daniel Costa, entendam que deve o Estado observar a viabilidade econômica para o processamento da recuperação judicial, o instituto não fornece elementos para que o Leviatã possa apurar tais requisitos.

A Lei dispõe de tão somente dois artigos contendo requisitos, o artigo 47¹, que afirma que o real objetivo da Recuperação Judicial, de modo a viabilizar a superação da crise iminente da empresa, atentando-se para os interesses sociais, bem como o

¹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

artigo 48², que fixa requisitos como condição para o processamento da recuperação da empresa devedora (BRASIL, 2005, não paginado).

Nota-se que os requisitos defendidos por Fábio Ulhoa Coelho não estão explicitamente previstos nos dispositivos colacionados acima. Tal fato culmina no processamento de recuperações judiciais que não estão em consonância com essas questões sociais-econômicas.

Cita-se, como exemplo, o caso da empresa Viação Canelinha, que teve a sua recuperação judicial processada sob o seguinte pretexto:

[...] A empresa Viação Canelinha é permissionária do transporte coletivo urbano de Canela/RS. Esclarecem que as tarifas de passagem de transportes coletivos não sofrem reajuste por parte da Prefeitura de Canela há mais de dois anos, sendo que o valor do combustível aumentou consideravelmente nos últimos anos fazendo com que as empresas não consigam cobrir seus custos. [...] Trata-se de pedido de recuperação judicial, regularmente instruído, no qual as requerentes lograram êxito em atender aos requisitos fundamentais para a obtenção do processamento do pedido formulado, na forma estabelecida na lei de recuperação e falência, não havendo, pelo menos nesta fase processual, qualquer prova a indicar a ausência de algum dos requisitos legais. [...] Diante de todo o exposto, em face das razões antes expendidas e provas produzidas: a) defiro o processamento da recuperação judicial de TRANSOLAR TRANSPORTE E TURISMO EIRELI e VIAÇÃO CANELINHA LTDA., nos termos da Lei 11.1010/2005. (BRASIL, 2016, não paginado).

Conforme verifica-se no trecho do julgado, o Juízo Recuperacional limitou-se a verificar os requisitos constantes na Lei recuperatória, de modo que não agiu em desconformidade com ela. No entanto, é inegável que não houve uma análise profunda acerca dos requisitos defendidos por Fábio Ulhoa Coelho, uma vez que dispensados pela norma que regulamenta o instituto, o que acaba por fragilizar o real propósito deste sistema.

Assim, a falta de análise dos requisitos sociais, por omissão da lei, pode gerar disparidades e manter no mercado econômico, com consideráveis benefícios,

² Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014);

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

determinada empresa inviável que não merecia ser recuperada, seja por não gerar produtos e serviços relevantes para o cunho social, seja por não promover verdadeira circulação de riqueza.

Portanto, percebe-se que a problemática não se encontra atrelada com a proposta do instituto, diante da inércia ou intervenção do Estado. Para os preceitos liberalistas, a Recuperação Judicial é exceção à regra, uma vez que tira o Leviatã de sua posição de conforto para que possa auxiliar às empresas efetivamente viáveis no retorno de seu ápice, sem que gere concorrência desleal.

O problema, por sua vez, encontra-se na omissão da Lei, que não fornece muitos elementos ensejadores do procedimento recuperatório, culminando no processamento de recuperações que não atendem o louvável propósito do instituto, abrindo margem para disparidades que serão exploradas minuciosamente no próximo capítulo.

Na experiência de Daniel Patrocínio, não é possível o estudo da legislação atinente aos procedimentos falimentares e recuperatórias sem que se verifique a verdadeira eficácia das regras fixadas para esses processos. É necessário, pois, analisar se os objetivos fixados pelo legislador poderão ser alcançados (PATROCÍNIO, 2018, p. 76).

Para tanto, não há que se falar em limitação da atuação estatal, mas sim direcionarmos essa atuação para a esfera da fiscalização do procedimento, a fim de que se atente aos requisitos formais para o processamento da Recuperação Judicial, bem como aos requisitos defendidos por Fabio Ulhoa Coelho (relevância social da empresa). Não devemos atribuir caráter pejorativo para essa intervenção, de modo a desvirtuar os preceitos liberalistas, uma vez que, conforme pontuado, a Recuperação Judicial é uma exceção à regra da auto regulação do mercado. Essa atuação, por sua vez, serviria para fortalecer ainda mais o caráter de exceção que este procedimento já possui, evitando processamento de recuperações que não são relevantes para o meio social.

Com isso, estaríamos preservando todos os princípios analisados anteriormente, de modo a blindar o real propósito do instituto, bem como não iria ao embate do liberalismo econômico, visto que a intervenção do Estado seria extremamente pontual, a fim de atingir o maior propósito da Recuperação Judicial: o interesse social como um todo.

3.4 CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO E DESVIO DE FINALIDADE

Fixado o atual papel que desempenha o Estado em relação ao instituto da Recuperação Judicial, bem como a viabilidade deste sistema à luz dos preceitos liberais, é possível adentrar efetivamente na utilização abusiva do instituto recuperatório. No entanto, previamente é necessário inserir os conceitos de abuso de direito e desvio de finalidade, dois institutos comumente utilizados na Recuperação Judicial.

É sabido que a fim de se obter sucesso na atividade empresarial, é necessário que o empresário articule estratégias a fim de se alcançar determinado objetivo, seja ele o lucro ou determinado prazo para adimplemento de dívidas (COELHO, 2016). Notadamente em relação ao segundo objetivo elencado, vale destacar que a Recuperação Judicial pode ser utilizada para este fim, muito embora não esteja atrelado ao real objetivo do instituto.

Tal premissa pode ser fixada no caso hipotético de determinada empresa que não tenha mais condições de manter-se ativa no mercado, seja em decorrência da má gestão de seus administradores, seja por conta de fatores alheios à vontade de seus empresários. Para tanto, a fim de obter novo fôlego para o adimplemento das dívidas constituídas, ou para distribuição de patrimônio e obtenção de lucro, a empresa pode veicular pedido de recuperação judicial, uma vez que, caso ineficaz, será de todo modo convolado em falência.

Tanto é verdade que este empresário não encontraria nenhum empecilho para sua conduta, dado que ainda que rejeitado o plano de recuperação judicial pelos credores, seria o procedimento convolado em falência, conforme evidencia o parágrafo 4º do artigo 56 do diploma legal. Logo, é notório que o empresário chegaria no mesmo estágio em que se intentasse pedido de falência quando constatada a inviabilidade da atividade empresarial.

No tocante ao abuso de direito, é possível extrair seu conceito da atual redação do artigo 187 do Código Civil Brasileiro: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002, não paginado).

Percebe-se, portanto, que o abuso de direito se configura no momento em que o indivíduo leva a sua pretensão, devidamente embasada em nosso ordenamento

jurídico, ao extremo, prejudicando os demais envolvidos. Para Rubens Limongi França, “o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efetivo sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (1991, p. 889).

Flávio Tartuce defende que esse instituto teve origem a partir da evolução da teoria dos direitos subjetivos, notadamente em relação a máxima segundo a qual o direito do indivíduo termina onde começa o direito de outrem (2018, p. 70). Abuso de direito, é, pois, quando o indivíduo abusa de direito próprio, para o fim de prejudicar o outro, obtendo qualquer vantagem a maior para si.

Já o ordenamento jurídico brasileiro possui o condão de coibir essa prática por parte do detentor do direito que visa a prejudicar outrem, independentemente da intenção ou de culpa do agente (TARTUCE, 2018, p. 72). Isso porque o abuso de direito, conforme mencionado, é lícito pelo seu conteúdo e ilícito por suas consequências, de modo que é irrelevante a configuração do dolo ou da culpa do detentor do direito.

Muito embora esse instituto tenha sofrido diversas críticas por parte da doutrina, especialmente em relação a ser desnecessária a verificação de dolo ou de culpa por parte do agente, é uma previsão valorosa em nosso ordenamento jurídico, ainda que seu dispositivo tenha sua redação abstrata. Acerca desta última característica, Flávio Tartuce assevera que é necessária a verificação por parte do Juízo em cada caso, a fim de analisar se as consequências do ato são ilícitas ao ponto de ir na contramão dos preceitos civis-constitucionais de nosso ordenamento jurídico, a fim de que a redação abstrata se amolde ao caso concreto (2018, p. 75).

Por fim, Tartuce defende a ideia de três conceitos que devem ser levados em consideração para a apuração de condutas abusivas. A primeira delas diz respeito ao fim social ou econômico de determinado direito utilizado em excesso, ainda que na esfera privada (seara contratual ou extracontratual). A segunda delas se trata da boa-fé do agente, aquela existente no plano da conduta de lealdade dos participantes, de modo a coibir o enriquecimento sem causa e interesses egoísticos. Por fim, não há como se olvidar dos bons costumes que também são utilizados como parâmetros no tocante ao abuso de direito, levando-se em consideração fatores sociais, espaciais e temporais (TARTUCE, 2018, p. 75-79).

Assim, a configuração do abuso de direito atrai a incidência de outro dispositivo do Código Civil Brasileiro, o artigo 927, que possui redação no seguinte sentido:

“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002, não paginado). Logo, percebe-se que a prática dessa conduta gravosa enseja a reparação do dano causado para a parte adversa.

Já em relação ao que se entende por desvio de finalidade, é possível extrair o espírito deste instituto de sua própria terminologia, uma vez que se trata do desvio da finalidade ao qual a norma se propõe. Ademais, não há como tratar do desvio de finalidade sem revisitar os conceitos entabulados por Montesquieu:

Existem leis, às quais o legislador conheceu tão pouco, que elas são contrárias ao próprio fim a que ele se havia proposto. Aqueles que estabeleceram entre os franceses que, no caso de um dos dois pretendentes a um benefício morrer, o benefício caberá àquele que sobreviver, procuraram, sem dúvida, extinguir as questões. Isto, porém, produziu um resultado contrário; veem-se eclesiásticos atacarem-se e baterem-se como buldogues ingleses, até a morte (2012, p. 270-271).

A partir do caso hipotético de Montesquieu, percebe-se que o desvio de finalidade encontra sua aplicabilidade, mormente, por equívoco da própria redação da norma. Assim, o bem jurídico por ela tutelado é colocado em xeque por conta de sua própria redação, que não se amolda aos princípios e demais características que originaram aquele instituto.

Georges Abboud, Henrique Carnio e Rafael de Oliveira asseveram que a norma nem é nem está, necessariamente, contida na lei. Argumentam que se deve levar em consideração a interpretação jurídica, com o propósito de solucionar o caso concreto, para o efetivo surgimento da norma jurídica. Isso porque, norma não deve ser confundida com o texto normativo. Para tanto, deve-se observar o surgimento de um caso jurídico, seja ele real ou fictício (2014, p. 350).

Na experiência de Luiz Roberto Ayoub, a atual legislação recuperacional é, pois, muito jovem, de modo que muitos de seus dispositivos causam tamanha insegurança jurídica, que se faz necessário o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça (2015, p. 283), o que ocorreu com a hipótese de incidência de juros moratórios, na qual o STJ teve de se manifestar sobre tal possibilidade, conforme será melhor trabalhado adiante.

Ademais, é inegável que o julgador precisaria se utilizar da hermenêutica para alcançar a chamada vontade do legislador, promovendo verdadeira interpretação objetiva do texto da lei (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 393).

Sabe-se que a utilização da hermenêutica é muito discutida e criticada no âmbito acadêmico, debate esse, que o presente estudo não pretende abordar, dada a sua extensa complexibilidade e vertentes. No entanto, para o caso em tela, é necessário ir além, de modo que a hermenêutica é fundamental para a efetiva aplicabilidade do instituto da Recuperação Judicial, a fim de que seja preservado os preceitos econômicos, princípios do Direito Recuperacional, bem como a análise promovida pelos operadores do direito analisados até então.

Percebe-se, portanto, que a aplicação literal da norma não é o suficiente para alcançar o real propósito de determinado instituto. Em relação ao instituto da Recuperação Judicial, vale dizer que o desvio de finalidade encontra sentido quando não é observado o verdadeiro espírito da Lei Recuperatória, o qual afirma que este instituto pretende sempre recuperar a empresa viável para o fim de preservar a fonte produtora, os postos de trabalho e a circulação de riquezas. Ou seja, conforme tratado nos capítulos anteriores, deve ser observada a viabilidade econômica da empresa.

Deste modo, se levarmos em consideração o princípio da preservação da empresa, bem como a interpretação promovida por Fábio Ulhoa Coelho acerca da necessidade da empresa ser economicamente viável para que seja possível a sua reinserção no mercado econômico, veremos que a interpretação literal do artigo 47 da Lei Recuperatória não é suficiente para viabilizar a tramitação de determinada recuperação judicial.

Inegável, portanto, que o próprio texto da Lei destoa do real propósito do instituto, uma vez que viabiliza a tramitação da Recuperação Judicial sem que seja observada a sua viabilidade econômica, bem como os demais princípios que norteiam este instituto. O julgador, ao analisar os preceitos contidos na norma, não vê alternativa senão deferir o processamento de recuperações judiciais que atendam aos critérios da Lei, o que acaba por viabilizar a pretensão de empresas que não são merecedoras de tal suporte.

Assim, uma vez compreendidos os conceitos de abuso de direito e desvio de finalidade, percebe-se que, no caso hipotético citado no prefácio deste tópico, o agente passou a utilizar os próprios preceitos dos dispositivos em proveito próprio, de modo que tem ciência de que não terá forças para se reerguer, ainda que com todas as benesses proporcionadas pela Lei Recuperatória. Tanto é verdade, que é inevitável que tal conduta irá prejudicar vasta gama de credores, uma vez que esta empresa

utilizará de todos esses benefícios a fim de obter proveito econômico para si, em prejuízo dos demais.

Neste aspecto, vale mencionar que uma das possíveis faíscas para que tanto o abuso de direito, quanto o desvio de finalidade tenha escopo, é a própria natureza humana, conforme pontuou Adam Smith ao afirmar que o homem é naturalmente egoísta. Desta forma, considerando que se utiliza desses dois institutos para obter vantagem própria, torna-se evidente que teve viabilidade pela própria condição do indivíduo enquanto submetido a este sistema econômico, que dissemina a concorrência para a obtenção de lucro.

Portanto, é possível que o próprio sistema liberal contenha, já na sua essência, espaço para a prática desses atos ilícitos. Para tanto, pretende-se verificar, no próximo capítulo, as hipóteses de cabimento de abuso de direito e desvio de finalidade ao longo da tramitação da Recuperação Judicial, adotando-se como paradigma os princípios e características analisadas, bem como os preceitos liberais em contraponto aos limites de atuação do Estado.

Ressalta-se, de pronto, que não haveria prejuízo caso o Estado se portasse de forma mais fiscalizadora, ou seja, não intervindo efetivamente no procedimento, eis que iria atentar-se de forma mais significativa à formalidade do procedimento, de modo a coibir práticas abusivas e desvio de finalidade por quaisquer dos envolvidos, conforme destacado anteriormente. Nestes termos, estar-se-ia observando os preceitos liberais, de modo que não haveria embate com os limites de atuação do Estado.

4 PREJUÍZOS PARA CREDORES NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Conforme analisado anteriormente, os conceitos até então empregados serviram com o propósito de fixar a posição do Estado brasileiro frente ao instituto da Recuperação Judicial, adotando como paradigma o liberalismo econômico. Tudo isso para viabilizar a análise, de forma minuciosa, de que a ação do Ente Federativo possa por permitir práticas abusivas por parte das empresas que se submetem ao procedimento de Recuperação Judicial.

A desvirtuação do real propósito de determinado instituto jurídico, seja pela má aplicação da norma, seja pela omissão da lei que o regulamenta, pode ocasionar problemáticas para todo o meio social, uma vez que abre margem para a promoção de disparidades e prejuízos para os envolvidos. Tal premissa também pode se aplicar à Recuperação Judicial.

Conforme concluiu-se no capítulo anterior, em decorrência da omissão dos requisitos que deveriam viabilizar a tramitação de uma recuperação judicial, muitas são as empresas que não deveriam e acabam vendo processadas a sua pretensão de ver tramitando a suas respectivas recuperações judiciais. Essa conduta, conforme mencionado, além de desvirtuar o objetivo o instituto, acaba por gerar prejuízos que carecem de maior atenção por parte dos aplicadores do direito.

4.1 O USO PROTETÓRIO DO INSTITUTO RECUPERACIONAL E A POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Consoante tratado anteriormente, o abuso de direito e o desvio de finalidade pode ter início com a própria vontade do agente de obter determinada vantagem para si. Tais institutos são amplamente corriqueiros no âmbito da recuperação de empresas.

Isso porque, de acordo com NOGUEIRA, CAMPI e PIHA, a principal responsável pela estratégia a ser adotada no tocante ao procedimento recuperacional, de modo a superar a crise econômica, é a própria empresa (2015, p. 52). Com isso, podemos dizer que a estratégia que conduzirá o procedimento ao sucesso é de inteira responsabilidade da devedora, aqui estimado o prazo para a superação da crise

econômica. Logo, é inegável que a empresa recuperanda pode mascarar ambos os institutos através da estratégia recuperatória.

Tanto é verdade que de acordo com as autoras, a condução do procedimento ao sucesso não é o que aconteceu na prática, uma vez que nos primeiros dez anos de vigência da Lei, os planos de recuperação judicial se mostraram desprovidos de medidas efetivas para a reestruturação da atividade empresarial. Para elas, a maioria dos requerentes buscava novo fôlego para a crise iminente, e não uma efetiva solução para o problema, de modo que não vislumbrava alternativa, senão o insucesso (NOGUEIRA, CAMPI e PIHA, 2015, p. 52-53).

Conforme foi exposto anteriormente, a Lei recuperatória não possui o objetivo de meramente postergar o adimplemento da dívida, ou o de estimar como o pagamento será efetuado, conforme era praticado na antiga concordata. O instituto da Recuperação Judicial, criado pela Lei 11.101 de 2005, possui o nobre propósito de reinserir a empresa no mercado no qual atuava, não apenas para beneficiar o empresário, mas sim para preservar os postos de trabalho, promover a circulação da moeda, ou seja, beneficiar a economia como um todo.

Nesse ínterim, é notório que a Lei recuperatória assegura prazo de dois anos após a concessão da recuperação judicial para que sejam cumpridos todos os compromissos assumidos no competente plano de recuperação judicial. Nos termos do artigo 61 do referido diploma legal: “proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial” (BRASIL, 2005, não paginado).

Na experiência de Manoel Justino Bezerra Filho, “prevê este artigo que, durante dois anos, o devedor permanecerá em recuperação e, se descumprir qualquer das obrigações, sua falência será decretada, caso em que os credores voltam à situação na qual se encontravam anteriormente, com os necessários acertos por pagamentos eventualmente feitos”. (2016, p. 207-208).

Tal previsão parece ter sido idealizada justamente para coibir abusos por parte das empresas requerentes, dado que a manutenção, por anos, de um procedimento recuperatório, aumentaria demasiadamente os gastos para a sociedade como um todo, que é quem financia estes procedimentos. Destarte, deve o empresário ter o cuidado de moldar o plano de recuperação judicial para que ele se cumpra dentro do prazo fixado em lei, sob pena de convalidação deste procedimento em falência.

No entanto, muitos casos de recuperação de empresas que assolam o nosso país demonstram inobservância a esta previsão legal, como é o caso da recuperação judicial do grupo Oi S.A. e demais membros que integram o grupo econômico, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, tombado sob o número 0203711-65.2016.8.19.0001. Nesse procedimento, é possível verificar que o feito perdura por mais de 4 anos, sem que haja solução e sequer convolação em processo de falência, em estrita afronta ao prazo de 2 anos previstos no referido dispositivo da Lei.

Muito embora transcorrido o prazo sem que a empresa tenha superado a crise, ainda que utilizados todos os mecanismos previstos no respectivo plano de recuperação judicial, o grupo econômico formulou requerimento de dilação do prazo, da qual se manifestou o Juízo em 06.03.2020, determinando que as empresas formassem proposta de aditamento do plano de recuperação judicial. Percebe-se, no caso em apreço, inegável afronta aos termos da Lei, eis que exaurido o prazo para processamento da recuperação judicial, sem que a empresa tenha vencido o que ela mesmo propôs.

Ademais, sobre o tema relacionado ao aditamento ao plano de recuperação judicial, vale ressaltar que também não encontra previsão expressa na Lei, embora muito recorrente no âmbito de Recuperação de Empresas, conforme exposto no caso acima, muito embora haja um debate acirrado no âmbito acadêmico acerca de sua viabilidade.

De acordo com o art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o plano de recuperação judicial deve conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados; demonstrar a viabilidade econômica e apresentar laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Apresentado o plano aos autos, o parágrafo único do referido dispositivo afirma que o juiz deve ordenar a publicação de edital que contenha aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação, de modo a fixar o prazo de trinta dias para eventuais objeções.

Ainda que traçados critérios de liberalidade entre devedor e credores no tocante ao procedimento recuperatório, é inegável que a não observância do que restou entabulado no plano original acarretará manifesto prejuízo para os credores.

De fato, a atuação do juiz parece bastante clara no sentido de que, dada a natureza contratual do instituto da recuperação judicial estabelecida entre a empresa devedora e seus credores, veio revestida de um menor poder de atuação, limitando-o, na maioria das vezes, a uma análise formal do procedimento. É o credor quem deve analisar o plano e formular sua objeção para a convocação da assembleia geral, mesmo porque ele é quem responderá pela sua aprovação ou não (NOGUEIRA, CAMPI e PIHA, 2015, p. 58).

Deste modo, é inegável que a alteração do que já foi pactuado, de forma unilateral pela empresa, pode configurar abuso de direito e desvio de finalidade do instituto. Ressalva-se que, caso essa alteração fosse devidamente pactuada pelas partes, não haveria incidência dos referidos atos ilícitos, mas ainda assim não haveria embasamento legal para tanto.

Por outro lado, alguns juristas entendem que a modificação do plano encontra embasamento no artigo 35, inciso I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, visto que prevê a possibilidade de deliberação entre credores e devedores no momento da assembleia geral de credores. No entanto, nada elencam sobre a possibilidade de aditamento do plano em momento posterior a assembleia geral, conforme restou demonstrado no caso da recuperação judicial do grupo Oi S.A.

Vale dizer que Fábio Ulhoa Coelho reconhece o denominado plano alternativo, que pode ser elaborado por qualquer credor, comitê ou administrador judicial, desde que seja veiculado por meio de objeção ao plano ou no momento da assembleia (ULHOA, 2010, *apud* NOGUEIRA, CAMPI e PIHA, 2015, p. 56). No entanto, ainda que embasado na concepção de Fábio Ulhoa Coelho, tal modificação teria de ser prevista antes da homologação do plano de recuperação judicial e cumprimento dos atos nele previstos, diferentemente do que ocorreu com o caso da Oi S.A.

Em suma, o plano de recuperação judicial nada mais é do que a exteriorização da crise econômico-financeira que já assola determinada empresa há considerável interregno de tempo (LAZZARINI, 2007). Nesse ínterim, cogitar a ideia de um aditamento ao plano de recuperação judicial ou o transcurso do prazo para além daquele fixado no artigo 61 da Lei federal, afronta ao propósito deste instituto e as benesses que o Estado concede para as empresas em crise.

Conforme mencionado anteriormente, à luz da experiência de Alexandre Lazzarini, no momento da apresentação do plano de recuperação judicial, a empresa deve ser extremamente transparente com seus credores, a fim de que estes possam avaliar a contundência do plano, bem como as suas repercussões ao decorrer do

tempo (2007, p. 4). É notório que tal previsão possui o condão de proporcionar maior seriedade a este instituto, de modo que as obrigações contraídas pela empresa, no momento da apresentação do plano recuperatório, devem ser equiparadas às obrigações de um negócio jurídico.

Sinaliza-se que tal postura que a empresa deve ter, neste momento, está intimamente ligada com as práticas de *compliance* que vêm sendo incentivadas no âmbito empresarial. A empresa deve agir de forma a repudiar políticas que visem à corrupção ou obtenção de qualquer vantagem ilícita (VERÍSSIMO, 2017). Vale destacar, ainda, que o *compliance* tem o condão de separar as empresas boas das empresas consideradas ruins, o que vem a fortalecer ainda mais a ideia de empresa viável, que mereça ser recuperada.

Neste viés, não há como o plano de recuperação judicial comportar nova reforma após a sua apresentação, ainda que pela referida linha argumentativa de Fábio Ulhoa Coelho, de modo que a alteração posterior a assembleia geral de credores pode encontrar entraves no artigo 187 do Código Civil Brasileiro. Tudo em decorrência de a empresa acabar por exceder manifestamente os limites da Lei, de modo a causar dano a quem esta alteração puder prejudicar.

Por outro lado, é importante ter em mente que nem tudo o que é previsto no plano de recuperação judicial pode ser cumprido no prazo previsto, afinal, o direito deve sempre estar em estrita afinidade com a prudência e com a ordem, de modo a encontrar uma solução prudente dentro da ordem na qual se encontra (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 44). Tal acepção está intimamente ligada com o preceito de que o direito deve se amoldar aos imprevistos que acompanham as evoluções sociais.

Nesta hipótese, estaríamos diante de uma exceção à regra geral, notadamente em relação ao caso fortuito ou força maior assim previstos no artigo 393 do Código Civil Brasileiro. Note-se que tal dispositivo flexibiliza o cumprimento das obrigações constituídas, por fatos alheios à vontade do agente, como é o caso da Pandemia que assolou o nosso País no corrente ano, em virtude do COVID-19.

Em decorrência do princípio da divisão equilibrada de ônus entre a empresa devedora e seus credores, há de se falar que a culpa pela baixa celeridade da tramitação de um processo ou pela necessidade de plano diverso daquele homologado não deve ser atribuída exclusivamente à empresa requerente.

A fim de ilustrar tal afirmação, podemos elencar o caso hipotético de determinado plano de recuperação judicial que é acatado pelos credores, ainda que extremamente precário, uma vez que não condizente com a realidade daquela empresa postulante, em decorrência de condições e prazos para pagamento fantasiosos, que certamente não serão cumpridos pela empresa devedora.

Ainda que o princípio a transparência não tenha sido observado no caso hipotético, os credores deveriam questionar este plano no momento de sua apresentação na assembleia geral de credores. Ora, os credores são os maiores interessados nas condições mais benéficas de determinado plano de recuperação judicial, no entanto, poucos são aqueles que efetivamente participam. Os poucos que ainda comparecem aos atos recuperatórios, não manifestam objeções relevantes e analisam as condições ofertadas pela empresa requerente (NOGUEIRA, CAMPI e PIHA, 2015, p. 54-56).

Nestes casos, é injusto atribuir a culpa pela morosidade do procedimento exclusivamente às empresas, uma vez que os devedores possuem papel ativo neste procedimento. Tanto é verdade, que caso o plano não seja acatado pelos devedores, será devidamente convolado em falência, consoante artigo 73, inciso III, da Lei recuperatória.

É possível que grande parte destes planos não sejam devidamente analisados pelos credores justamente por esse receio de convalidação em procedimento de falência, de modo que temem uma morosidade ainda maior na percepção de seus créditos. No entanto, o pensamento deve ser o contrário, uma vez que a empresa devedora também tem receio de apresentar seu plano, justamente por temer o fim de sua atividade empresarial. Daí a necessidade de mediação entre as partes, a fim de que sejam conciliados seus respectivos interesses, preservando o instituto da recuperação judicial.

É o que defende Alexandre Lazzarini quando afirma que o debate entre os interessados deve ocorrer antes da apresentação do plano de recuperação judicial, justamente porque a crise da empresa não é algo repentino, de modo que compete ao empresário articular mecanismos a fim de reestruturar a empresa e adimplir seus credores (2007, p. 7). Logo, deve haver espécie de composição prévia entre os interessados.

Ainda, não há como afastar uma terceira hipótese para a morosidade dos procedimentos recuperatórios, qual seja, o elevado número de processos judiciais e a

falta de juízos especializados. No entanto, é plausível o raciocínio de que o legislador já havia previsto essa burocratização, uma vez que previsto no diploma legal a chamada Recuperação Extrajudicial.

Nos termos do artigo 161 da Lei nº 11.101 de 2005, o devedor que, preenchidos os requisitos constantes no artigo 48 do referido diploma legal, poderá propor e negociar com credores o plano de recuperação extrajudicial, conforme tratado anteriormente. Nota-se que a Lei facilitou ao devedor, uma vez que a negociação direta entre os interessados pode causar menor impacto no orçamento da recuperanda.

Inegável, portanto que essa problemática poderia ser afastada caso fossem empregados maiores esforços na busca pelas tentativas de conciliação, conforme o fez o Conselho Nacional de Justiça por meio da Recomendação nº 58 de 22.10.2019: “Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, não paginado).

Essa preocupação por parte do Conselho Nacional de Justiça corroborou na recente portaria nº 199 de 30 de setembro de 2020, a qual criou um Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário no tocante ao instituto da Recuperação Judicial. Dentre as prerrogativas, a portaria instituiu que se deve “realizar estudos e apresentar diagnósticos sobre a necessidade de aperfeiçoamento do marco institucional, no âmbito do Poder Judiciário, para conferir maior celeridade, efetividade e segurança jurídica aos processos de recuperação judicial e de falência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, não paginado).

Portanto, restou demonstrado a necessidade de mudanças no tocante à celeridade dos procedimentos recuperatórios que tramitam em nosso país, seja através do incentivo à composição entre as partes, seja através da necessidade de fixação de plano de recuperação judicial consistente para promover a efetiva superação da crise que assola a empresa. Tal previsão estaria, pois, a atender ainda mais os preceitos liberais, dado que seria incentivado ainda mais o diálogo entre os envolvidos.

4.2 ABUSO DE DIREITO DE VOTO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

Outra problemática que assola o tema relacionado à Recuperação Judicial é a aplicabilidade do instituto do abuso de direito no tocante às votações relativas à assembleia geral de credores. No caso em apreço, de pronto, percebe-se que o abuso de direito tratado anteriormente não é uma prática exclusiva da empresa recuperanda, uma vez que também pode ser praticado pelos credores em prejuízo dos demais.

Isso pois, conforme tratado acima, é no momento da realização da assembleia geral de credores em que é deliberado sobre as condições de pagamento, aqui compreendidas as limitações pecuniárias da dívida e prazos para pagamento. Neste evento, a depender da postura adotada pelas classes de credores delimitadas pelo artigo 41 da Lei Federal, muitos credores poderão ser prejudicados.

A fim de melhor elucidar o tema aqui exposto, é necessário analisar algumas regras concernentes à assembleia geral de credores, notadamente em relação aos credores que possuem direito ao voto, bem como as dimensões de cada um desses votos.

Nas assembleias gerais realizadas no processo de recuperação de empresas, possuem direito de voto os credores que tenham sido mencionados no quadro-geral de credores (QGC) lavrado ao final do procedimento de verificação de créditos. Se o QGC ainda não foi lavrado, terão direito de voto nas assembleias os credores relacionados na lista provisória elaborada pelo administrador judicial, ou, na sua falta, as pessoas arroladas no primeiro edital de credores cujas informações foram fornecidas pelo empresário em recuperação. [...] No que diz respeito ao peso do voto de cada credor, como regra, estabeleceu o legislador que quanto maior o valor do crédito, maior será a relevância do voto para que uma decisão seja tomada. (PATROCÍNIO, 2018, p. 72 e 74).

Logo, é inegável que aqueles credores de quantias mais exorbitantes possuem uma relevância muito maior para o procedimento recuperatório, do que aqueles de importes de menor valor. De pronto, percebe-se que os bancos tendem a ser os credores com maior força dentre os demais, visto que seus créditos são comumente superiores.

Em relação ao quórum para a aprovação de determinado plano de recuperação judicial, vale ressaltar que a Lei Federal fixou diretrizes para este fim. Credores trabalhistas e microempresários ou empresário de pequeno porte votarão apenas por cabeça. Para tanto, exige-se apenas a maioria simples dos credores presentes na assembleia para a aprovação do plano (PATROCÍNIO, 2018, p. 75).

Já para as outras duas classes, aqueles credores com garantia real e quirografários (com privilégio especial, geral ou subordinados), será necessário observar uma dupla maioria de votos para a aprovação do plano. Ou seja, é necessária a maioria simples dos credores presentes por cabeça que, cumulativamente, também sejam titulares de mais da metade do valor dos créditos que estão sendo representadas na assembleia (PATROCÍNIO, 2018, p. 75).

Percebe-se, portanto, que a votação para cada credor é tratada de forma diversa, com pesos distintos para a consequente aprovação do plano. Cumpre ressaltar que, caso uma das classes não aprove o plano, nos termos do art. 45 da Lei Recuperatória, o juiz poderá conceder, de igual modo, a recuperação judicial, desde que alcançado o quórum alternativo do artigo 58, parágrafo 1º, do referido diploma legal.

Com isso, é possível a aprovação do plano no caso de voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes na assembleia, independentemente de classes, combinado com a aprovação de duas classes de credores delimitados no artigo 45 da Lei e o voto favorável de mais de um terço dos credores da classe que o houver rejeitado. Tal redação possui o condão de que a minoria não prejudique a efetiva tramitação da recuperação judicial.

Em relação à possibilidade da existência de abuso de direito no tocante à votação em assembleia, vale ressaltar que é um tema muito controverso. Tal questão se mostra extremamente complexa, uma vez que não há norma expressa na Lei Recuperatória em relação aos limites dos objetivos para o exercício do direito de voto. Essa premissa ainda é cumulada com a desnecessidade de fundamentação de voto por parte do credor, ou seja, poderá rejeitar o plano sem motivo algum (PATROCÍNIO, 2018, p. 77).

Assim, decisões que invalidam a votação de determinada assembleia geral de credores podem causar considerável insegurança jurídica em nosso ordenamento, justamente por não haver dispositivo consignado na Lei 11.101/2005.

No entanto, há posicionamento diverso, uma vez que o artigo 187 do Código Civil Brasileiro abrange não somente as relações civis, mas também as relações atinentes ao procedimento recuperatório (BUSCHINELLI, 2013, p. 34). Para esta vertente, a dificuldade encontra-se presente na classificação do que se entende por manifesto excesso dos limites do direito de voto, de modo que é necessário a análise do caso concreto para a apuração do ato ilícito, tudo com base no princípio

constitucional da isonomia, a fim de coibir o tratamento diferenciado entre credores, sem uma fundamentação jurídica adequada (PATROCÍNIO, 2018, p. 78).

Para o princípio da preservação da empresa, os credores deveriam se portar da mesma forma ao longo de toda a tramitação do procedimento recuperacional, facilitando a reestruturação da atividade empresarial e a preservação da função social da empresa. Já se considerarmos a natureza contratual do instituto, os credores também deveriam atuar de boa-fé e de acordo com os bons costumes em relação ao devedor (BUSCHINELLI, 2013, p. 39).

No entanto, é evidente que não há como atingir o âmago do indivíduo, que aguarda o recebimento de determinado crédito, para o fim de fazer com que respeite as balizas do instituto, e se amolde aos preceitos da preservação da atividade empresarial. Consoante tratado anteriormente, para os modelos liberais e neoliberais, o indivíduo é egoísta por natureza, e é justamente esse egoísmo que permite a manutenção de todo o sistema capitalista. Esperar atitude diversa dos credores no momento da assembleia geral de credores, é deturpar a própria natureza do ser humano.

Tanto é verdade, que é permitido ao credor votar com o objetivo de satisfazer o seu próprio crédito, atendendo às suas próprias perspectivas, visto que muitos deles são outros empresários que também visam o lucro (PATROCÍNIO, 2018, p. 79). Assim, considerando que esses credores votem ou abdicuem do direito ao voto para atender seus próprios objetivos, não há que se falar em abuso de direito.

Para Gabriel Buschinelli, o ajuste desses interesses egoístas, tanto do devedor, quanto dos credores, deve ser promovido pela própria estruturação do processo deliberativo (2013, p. 46). Deste modo, não estaríamos exigindo uma conduta diversa da empresa, que visa a superar a crise da forma menos onerosa possível, nem dos credores, que buscam a percepção de seus créditos da forma mais íntegra possível.

O abuso de direito de voto encontra aplicabilidade quando o credor se porta de modo a prejudicar os demais credores, ou obter vantagem ilícita por meio de seu voto. Assim, caso tenha a intenção de agir de forma dolosa, posicionando-se, por exemplo, de forma favorável à quebra da empresa, momento em que nada receberá, seja por interesse próprio ou de terceiros, que não tenha nenhuma similaridade com a percepção de seus créditos, estaremos diante da hipótese do artigo 187 do Código Civil Brasileiro (PATROCÍNIO, 2018, p. 84).

Vale ressaltar que o caso hipotético mencionado acima, enquadra-se no abuso negativo do direito de voto, no qual o credor se posiciona de modo a rejeitar o plano de recuperação judicial (BUSCHINELLI, 2013, p. 112). Assim como nas hipóteses anteriores, há de se verificar o dolo do agente no momento da opção pela convolação em falência.

Caso o credor se encontre em estado de indiferença com o procedimento recuperatório, não apresentando qualquer interesse na obtenção de seu crédito, poderá permanecer inerte, ou seja, votar em branco. Tal postura não prejudica a viabilidade do processamento da recuperação judicial, uma vez que esse fato não é computado de forma favorável ou desfavorável ao procedimento, conforme pontuou Alexandre Lazzarini (2007, p. 8).

Por outro lado, em relação ao abuso de direito positivo de voto, diversas são as possibilidades para a prática da conduta ilícita por parte dos credores. Uma das mais relevantes é a compra de votos em assembleia. Trata-se da mercantilização do direito de voto de determinado credor, com o fim de prejudicar a empresa devedora, ou os demais credores, momento no qual surge a vantagem ilícita.

É necessário, pois, averiguar quais as repercussões do recebimento de contraprestação sobre a validade do exercício do direito de voto a fim de que seja possível constatar a prática do ato ilícito. Ressalta-se que a venda de votos pode ocorrer entre credores, celebração de contrato prévio entre a empresa devedora e determinado credor ou motivação de celebração de contrato futuro entre o credor e a empresa devedora, dentre outras formas de obtenção dessa vantagem (BUSCHINELLI, 2013, p. 82-87).

Evidente que diversas são as consequências dessa conduta, uma vez que pode a empresa devedora utilizar-se daqueles credores com créditos exponencialmente maiores do que aqueles detentores de créditos menores, para que votem de forma favorável à empresa, mediante contraprestação. Com isso, a empresa devedora iria economizar grande parte de seus ativos que seriam direcionados para aqueles credores de pequena monta, a minoria.

Por outro lado, é comum a existência de planos de recuperação judicial que favoreçam determinados credores, da mesma classe, em detrimento de outros. Trata-se de uma situação similar àquela demonstrada anteriormente, no entanto aqui não há efetiva compra de votos ou negociação prévia entre os envolvidos. A empresa apenas se utilizará do interesse de determinados credores em ver acatado um plano

que os beneficiaria, uma vez que, conforme pontuou Adam Smith, o homem é naturalmente egoísta (SMITH, 1996, p. 438), para que obtenha certo desconto com o crédito de credores menos influentes, que serão prejudicados pelo voto dos demais.

Ocorrendo uma situação de ilegalidade pela falta de informações, ou pela sujeição do credor a tratamento não equitativo, é imprescindível que, antes da avaliação de eventual abuso do direito de voto pelo credor, seja analisada a legalidade do plano. Caso contrário, surge a possibilidade de desrespeito a direitos dos credores. Pense-se, por exemplo, no plano que proponha redução drástica no crédito de apenas um credor, enquanto os demais integrantes de sua classe recebem tratamento favorecido. Se, nessa hipótese, o magistrado não promover um controle de legalidade do plano e, ao mesmo tempo, julgar que o credor abusou de seu direito de voto, ficará o credor cujo voto foi considerado abusivo vinculado a uma maioria que sequer o representa. Os efeitos nefastos da ilegalidade do plano são, então, potencializados (BUSCHINELLI, 2013, p. 60).

Inegável, pois, que nestas hipóteses é necessária a atuação com maior vigor do ente federativo. Isso porque não estamos diante do livre mercado defendido pelo liberalismo ou pelo neoliberalismo. Aqui há lesão a direito de credores que não possuem direito à voz, uma vez que são prejudicados pelos seus próprios iguais. Conforme mencionado, não deve haver distinção entre credores da mesma categoria, uma vez que estamos diante do princípio constitucional da isonomia.

Cinge-se que, na experiência de Gabriel Buschinelli, a consequência para a prática do ato ilícito é a sua nulidade. Logo, o credor responsável pelo voto abusivo deve ser excluído do cômputo do quórum de aprovação, de modo que seu voto não deve ser contabilizado (2013, p. 150).

Assim, não há como haver previsão expressa na Lei, uma vez que terá o magistrado de observar o caso concreto a fim de verificar eventual abuso de direito de voto que venha a prejudicar determinado credor. Portanto, evidente que a postura do magistrado ou do administrador judicial deve ser muito mais incisiva neste ato em específico, e não tão somente no observar os aspectos formais da assembleia geral de credores.

Deste modo, ainda que estaríamos diante de uma ação mais ativa por parte do Estado, novamente não encontraríamos problemas se adotássemos o liberalismo econômico como paradigma, eis que a ação estatal serviria com o propósito de coadunar o feito para melhor atendimento do propósito da Lei federal, servindo-se da natureza fiscalizatória.

4.3 A INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS APÓS O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme foi ressaltado ao longo de todo este trabalho, o maior objetivo da Lei Recuperatória é preservar a atividade empresarial, de modo a manter os postos de trabalho, bem como a circulação de produtos e serviços, fomentando a economia. Logo, a referida legislação oferece ferramentas para que se alcance esse objetivo, de forma que tanto os credores, quanto a empresa devedora deverão ceder por este bem maior, seja através da limitação de seus créditos, seja através de prazo para pagamento.

Assentou-se a característica mercantil desta conduta, uma vez que se amolda aos preceitos liberais de autorregulação do mercado, visto que credores e devedores deliberam acerca do pagamento e recebimento de créditos. No entanto, o abuso de direito na Recuperação Judicial não se restringe às hipóteses elencadas acima.

É bem verdade que o art. 9º, II, da Lei nº 11.101/2005, estabelece que a habilitação de crédito realizada pelo credor deverá conter o valor do crédito atualizado até a data do pedido de recuperação judicial. Nota-se, de pronto, que a Lei é omissa no tocante ao critério de limitação de juros moratórios após a data do pedido do procedimento de recuperação judicial.

Por outro lado, da análise dos demais dispositivos da referida Lei Federal, é possível colher que no tocante à massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, conforme dispõe o artigo 124. Portanto, percebe-se que o legislador não tratou das limitações de juros para o procedimento de Recuperação Judicial, deixando a encargo dos interessados, através de deliberações no momento da assembleia geral de credores.

Destaca-se que não há impedimento para que seja pactuada a limitação de juros moratórios no procedimento recuperatório, de modo que deveria até ser incentivado essa prática entre as partes. No entanto, não é o que vem ocorrendo nos casos de Recuperação Judicial, uma vez que tal medida é imposta, unilateralmente, aos credores, que sequer têm a possibilidade de contestar por conta do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acerca do conceito de juros moratórios, Arnoldo Wald o define como “o rendimento do capital, preço do seu uso, preço locativo ou aluguel do dinheiro, prêmio pelo risco corrido decorrente do empréstimo, cabendo aos economistas o estudo de

sua incidência, da taxa normal em determinada situação e de suas repercussões na vida do país” (1995, p. 131). Os juros moratórios, em suma, são os frutos correspondentes à remuneração devida ao credor, em decorrência da utilização de seu capital. É, pois, uma forma de contraprestação por aquilo que o credor não pôde utilizar no momento em que lhe era devido.

É cristalino que ceifar tal verba acessória do crédito principal dos credores acarreta muita celeuma entre os interessados, ainda mais quando imposta como condição para a habilitação do crédito. Tal hipótese é comumente verificada no caso de habilitação retardatária ao prazo para habilitação fixado no plano de recuperação judicial, hipótese em que o credor não teve a possibilidade de deliberar em assembleia sobre as condições de pagamento, seja porque seu crédito ainda não estava sujeito ao plano de recuperação judicial (por força de eventual reclamação trabalhista, por exemplo), seja porque sequer foi constituído no momento da sujeição do crédito.

Em relação ao momento no qual o crédito pode se sujeitar ao procedimento recuperatório, cumpre ressaltar que não há consenso entre os operadores do direito acerca de sua exigibilidade. Isso porque, nos termos do art. 49 da Lei 11.101/05, “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos” (2005, não paginado).

Na experiência de Ana Tereza Basilio e Álvaro Ferraz, alguns tribunais entendem que apenas créditos exigíveis ao tempo do requerimento do procedimento de recuperação judicial são passíveis de novação. Com isso, independentemente de o fato gerador ter ocorrido em tempo anterior ao pedido, se a decisão judicial não for exigível nesse prazo, o crédito não poderá ser submetido à novação. (BASÍLIO e FERRAZ, 2019).

Há evidente conflito com a redação do dispositivo elencado acima, uma vez que a sua própria redação afirma que estarão sujeitos ao procedimento todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Nessa hipótese, seria sim passível de novação os créditos sem trânsito em julgado na data do processamento do plano de recuperação empresarial.

É notória, portanto, a existência de abuso de direito no caso de a empresa recuperanda, no momento da apresentação do plano de recuperação judicial, determinar a exclusão de créditos sem o respectivo trânsito em julgado. Tanto é verdade, que esses credores também deveriam ter a possibilidade de deliberar em assembleia, notadamente àqueles em que pende a liquidação de seu crédito,

proveniente de sentença judicial que reconheceu seu direito no momento do exame do mérito.

Acerca da habilitação de crédito provenientes de outros Juízos, Manoel Justino Bezerra Filho afirma que:

o crédito reconhecido pelo Juízo do Trabalho e apresentado pelo interessado ao juiz da falência, não é um pedido de habilitação, pois trata-se de valor já submetido ao crivo do judiciário trabalhista, cabendo ao juiz da falência mandar incluí-lo no quadro geral de credores, em princípio como consta da certidão expedida por aquele juízo. (BEZERRA FILHO, 2016, p. 88).

Ao Juízo Recuperacional caberia apenas incluir o crédito do credor nos estritos termos do que foi proferido pelo juízo especializado, sob pena de afronta à coisa julgada prevista no artigo 502 do Código de Processo Civil. Deste modo, a promoção da limitação dos juros moratórios no tocante ao procedimento de Recuperação Judicial, de forma unilateral pela empresa, configura abuso de direito e desvio de finalidade por parte da devedora, uma vez que não há dispositivo na Lei Recuperatória que autorize essa prática.

Ademais, se torna difícil a interpretação extensiva do artigo 124 da Lei 11.101/2005, de modo a presumir que o legislador pretendia incluir as empresas recuperandas, e não apenas àquelas empresas submetidas à falência, quando instituiu tal prerrogativa.

Por outro lado, é sabido que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre este tema por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.662.793 - SP (2016/0002672-0), no dia 08 de agosto de 2017. O julgado se deu no sentido de que a limitação de que trata o artigo 9º da Lei Federal também abrange os juros moratórios, uma vez afirma que o crédito deve ser atualizado até a data do processamento da recuperação judicial. Ainda, consubstanciou que a referida Lei possui aplicação comum tanto à Falência, quanto à Recuperação Judicial, no tocante à verificação e habilitação de créditos. É o que se depreende do seguinte trecho do julgado:

Em habilitação de créditos na recuperação judicial, aceitar a incidência de juros de mora e correção monetária em data posterior ao pedido da recuperação judicial implica negativa de vigência ao art. 9º, II, da LRF. Esse entendimento não importa em violação da coisa julgada, mas estabelece um exercício de interpretação normativa própria da matriz axiológica que norteia o instituto da recuperação judicial (art. 47). (BRASIL, 2017, não paginado).

Com a devida vênia ao que restou entabulado no referido acórdão, muito embora se poderia estar negando vigência ao art. 9º, II, da Lei de Recuperação de Empresas e de Falência, no tocante à correção monetária, não se estaria negando vigência no caso da incidência dos juros de mora, uma vez que o referido dispositivo não possui redação expressa neste sentido. Se fosse desta forma, a Lei iria prever dispositivo neste sentido, como o fez em relação à falência, através do artigo 124.

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha proferido esse entendimento, nem todos os tribunais pátrios possuem convicção neste sentido, como é o caso do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

AGRAVO DE PETIÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LIMITAÇÃO DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. O artigo 9º, inciso II, da Lei nº 11.101/2005 apenas estabelece que a habilitação do crédito na recuperação judicial se dá pelo valor atualizado do débito até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial. Não há, contudo, qualquer limitação à incidência de juros e correção monetária durante a recuperação judicial. Agravo de petição interposto pela executada a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0021576-34.2015.5.04.0019 AP, em 24/03/2020, Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda). (BRASIL, 2020, não paginado).

Conforme se demonstra no julgado supramencionado, é comum que os devedores já veiculem sua pretensão de ver limitado o crédito de credores através dos juros moratórios, ainda nas lides que originam o crédito. É evidente que não há deliberação alguma entre credor e devedor nesta hipótese, uma vez que a empresa recuperanda já possui o intuito de ceifar o montante da dívida antes mesmo de o crédito ser submetido ao crivo do Juízo Recuperacional, com base em interpretação extensiva proposta pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode destacar a hipótese de que a postura do magistrado, neste aspecto, esteja em consonância com o espírito da Lei Recuperatória, uma vez que é necessário que haja sacrifícios por parte dos credores e dos devedores, conforme ressaltado anteriormente. No entanto, neste aspecto também estamos diante do ferimento da natureza contratual deste instituto, uma vez que muitos são os casos em que a possibilidade de incidência de juros moratórios sequer é debatida na assembleia geral de credores, sendo imposto aos credores pela empresa recuperanda.

Na experiência de Marcos Lisboa, deve haver harmonia entre a Economia e o Direito, uma vez que ambos têm como tema central as regras, incentivos e as sanções

sobre as ações de toda a coletividade (LISBOA, 2015). É o que tratamos no momento em que conceituamos as características do neoliberalismo e do liberalismo econômico, no qual o Estado deveria intervir em raras exceções. Evidente, portanto, que tal interferência seria plausível após prévia deliberação entre os interessados, e não adotando postura favorável à empresa de pronto.

No entanto, não há como estabelecer regra geral sobre o tema, uma vez que, conforme tratado anteriormente, muitas são as recuperações judiciais que perduram por mais de dois anos e que possuem mais de um plano de recuperação judicial. Nesses casos, é certo que a limitação de juros provoca manifesto prejuízo para os credores, em detrimento da empresa recuperanda, o que não deveria ser permitido caso evidenciado que o intuito da devedora é o de postergar o pagamento das suas dívidas. Assim, estaríamos diante de manifesto abuso de direito.

Por outro lado, conforme pontuou Alexandre Lazzarini, a manutenção de execuções trabalhistas individuais, através da busca pelo adimplemento do crédito atualizado monetariamente e com a incidência de juros moratórios poderá prejudicar milhares de outros reclamantes, bem como aqueles que ainda trabalham na empresa e que dela retirem o seu sustento (2007, p. 04). Neste caso, estaríamos prejudicando uns, em detrimento de outros.

Para sanar tal problemática, não há como afastar a deliberação prévia entre os interessados, de modo que a empresa tenha a possibilidade de expor os motivos que ensejaram na redução dos juros moratórios, bem como que os credores manifestem seu ensejo em ver a incidência dos juros sobre seus créditos. Possivelmente esse foi o intuito do legislador quando omitiu a redação de dispositivo prevendo ou não a referida incidência moratória, respeitando a natureza contratual entre os interessados.

Como última *ratio*, no caso de falta de consenso entre os interessados, caberia ao magistrado, antes de convolar o procedimento em falência, analisar as repercussões da incidência ou não dos juros moratórios, respeitando a intervenção mínima no procedimento recuperatório, consoante preceitos liberais. Tal prática talvez só seria possível através da constatação prévia, conforme será tratada adiante, a qual permitirá um panorama mais amplo das atividades desenvolvidas pela empresa, número de trabalhadores e capital que movimentava anteriormente (COSTA, 2019, p. 29). Com isso, será possível estimar as consequências da adoção de juros moratórios no procedimento recuperatório.

4.4 CONSTATAÇÃO PRÉVIA – UMA SOLUÇÃO PARA OS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL?

Após analisada toda a problemática que pode vir a frustrar muitos dos procedimentos de Recuperação Judicial, notadamente em relação ao abuso de direito, torna-se válido verificar uma das possíveis soluções para coibir essa prática abusiva: a constatação prévia.

Daniel Carnio Costa afirma que a decisão que defere o processamento de determinada recuperação judicial é uma das mais importantes que será verificada ao longo de toda a tramitação (2019, p. 28). Isso porque, uma vez iniciado o processo, é possível ser constatada a ausência de condições da ação ou até mesmo a utilização fraudulenta deste instituto, conforme restou analisado anteriormente nas hipóteses de abusos de direito. Logo, evidente a tamanha importância desta decisão.

Consoante analisado no caso da Recuperação Judicial do Grupo Transolar Transporte e Turismo Eireli e Viação Canelinha, percebe-se que a decisão que processou a recuperação judicial, atentou-se tão somente aos critérios formais da Lei (artigo 52 da Lei 11.101/2005). Desta forma, conforme pontuou Daniel Costa, “mediante uma interpretação literal, basta ao magistrado conferir se os documentos exigidos pelo art. 51 estão juntados aos autos, fazendo uma espécie de *checklist* meramente formal, como pressuposto do deferimento do processamento da recuperação judicial” (2019, p. 29).

É indiscutível, portanto, que o processamento de uma recuperação judicial com base nos requisitos formais pode abrir margem para inúmeros abusos de direito e desvio de finalidade do real propósito do instituto, que é a reestruturação da atividade empresarial, a fim de manter os postos de emprego e a circulação da moeda. Destarte, a necessidade de ir além destes documentos formais é essencial para qualquer recuperação judicial.

A origem da constatação prévia no âmbito da Recuperação Judicial, antes denominada de “perícia prévia”, se deu na 1ª Vara de Falências e de Recuperações Judiciais de São Paulo/SP. Em alguns pedidos de recuperação judicial em trâmite naquela vara, após o seu respectivo deferimento, constatou-se, por meio do administrador judicial, que a empresa não exercia qualquer atividade, de modo que não tinha qualquer condição de gerar empregos, circular produtos ou serviços, tampouco gerar tributos e riquezas (COSTA, 2019. p. 42). Evidentemente que em

nada contribua para a sociedade, não merecendo qualquer atenção por parte do Estado.

Daniel Costa ainda afirma que se constatou, em muitos casos, o intuito de prejudicar credores por meio de esquema fraudulento, o qual só foi descoberto após o processamento do pedido recuperatório (2019, p. 42). Portanto, percebe-se que nestes casos foram empregados recursos em procedimentos que não alcançariam seu objetivo primordial, qual seja: reinserir a empresa no mercado, manter os postos de trabalho e fomentar a circulação de riquezas.

Cabe destacar que não é de competência da constatação prévia o exame da viabilidade ou não do negócio, tampouco a realização de auditoria da empresa devedora (exame das atividades desempenhadas). À constatação prévia é reservada a análise do que dizem os documentos acostados com a petição inicial, tudo com o objetivo de atestar a sua pertinência, completude e real correspondência com a realidade fática do funcionamento empresarial (COSTA, 2019, p. 49).

É bem verdade que não há previsão expressa na Lei autorizando o juiz da recuperação a determinar uma verificação prévia dos documentos previstos no artigo 51 do referido diploma legal. No entanto, Daniel Costa defende a possibilidade de aplicação deste instituto, caso efetuada uma interpretação hermenêutica da superação do dualismo pendular, notadamente em relação ao artigo 52 da Lei Federal (2019, p. 43).

Diz o art., 52, *caput*, da Lei 11.101/2005 que, estando em termos da documentação exigida no art. 51 da mesma lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. Como se deve interpretar a expressão legal “estando em termos a documentação”? Deve-se fazer uma análise meramente formal dos documentos ou deve-se exigir que os documentos, além de completos, sejam consistentes? A melhor interpretação da lei, segundo a superação do dualismo pendular, nunca é a que protege os polos da relação de direito material (credor ou devedor), mas sim aquela que permite o intérprete garantir a efetividade do sistema dentro do qual se inserem as relações de direito material envolvidas no processo. (COSTA, 2019, p. 43).

Conforme pontuou o autor, ao aplicar a constatação prévia, não estaremos favorecendo determinada parte em detrimento da outra, uma vez que se visa a efetiva aplicação do instituto, de modo a coibir o desvio de finalidade e de recursos por parte do Estado ao conceder a recuperação para empresa que não é merecedora.

Cumprido frisar que a constatação prévia não se posiciona de forma contrária aos preceitos liberais, uma vez que, por mais que o Estado se porte de maneira ativista

previamente ao processamento da recuperação judicial, não teria mais de intervir ao longo de todo o restante da tramitação deste procedimento, deixando a encargo dos demais interessados conduzir a negociação. Com isso, estaríamos diante de uma das exceções de intervenção do Estado elencadas pelos conceitos liberais, visto que aqui, haveria tutela dos interesses sociais.

Acerca da aplicabilidade deste instituto, ainda que o Poder Judiciário esteja abarrotado com processos custosos e que demandam tempo de seus operadores, não caberia ao magistrado analisar a conformidade dos documentos apresentados com a realidade da empresa. Tanto é verdade, que o juiz não teria, na maior parte dos casos, capacidade técnica para verificar os documentos contábeis e demais documentos técnicos apresentados.

Para tanto, deve ser nomeado um perito para tal fim. Na experiência de Daniel Costa, a figura mais apta para ser nomeada como perito, neste momento, é a própria figura do administrador judicial (COSTA, 2019, p. 45). Isso porque o administrador judicial, conforme visto anteriormente, tem o dever de atuar como verdadeiro auxiliar do juiz, sob sua direta supervisão. Este profissional, em tese, é capaz de estimar a viabilidade ou não de determinada recuperação judicial, a fim de coibir, desde já, a convolação em falência ou a prática de abusos de direito e desvio de finalidade.

Outrossim, após o processamento de determinada recuperação judicial que já fora analisada previamente pelo administrador judicial, o procedimento será ainda mais célere e efetivo, tudo em decorrência da inserção da figura do administrador judicial no exame prévio da documentação apresentada (COSTA, 2019, p. 45).

Por outro lado, em relação aos resultados obtidos através da constatação prévia, pode-se citar: a inatividade da empresa; que o balanço da empresa omitiu informações; que a demonstração de resultados não apresenta receitas nos últimos períodos; a inexistência de itens em estoque, mas que figuram valores nos balanços; a inexistência de novos clientes ou de contatos, entre outros. Percebe-se que todos esses quesitos são de vital importância para verificar o real objetivo da empresa que pleiteia sua recuperação judicial.

Ainda, tal prática pode culminar nas seguintes hipóteses processuais:

A experiência prática da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo tem demonstrado que a constatação prévia poderá revelar quatro situações distintas: a) a inexistência de qualquer atividade empresarial; b) irregularidade ou incompletude documental; c) fraudes; d) incompetência funcional do juízo. Demonstrando a constatação prévia que a atividade

empresarial realmente não existe, a petição inicial deve ser indeferida e o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por falta de interesse processual na modalidade adequação. (COSTA, 2019, p. 48).

Ademais, cumpre ressaltar que a constatação prévia, ainda que não inserida na Lei recuperatória, já é incentivada por parte do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Evidentemente que a efetivação das recuperações judiciais vem sendo alvo de preocupação por parte do Poder Judiciário, conforme verificou-se na Recomendação nº 58 de 22.10.2019, que incentivava a prática da conciliação no âmbito recuperatório, bem como através da criação de grupos de apoio visando a maior efetividade deste procedimento.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria 467, promoveu a criação de grupo de juristas para estudar e propor medidas de aprimoramento da Lei de Recuperação de Empresas e de Falência. Notadamente em relação a esses grupos de estudo, foi acatado, por unanimidade, um ato normativo regulando o procedimento da Constatação Prévia, por meio da Recomendação Nº 57 de 22/10/2019, no seguinte sentido: “Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial a adoção de procedimentos prévios ao exame do feito, e dá outras providências” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, não paginado).

Muitos são os Juízos que passaram a adotar essa prática, conforme verifica-se no recente caso do pedido de recuperação judicial do Hotel Maksoud (HM Hotéis e Turismo S.A.), tombado sob o processo nº 1087857-63.2020.8.26.0100, em trâmite perante à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo/SP, no qual o juiz determinou, previamente ao processamento da recuperação judicial, no dia 22.09.2020, perícia para comprovação dos documentos apresentados (BRASIL, 2020, não paginado). No entanto, nem todos os pedidos de recuperação judicial observam tal recomendação, conforme analisou-se no caso da Recuperação Judicial Recuperação Judicial do Grupo Transolar Transporte e Turismo Eireli e Viação Canelinha.

Percebe-se, portanto, a importância da utilização e do incentivo deste veículo para coibir grande parte dos abusos de direito observados até aqui, notadamente em relação ao uso protelatório da Recuperação Judicial e da prática de novos aditamentos ao plano de recuperação judicial. Conforme mencionado anteriormente, é possível verificar, também por meio deste instituto, as condições da empresa para

adimplemento ou não dos juros moratórios aos seus credores, uma vez que será possível verificar seus ativos e número de trabalhadores que ainda estejam laborando na empresa.

Por fim, cumpre ressaltar que a constatação prévia é um dos melhores institutos para a aplicação do real propósito da Recuperação Judicial, em virtude de sua natureza de respeito às balizas entabuladas no âmago da Lei federal. Com ela, é possível coibir desvios de finalidade, bem como fixar limites para a atuação estatal uma vez que nessa hipótese, não teria o Juiz de se preocupar em exceder, manifestamente, os comandos liberais, dado que iria se abster à análise mais intervencionista no momento prévio ao processamento da Recuperação Judicial, de modo a possibilitar a sua efetiva tramitação posteriormente, respeitando a natureza contratual a partir de então.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificou-se ao longo do presente estudo, muito embora a Lei de Recuperação Judicial e Falência tenha um nobre propósito, que inovou ao empregar esforços na busca pela reestruturação da atividade empresarial, a fim de atender aos anseios econômicos de determinada região, ela possui brechas capazes de viabilizar a prática de atos ilícitos, o abuso de direito e o desvio de finalidade.

Ademais, foi possível verificar que, de fato, se faz necessária a atuação do Estado para assegurar o efetivo propósito da Lei, uma vez que constatado que diante do paradigma do liberalismo econômico, a atuação do Estado não seria nenhum problema. Isso porque, diferentemente do neoliberalismo, o liberalismo econômico permite a intervenção do Leviatã em algumas exceções, dentre as quais poderíamos enquadrar a Recuperação Judicial, visto que nem todas as empresas necessitam passar por esse procedimento.

No entanto, conforme ressaltado, a Lei nº 11.101/2005 pode ser considerada uma lei jovem, eis que a Concordata não era tão próxima assim de sua atual redação, conforme verificou-se no primeiro capítulo deste trabalho. Portanto, não é reprovável conter na sua estrutura mecanismos que desvirtuam o seu efetivo propósito, como é o caso de abuso de direito de voto no momento da assembleia geral de credores, bem como do uso protelatório deste instituto. Constatou-se que se faz necessária uma atuação mais efetiva por parte do Ente Federativo, notadamente em relação às pontuais partes do procedimento Recuperatório, especialmente no momento da verificação do pedido inicial veiculado pela empresa.

Isso porque, conforme acentuou-se ao longo da pesquisa, permitir o exercício de abusos de direito por parte da empresa requerente, além de desvirtuar o propósito da norma, prejudicará não tão somente os credores, mas também as demais empresas que atuam no mercado, consideradas saudáveis, sem olvidar do Estado, que empregará recursos na busca pela efetiva recuperação judicial. Logo, restou evidenciada a necessidade de maior atenção a esta problemática, uma vez que grande parcela da população pode sair lesada. Tanto é verdade, que o próprio Conselho Nacional de Justiça frequentemente elenca uma série de medidas visando ao melhor desempenho da Recuperação Judicial como um todo, conforme constatou-se ao longo da pesquisa.

Com isso, foi possível confirmar a hipótese de que a atuação do Estado é capaz de abrir margem para o desvio de finalidade da Lei Federal. A fim de justificar essa premissa, cumpre ressaltar que o Estado pode se portar de maneira ativa ou passiva, e cada ação poderá ocasionar em uma problemática diversa, conforme acentuou-se na pesquisa apresentada.

Ora, se adotarmos como parâmetro o uso protelatório da recuperação judicial, bem como o abuso de direito de voto dos credores, podemos verificar que a inércia do Estado no tocante a fiscalização do procedimento pode acarretar nos prejuízos elencados acima. Por outro lado, a adoção de postura ativa do Estado no tocante à limitação dos juros moratórios, também acarreta em prejuízo e desvio da finalidade assentada na Lei 11.101/2005, conforme verificou-se ao longo da pesquisa. Com isso, é inegável que a intervenção do Estado, seja positiva ou negativa, acaba interferindo no procedimento.

No entanto, conforme ressaltou-se, é necessária a postura de forma mais fiscalizadora do que interventiva por parte do Ente Estatal, a fim de possibilitar a efetiva tramitação da Recuperação Judicial. Assim, entende-se que restou confirmada mais uma das hipóteses levantadas no presente estudo, eis que a falta de fiscalização do Estado acaba por permitir o exercício de práticas abusivas.

Em relação à terceira hipótese que visava a existência de dispositivos conflitantes na Lei Recuperatória, bem como a falta de princípios norteadores, permitindo que a empresa busque a aplicação de dispositivos que melhor lhe convém, cumpre ressaltar que se confirmou tão somente em relação à incidência dos juros moratórios. Tal conclusão se justifica, conforme amplamente demonstrado no início do estudo, pois muitos são os princípios que se amoldam ao real propósito do instituto, especialmente o da preservação da empresa e o da divisão pendular dos ônus. No entanto, a depender da ótica empregada, notadamente em relação à incidência dos juros, constatou-se que a empresa veicula sua pretensão de ver estagnada a incidência dos juros moratórios ainda nos Juízos que originam os créditos, conforme verificou-se nas jurisprudências provenientes do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Logo, denota-se que a previsão de legal de incidência de juros moratórios apenas nos casos de falência, ocasionou grande alarde, de modo que as empresas passaram a requerer a extensão deste benefício também para o procedimento recuperatório.

Por fim, em relação à quarta hipótese levantada, de que a participação menos ativa dos credores faz com que a empresa recuperanda conduza de seu modo o procedimento, sem receio de convolação em falência, foi possível verificar que ela não se confirmou. Conforme restou demonstrado, é verdade que a Lei Recuperatória relega aos credores a viabilidade do procedimento recuperatório. A partir do levantamento dos dados, torna-se difícil defender a ideia de que a empresa irá se portar de forma indiferente à hipótese de convolação em falência, eis que o procedimento recuperatório é um verdadeiro divisor de águas para ela.

De fato, muitos são os credores que se mantêm inertes e poderiam atuar de forma mais significativa na busca pelos seus créditos. No entanto, essa indiferença não é capaz de colocar a empresa em uma posição de conforto, uma vez que diversas são as possibilidades de convolação em falência, conforme verificou-se ao longo do estudo.

Portanto, entende-se que este trabalho cumpriu com seus objetivos, eis que foi possível avaliar as hipóteses levantadas, bem como verificar a efetiva atuação do Estado e sua relevância para o procedimento recuperatório. Por fim, concluiu-se que uma das possíveis alternativas para as problemáticas levantadas, é o emprego da Constatação Prévia que, ainda que não prevista na Lei, possui aplicabilidade e é capaz de delimitar a atuação do Estado, bem como coibir práticas abusivas e desvio de finalidade, tudo em consonância com a Lei Recuperatória e com o paradigma do liberalismo econômico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AVELINO, Nildo. **Foucault e a racionalidade (neo)liberal**. Revista Brasileira de Ciência Política, n° 21, Brasília, set. - dez. 2016, p. 227-284. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000300227#B42. Acesso em 16 set. 2020.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AYOUB, Luiz Roberto. A cultura recuperacional. Disponível em: ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BASÍLIO, Ana Tereza; FERRAZ, Álvaro. **Estão sujeitos à recuperação judicial os créditos “existentes” (originados) até a data do requerimento de recuperação judicial**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa – vol. 13/2019. jul-set/2019. Recuperado de Revista dos Tribunais Online.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Comentada artigo por artigo**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradutor: Marco Aurélio Nogueira. 4ª reimpressão da 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2005], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.662.793/SP. Leis 10.927/91 e 11.262 do município de São Paulo. Processual civil. Recurso especial. Recuperação judicial. Habilitação de crédito. Atualização. Tratamento igualitário. Novação. Juros e correção. Data do pedido da recuperação. Recorrente: Vera Maria Pimpão do Amaral Lupion e Outros. Recorrido: Três Editorial Ltda - Em Recuperação Judicial e Outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1622919&num_registro=201600026720&data=20170814&formato=PDF. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 1ª Vara Judicial da Comarca de Canela. Recuperação Judicial do Grupo Transolar Transporte e Turismo Eireli e Viação Canelinha. Deferimento do processamento do pedido recuperatório. Vancarlo André Anacleto, Juiz de Direito. Processo número 041/1.16.0000801-4. Data da publicação: 16 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo/SP. Recuperação Judicial do Hotel Maksoud (HM Hotéis e Turismo S.A.). Perícia Prévia para comprovação da condição da empresa. João de Oliveira Rodrigo Filho, Juiz de Direito. Processo número 1087857-63.2020.8.26.0100. Data da publicação: 22 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Seção Especializada em Execução). Agravo de petição do processo nº 0021576-34.2015.5.04.0019. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LIMITAÇÃO DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. O artigo 9º, inciso II, da Lei nº 11.101/2005 apenas estabelece que a habilitação do crédito na recuperação judicial se dá pelo valor atualizado do débito até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial. Não há, contudo, qualquer limitação à incidência de juros e correção monetária durante a recuperação judicial. Agravante: Fertilizantes Heringer S.A. Agravado: Andre Lopes Schaurich. Relator: João Alfredo Borges Antunes de Miranda, 19 de março de 2020. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021576-34.2015.5.04.0019>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Dr. Eduardo Secchi Munhoz. 2013, USP. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24102016-155244/publico/Dissertacao_Final_Gabriel_Saad_Kik_Buschinelli.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição de motivos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre os motivos que ensejaram na criação da Lei Recuperatória. Ministro da Justiça Mauricio Côrrea. Brasília, 1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Acesso em: 1 out. 2020.

CAVALCANTI, Arthur Miranda. **A atuação do poder judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa**. Revista de Direito Privado, vol. 93/2018, set/2018. Recuperado de Revista dos Tribunais Online.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito da empresa**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria nº 199, de 30 de setembro de 2020. Dispõe sobre a instituição de Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Ministro Luiz Fux. Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3502>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 57, de 22 de outubro de outubro de 2019. Dispõe sobre a necessidade de adoção de procedimentos prévios ao exame da recuperação judicial, e dá outras providências. Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3069>. Acesso em: 11 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 58, de 22 de março de 2019. Dispõe sobre a necessidade de uso da mediação pelos magistrados responsáveis pelos procedimentos de recuperação empresarial e falências. Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 11 out. 2020.

COSTA, Daniel Carnio. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional**. Curitiba: Juruá, 2019.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. Disponível em: ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DIEHL, Rodrigo Cristiano. MENDES, Jussara Maria Rosa. **Neoliberalismo y protección social en América Latina: salvando el capital y destruyendo el social**. R. Katál., Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 235-246, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rk/v23n2/1982-0259-rk-23-02-235.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

FARIA, Ana Lúcia B. CHAIA. Vera. **Os institutos liberais e a consolidação da hegemonia neoliberal na América Latina e no Brasil**. São Paulo, v. 22, n° 49, p. 1059-1080, set/dez 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-99962020000301059&lang=pt. Acesso em 20 set. 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e complicações**. Tradução: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Editora Visão, 1983. Tradução de Carmen Lídia Richter Ribeiro Moura, Denis Fontes de Souza Pinto, Denise Vreuls, José Vicente da Silva Lessa.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 36/2007, p. 93-106, abr. - jun./2007. Recuperado de Revista dos Tribunais Online.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental**. Revista de Informação Legislativa/ano 49, n° 194 - abr. – jun./2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 jul. 2020.

LISBOA, Marcos de Barros. Direito, Economia (e a Liberdade de Expressão). Disponível em ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004. Tradução de Alex Marins.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A ineficácia e aparente confronto aos princípios da preservação de empresa e função social na Lei 11.101/2005.** Revista de Direito Recuperacional e Empresas, vol. 13/2019, jul.-set./2019. Recuperado de Revista dos Tribunais Online.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do espírito das leis: volume 2.** Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci; CAMPI, Ana Cristina Baptista; PIHA, Daniella. Reflexões sobre a rotineira prática dos aditamentos ao plano de recuperação judicial. Disponível em ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **O abuso de direito de voto no processo de recuperação de judicial de empresas.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, vol. 15, p. 71-95, jan./mar. 2018.

PAULANI, Leda Maria. **Neoliberalismo e individualismo.** Campinas, SP, v. 8, n° 2, p. 115-127, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643138>.. Acesso em 17 set. 2020.

RECUPERAÇÃO judicial do grupo Oi S.A. Recuperação Judicial Oi, publicado em 06 mar. 2020. Disponível em: <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Decisao.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Gabriela Tunes da; BARTHOLO, Roberto. **Três caminhos para a servidão.** Revista Scielo. Soc. estado. vol. 18 n.º 1-2. jan./dez. Brasília, 2003.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** Tradutor: Luiz João Baraúna. São Paulo, Círculo do Livro: 1996.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio (2012). **A recuperação judicial de empresas**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 106 (106-107), 181-214. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67943>. Acesso em: 17 ago. 2020.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

XAVIER DE HOLANDA, Francisco Uribam. **Do liberalismo ao neoliberalismo – o itinerário de uma cosmovisão impenitente**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.