

ATIVISMO JUDICIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM ESTUDO DE CASO DOS TIPOS DE CRÉDITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL
JUDICIAL ACTIVISM AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: A CASE STUDY OF SORTS OF CREDIT IN JUDICIAL REORGANIZATION

Autor: Vitor Schettino Tresse¹

RESUMO

O presente trabalho tem como premissa metodológica o estudo do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de número 153.820 sobre um viés crítico da análise econômica do direito, a partir da investigação sobre qual os impactos econômicos derivam de tal entendimento jurisprudencial. Tais questões exigem um esforço discursivo de reconstrução dos elementos legais e constitucionais dos créditos na recuperação judicial, demandando a análise de um caso concreto. Em relação à estratégia metodológica, realizar-se-á uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que é com base nos objetivos traçados que se propõe o estudo de textos científicos e legislativos sobre o impacto econômico da prática jurídica da recuperação judicial, realizando-se a pesquisa por meio do método de análise de conteúdo. Dessa forma, quanto às técnicas de pesquisa, a opção foi, primordialmente, pela documentação indireta, a bibliográfica e a documental, uma vez que a base metodológica consiste na análise de conteúdo. Assim, a partir dos estudos do referencial teórico, busca-se um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação de artigos científicos sobre os institutos em análise.

Palavras-chaves: Direito e economia. Ativismo judicial. Recuperação judicial

ABSTRACT

The present paper intends to study the Decision number 153.820 from the Brazilian's Superior Court regarding the economic impacts deriving from such legal understanding. This review

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro na área Empresa e Atividades Econômicas.
Email: vitor_st7@hotmail.com

requires a discursive reconstruction effort of the legal and constitutional elements in the analysis of a particular case. Regarding to the methodological strategy, it proposes a qualitative research, using the method of content analysis. About the techniques of research, the option was primarily by indirect documentation, bibliographical and documentary. Finally, from the studies of the theoretical framework, we seek an analytical system concepts to be applied in the interpretation of scientific articles about the institutes in question.

Keywords: law and economics. Judicial activism. Judicial reorganization

1 INTRODUÇÃO

Conforme Rachel Sztajn e Décio Zylbersztajn [et al.] com Richard Coase, Guido Calabresi e Timarcchi a interlocução entre direito e economia ganha tamanha importância a ponto de tal tipo de análise tornar-se um campo metodológico próprio de estudo. De 1937 – ano de publicação do artigo científico “The nature of the firm” – até os dias atuais, houveram profundas mudanças e especificações nesse âmbito de conhecimento de modo a fazer tal disciplina ramificar-se em vários temas específicos e com perspectivas próprias, sem que, entretanto, perdesse o fio condutor de sua proposta de estudo.

O impacto de suas ideias e o tamanho de sua repercussão foi proporcional as várias críticas contundentes que surgiram ao longo do tempo. Nesse sentido, pode-se destacar Ronald Dworkin em “O império do direito” e sua crítica ao utilitarismo de Posner. De forma bem rasa, aquele afirma que a efetivação e maximização do bem estar geral da comunidade a partir da efetivação e maximização do prazeres individuais não pode ser o propósito do direito. Tal propósito é capaz de perpetrar um longo processo histórico-social de exclusão e estigmatização de minorias, inconciliável com o direito enquanto instituição social ordenadora. Desta maneira, o propósito do direito deve ser constituído por um complexo arranjo principiológico capaz de fornecer respostas íntegras aos anseios sociais.

Entretanto, a via de mão dupla proposta por tal metodologia de análise não pode ser abandonada, ainda que se proponha um estudo íntegro do direito. De fato, os impactos econômicos da prática judicial e os impactos legais das práticas econômicas não podem e não devem ser abandonados em qualquer tipo de perspectiva crítica. Nesse ponto, tem-se a proposta

do presente trabalho, qual seja, demonstrar os impactos econômicos de determinada interpretação judicial no procedimento da recuperação judicial.

Tendo por base o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de número 153.820 de São Paulo, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha que entendeu que na existência de ação não transitada em julgado discutindo crédito proveniente de responsabilidade civil por fato preexistente ao momento do deferimento da recuperação judicial, “é necessária a habilitação e inclusão do crédito em questão no plano de recuperação da empresa correspondente” (BRASIL, 2013) o presente trabalho buscará fazer uma análise de tal entendimento frente ao artigo 49 da Lei 11101 de 2005, com a seguinte indagação: levando em conta o impacto econômico das decisões judiciais houve afronta ao artigo 49 da Lei 11101/05, que estabelece a necessidade da existência do crédito na data do pedido para a inclusão na recuperação judicial, pelo entendimento elaborado no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820 de São Paulo?

A fim de nortear a presente pesquisa o estudo dos créditos na recuperação judicial será feito a partir do referencial teórico da Análise Econômica do Direito, principalmente com base no exposto nos livros *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações* organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005) [et al.] e pelos artigos “The nature of the firm” e “The problem of social cost” de Ronald Hart Coase (1934-1960).

Tal abordagem se faz necessária, pois, a análise econômica consegue fornecer um instrumento teórico-metodológico aplicável ao caso, qual seja, perceber o impacto econômico da prática institucional jurídica. E, ao contrário, a análise puramente dogmática-legalista não consegue enfrentar o problema aqui analisado de forma suficientemente abrangente.

O trabalho busca atingir sua conclusão tendo como premissa metodológica o estudo sobre um viés crítico da análise econômica do direito, a partir da investigação sobre qual os impactos econômicos derivam de determinado entendimento jurisprudencial. Tais questões exigem um esforço discursivo de reconstrução dos elementos legais e constitucionais que servem de balizas para tal instituto, tendo em conta que, tal estudo demanda análise de um caso concreto.

Em relação à estratégia metodológica, realizar-se-á uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que é com base nos objetivos traçados que se propõe o estudo de textos científicos e legislativos sobre o impacto econômico da prática jurídica da recuperação judicial, realizando-se a pesquisa por meio do método de análise de conteúdo. Dessa forma, quanto às técnicas de pesquisa, a opção foi, primordialmente, pela documentação indireta, a bibliográfica e a documental, uma vez que a base metodológica consiste na análise de conteúdo. Assim, a partir

dos estudos do referencial teórico, busca-se um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação de artigos científicos sobre os institutos em análise.

Com o propósito de buscar uma melhor estruturação didática da temática abordada no estudo, o trabalho foi dividido em cinco partes. Primeiramente, será feita uma análise acerca do referencial teórico da análise econômica do direito, principalmente no que diz respeito a proposta de Ronald H. Coase. Em um segundo serão apresentados os ditames da lei 11101/05, no que diz respeito aos créditos da recuperação judicial. Aproveitando o exposto anteriormente, o terceiro capítulo irá confrontar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820 com a Lei 11.101/05 e a análise econômica do direito. E por fim, ao ser retomada a proposta inicial da presente pesquisa, buscar-se-á a conclusão com o propósito de sistematizar um raciocínio jurídico apto a analisar a questão proposta da pesquisa bem além de uma construção puramente dogmática.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Rachel Sztajn e Décio Zylbersztajn (2005:1-2) [et al.] ressaltam a importância de Calabresi, Coase e Trimarcchi para a estruturação do pensamento da Análise Econômica do Direito. Em relação ao primeiro, afirmam que Guido Calabresi demonstrou a importância dos impactos econômicos da alocação de recursos para a responsabilidade civil tanto no âmbito judicial quanto no âmbito legislativo. Sua importância pode ser ressaltada ainda no pioneirismo de aproximar questões jurídicas e seu tratamento econômico. Para os autores, Trimarcchi (2005:2) teve como âmbito de estudo a comparação entre o direito continental europeu (especificamente o ordenamento italiano) com o direito consuetudinário, demonstrando a possibilidade do direito codificado utilizar-se de critérios capazes de induzir as pessoas para a eficiência alocativa. Já quanto a Coase, tal autor foi responsável por demonstrar de que maneira a introdução de custos de transação na análise econômica molda as organizações e as instituições do ambiente social. Partindo do pensamento neoclássico da economia que defendia que em um ambiente sem custos de transação os direitos são distribuídos de maneira eficiente, independentemente de sua distribuição inicial, Coase demonstrou que, na realidade, há custos

de transação, de modo que, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos².

Rachel Sztajn e Décio Zylbersztajn (2005:3) [et al.] afirmam que a análise econômica considera o ambiente normativo para não chegar a conclusões equivocadas ao desconsiderar as imposições do direito no comportamento dos agente econômicos, de maneira que, o direito, por sua vez, no processo de estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas ocorrem, bem como os efeitos da distribuição e alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes. Importantíssimo para o presente estudo é que “o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações³ influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional” (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, [et al.] 2005, p.3). Da mesma maneira nessa perspectiva aqui analisada, os autores afirmam que, é importante que o paradigma neoclássico, ação individual soberana, seja abandonado, pois mecanismos de coordenação econômica erigidos por instituições políticas e legais, restringem as necessidades, preferências e atitudes dos atores econômicos.

Nesse particular ponto, há a primeira conexão com a proposta do presente estudo eis que, apesar do artigo 49 da Lei 11101/05, o REsp 153820 buscou entendimento confrontante com dispositivo legal, interpretação que tem forte impacto na prática empresarial ao criar certo grau de instabilidade na previsibilidade do ordenamento jurídico⁴.

Rachel Sztajn no capítulo 4 da obra, “*Law and Economics*” (2005:75) [et al.] afirma que no início da construção da metodologia da “*Law and Economics*” não convenceu a um grupo de juristas que, baseados nas diferenças metodológicas entre os dois ramos, afirmaram que tal aproximação era impossível – principalmente nos países filiados à família romano-

² Os autores afirmam que após essa primeira geração a Análise Econômica do Direito foi desenvolvida com a contribuição de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne que não serão aqui analisado com maior profundidade tendo em vista a própria limitação do presente trabalho.

³ Oliver Williamson foi responsável por introduzir as organizações e instituições como terceiro pilar na interdependência das áreas, além de introduzir a ideia de racionalidade limitada a partir dos estudos de Simon (1957) (2005:4).

⁴ Importante frisar que o debate filosófico entre o discurso da previsibilidade e da obediência cega ao ordenamento jurídico posto como forma de justiça e o discurso da aplicação justa que exige uma interpretação jurídica para além do ordenamento jurídico posto não será tema de debate aprofundado no presente trabalho. Buscar-se-á demonstrar com um estudo de caso, que o direito enquanto prática interpretativa é capaz de erigir entendimentos diferentes para a mesma situação, o que corresponde a impactos econômicos diferentes. Nesse sentido, Rachel Sztajn, Decio Zylbersztajn e Bernado Mueller (2005:100) ressaltam a importância do estudo da maneira que casos específicos de disputas por direitos de propriedade são resolvidos, comparando-os com a proposta da análise econômica do direito, o que, levando em conta as observações feitas ao longo do texto, é a proposta do presente trabalho.

germânico⁵, no qual predomina a dogmática jurídica. Entretanto, ainda conforme a autora, tal argumento foi refutado por Daniel D. Friedman que com a premissa de que as pessoas agem racionalmente, demonstrou que elas poderiam responder melhor a incentivos externos induzidores comportamentais através de prêmios e punições, tornando a economia poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas.

Outro ponto importante explicitado por Sztajn (2005:75) [et al.] consiste no argumento que “comum aos estudos *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torna-las cada vez mais eficientes” (SZTAJN, 2005, p.75).

Partindo dessa introdução teórica, o presente trabalho irá aprofundar nos estudos elaborados por Richard Hart Coase. É inegável que a Análise Econômica compreende uma gama muito maior de debates e de autores, mas a escolha realizada é epistemológica. Explicase. Como afirmado, Coase foi um dos grandes autores da Análise Econômica do Direito, de modo que, suas ideias inovadoras e revolucionárias permitiram o próprio desenvolvimento desta disciplina. Logo, tendo em vista o impacto para Análise Econômica do Direito das ideias deste autor e a própria limitação do presente trabalho, sua teoria será o foco de estudo.

Em “*The nature of the firm*” Coase (1934:1 – tradução do autor) inicia seu pensamento com o conhecimento tradicional de que o sistema econômico funciona por si mesmo graças ao mecanismo de preços, de compra e venda, sem necessidade de um centro operacional. Entretanto, dentro de uma empresa, estas operações são eliminadas e no lugar da complexa estrutura de operações de mercado surge o empresário administrador que coordena a produção, como método alternativo de coordenação. Entretanto, percebendo Coase que, se a produção é regulada por movimentos de preços e ela pode ser realizada sem qualquer organização geral, indaga o autor o motivo de existir qualquer tipo de organização.

Conforme o autor, o objetivo do seu trabalho foi esclarecer o que parece ser um lacuna na teoria econômica entre a proposição de que os recursos são alocados por meio do mecanismo de preços e a proposição que esta atribuição é dependente do empresário administrador. Para ele, a principal razão de ser lucrativo estabelecer uma sociedade empresária está relacionado com o fato de existir custo pelo uso do mecanismo de preços.

⁵ Para interessante debate comparando as facilidades/dificuldades de aplicação da metodologia da Análise Econômica do Direito na *comon law* e na *civil law*, e também, um estudo com dados sobre o perfil dos magistrados brasileiros e o impacto econômico de sua prática institucional, ver o livro, *Direito e Economia*, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, capítulos 7 e 10.

Partindo dessa ideia, Coase (1934:5-6 – tradução do autor) elenca os vários custos de transação que estão envolvidos de uma organização empresarial: i) o custo de organização de descobrir preços relevantes; ii) custos de negociação e celebração de um contrato separado para cada transação de troca, que apesar de não serem eliminados na existência de uma sociedade empresária, são drasticamente reduzidos, como por exemplo, no caso dos fatores de produção, para os quais o empresário não necessita fazer uma série de contratos para sua integração na produção, como seria o caso se utilizado o mecanismo de preços.

Neste ponto, Coase (1934:5-6 – tradução do autor) observa que a essência do contrato é que ele só deve indicar os limites para os poderes do empresário e dentro desses limites, ele pode dirigir outros fatores de produção.

Entretanto, a utilização do sistema de preços não pode ser entendida *a priori* ruim, pois como observa o autor, ele pode ser preferível em um contrato de longo prazo para o fornecimento de algum bem ou serviço como meio de evitar custos da elaboração de vários contratos ou em relação a segurança das pessoas com quem se contrata. E com esse processo de busca por otimização através da utilização ou não do mecanismo de preço dirigido pelo comprador é a relação que Coase (1934) define como “firma” Para o autor, uma sociedade empresária emerge nos casos nos quais não é satisfatória a elaboração de vários pequenos contratos.

Coase (1934:6 – tradução do autor) sintetizando seu raciocínio argumenta que a operação no mercado “custa” alguma coisa. A partir disso, através da formação de uma organização que concede certa autoridade ao empresário para direcionar os recursos, evita-se certos custos de transação, caracterizando-se a sociedade empresária como o sistema de relações que passam a existir quando a direção de seus recursos depende do empresário.

Nesse sentido, afirma o autor que a sociedade empresária torna-se maior à medida que as operações adicionais são organizadas pelo empresário, tornando-se menor à medida que ele abandona a organização dessas operações. Ao debater com professor Knight sobre os custos de uma operação de marketing entre uma sociedade empresária A e B, Coase (1934:14 – tradução do autor) conclui que deverá levar-se em conta os custos de marketing (custos de utilização do mecanismo de preços) e os custos de organização de tal atividade de modo que a pergunta sempre será se haverá menos custos ao pagar determinada quantia para trazer uma transação de troca extra ou sob a organização de uma autoridade.

Para o autor, tal análise é importante até mesmo para esclarecer as diferenças entre os conceitos de iniciativa e gestão, no primeiro temos a previsão e operação através dos

mecanismos de preços pela fabricação de novos contratos, já na gestão há apenas reação às mudanças de preços, com reorganização dos fatores de produção sob controle do empresário.

Já em “The problem of social cost” Richar H. Coase (1960:1 – tradução do autor) inicia seu estudo sobre um caso de uma fábrica de cigarros. Apesar do pensamento tradicional (aquele que inflige um dano deve reparar), frente um caso de dano, propor a maneira de se reestabelecer a posição dos proprietários que sofram prejuízos pela instalação da fábrica, para o autor, o problema está posto de maneira errônea, pois tal abordagem tradicional obscurece a natureza da escolha a ser feita.

Para o autor quem sofre o dano não necessariamente deve ser ressarcido, pois o dano é um problema de natureza recíproca. A verdadeira questão a ser decidida por Coase (1960:2 – tradução do autor) é: deve haver permissão para prejudicar? O questionamento deve-se ao fato de que, o verdadeiro problema é como evitar o dano mais sério.

Com essa nova perspectiva, afirma o autor que apesar de continuar não sendo fácil dar uma resposta, ao menos sabe-se o valor do que será obtido e o valor do sacrifício para obter aquilo que é desejável, o que exige que o problema seja analisado em seu total e em sua margem.

Em seu estudo, Coase (1960:3 – tradução do autor) analisa os mais variados tipos de danos e custos possíveis para a resolução do problema que uma criação de gado pode gerar a uma agricultura de milho em áreas contínuas⁶, concluindo que a percepção da queda no valor em qualquer ponto da produção do criador de gado deverá ser menor do que os danos que o gado poderia causar à agricultura caso não ocorra nada de excepcional. Tendo isso por base, em condições de perfeita competição, a quantidade que o fazendeiro deveria pagar pelo uso da terra é igual a diferença entre o valor total da produção quando os fatores são empregados nesta terra e o valor da adicional obtido no melhor uso seguinte.

O que Coase (1960:3 – tradução do autor) busca demonstrar neste primeiro exemplo é que a alocação de recursos é a mesma no mesmo caso não fosse necessário a responsabilização pelos danos causados. Estabelecer se o negócio capaz de gerar prejuízo é responsável ou não pelos danos causados é essencial para o autor, pois, sem o estabelecimento desta delimitação inicial de direitos não é possível haver transações do mercado.

Entretanto, a análise neoclássica da economia do sistema de preços atuando sem custos de transação é menos importante e eficaz, pois o resultado final que maximiza o valor da produção será independente da posição legal, justamente pela ausência de tais custos. Da

⁶ Conforme Coase (1960:10) o exemplo utilizado nada mais representa do que os mais variados casos de responsabilidade por danos que a todo momento aparecem nas cortes judiciais e que são trazidos pelo autor ao longo de seu texto.

mesma maneira, com transações sem custos de transação, as decisões judiciais sobre responsabilidade perdem efeito na alocação de recursos.

Tendo por base um caso de uma fábrica de tecelagem e a necessidade de instalação de filtros em suas chaminés, afirma o autor:

Para evitar o dano do sulfato de amônia, o responsável pelo dano poderia aumentar suas precauções ou mudar para outro local. O que presumivelmente aumentaria seus custos. Como alternativa, ele poderia pagar pelos danos. Os pagamentos por danos, então, tornar-se-iam uma parte dos custos de produção de sulfato de amônia. Claro que, se, como foi sugerido no processo judicial, o valor do dano pudesse ser eliminado, alterando o agente clareador (que, presumivelmente, aumentaria os custos de fabricação esteiras) e se o custo adicional foi menor do que o dano que poderia ocorrer de outra forma, deve ser possível para os dois fabricantes fazer uma transação mutualmente satisfatória (COASE, 1960, p.11 - tradução do autor).

Para Coase (1960:11 – tradução do autor) se se discutir em termos de causas, ambas as partes contribuíram para ela. Desta maneira, na busca pela otimização da alocação de recursos, será desejável que ambas as partes levem os danos em consideração ao decidir sua ação, pois sendo possível “modificar por transações no mercado as delimitações legais iniciais de direitos. E, claro, se tais transações de mercado são sem custo, como em um reajustamento dos direitos, tal realocação sempre terá lugar se levar a um aumento no valor da produção” (COASE, 1960, p.15 – tradução do autor).

Todos os exemplos elaborados pelo autor são pensados em uma situação na qual não há custos de transação. A fim de levar a cabo um contrato como uma operação de mercado é necessário, entre outras coisas, descobrir com quem, o que se deseja tratar e em que condições. Tais operações, segundo o autor, são muitas vezes, extremamente caras, uma vez que os custos de transação são levados em conta, o reajustamento de direitos ocorrerá apenas quando o incremento do valor da produção consequente do reajustamento é maior que os custos que estarão envolvidos.

Outra possibilidade de combate dos custos de transação é através da regulação do governo, que para Coase seria um tipo de “super firma”. Mas, de qualquer maneira, o que deve ficar claro é que o problema mais importante é o da escolha do reajustamento social adequado para lidar com os efeitos danosos.

A ideia de Coase consiste na busca por uma prática sem custos de transação. Tal lógica é pensada com o seguinte pressuposto: quando as transações do mercado são sem custos, as questões de equidade resumem-se aos direitos bem definidos e com resultado de ações legais fáceis de previsão. Tal quadro é completamente diferente quando as transações do mercado são

muito custosas, o que conseqüentemente dificulta o reajustamento de direitos estabelecidos pela lei.

E mais uma vez, o relacionamento da teoria aqui analisada com a proposta do trabalho, pois conforme Coase (1960:19 – tradução do autor), no caso de uma prática empresarial e institucional com altos custos de transação, as cortes diretamente influenciam a atividade econômica. Tal fato deveria levá-las a compreender as conseqüências econômicas de suas decisões, de modo que, não causassem mais incerteza sobre as posições legais. E mais, as cortes ao atuarem nos casos de responsabilidade nos quais há custos do reajustamento de direitos estabelecidos pelo sistema legal, estão, de acordo com o autor, tomando decisões sobre o problema econômico e determinando quais recursos devem ser empregados.

Mesmo no caso de atividades cujo cerceamento é socialmente justificado, para o autor, será sempre o caso de medir os ganhos que advêm de permitir sua continuação ou não. Tal situação representa nada mais do que a extensão da atividade econômica do governo. O que precisa ser decidido é se o ganho de prevenir o dano é maior que o gasto que será sofrido de qualquer maneira como resultado da interrupção da atividade que produz o dano.

Finalmente, no final de seu trabalho Coase (1960:44 – tradução do autor) questiona o “*Welfare State*” e sua proposta para um mundo melhor. Para o autor, o problema central é inventar rearranjos que irão corrigir os defeitos em uma parte do sistema sem causar danos mais sérios em outras partes.

Para o autor, seria desejável que as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o que se ganhou vale mais do que o que foi perdido. A crença de que é desejável que o negócio que causa efeitos danosos deve ser forçado a compensar aqueles que sofreram os efeitos danosos não é a mais correta por não executar a comparação do total de produção obtida com arranjos sociais alternativos.

Conforme Coase (1960:43 – tradução do autor), pensar os fatores de produção como direitos, torna mais fácil entender que o direito de fazer algo que tem um efeito danoso caracteriza-se também como um fator de produção, que pode ser exercido.

Logo, para o autor no que toca a questão do “*Welfare State*”, na escolha entre arranjos sociais dentro de um contexto de tomadas individuais de decisões, tem-se que ter em mente que, uma mudança no sistema existente capaz de gerar melhoria em algumas decisões, necessariamente gera piores situações em outros fatores. Além disso, os custos envolvidos na mudança para um novo sistema devem ser considerados, pois, a elaboração e escolha entre arranjos sociais que leva em conta o efeito total de possibilidades e seus custos é a mudança de abordagem proposta por tal estudioso.

3 OS CRÉDITOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

De princípio, cabe ressaltar que o presente capítulo irá aprofundar no estudo da recuperação judicial. Assim, para uma melhor organização, inicialmente será feita uma abordagem introdutória da recuperação judicial, tanto na Lei 11.101/05 e do revogado Decreto-lei 7661/45. Após, será analisada a trajetória da legislação 11.101/05 até sua vigência e finalmente, os créditos (os que fazem parte e os excluídos) na recuperação judicial.

3.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL – BREVE INTRODUÇÃO

Segundo Sérgio Campinho (2012:4), se a falência possui uma tradição mais antiga, estando prevista já nas Ordenações do Reino usava-se a palavra quebra para identificar o instituto, inspirada na tradição de os credores promoverem a quebra da banca do comerciante que não houvessem honrado seus compromissos, impossibilitando-o, assim, de comerciar. A denominação foi apropriada pelo Código Comercial, em sua terceira parte, intitulada “Das Quebras” (artigos 797 a 913, já revogados).

Conforme Carvalho de Mendonça (1946:9-10), a mudança dos vocábulos tem por objetivo afastar o próprio sentido etimológico originário, não servindo de instrumento de ignorância e de desonra, nas mãos de credores para a vingança pessoa contra o devedor.

No mesmo sentido, Rubens Requião (1998:6) afirma que em uma visão moderna e contemporânea do instituto falimentar, é adequada a proposição segundo a qual, na realidade, a falência propõe uma solução para a sociedade empresária arruinada: ou a líquida ou proporciona sua recuperação.

Assim, a falência para Campinho (2012:4) é a medida judicial realizável para resolver a situação jurídica do devedor insolvente. Essa solução não implica, necessariamente, a liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente – falência-liquidação -, revelando-se, outrossim, como promotora da recuperação da sociedade empresária por ele desenvolvida – falência-recuperação.

Essa visão unitária da insolvência empresarial, designada falência, vem sendo consagrada na legislação de diversos países, notadamente na Alemanha (lei de insolvência Alemã, *insolvenzordnung – InsO*, de 05 de outubro de 1994, com vigência em 01 de janeiro de 1999) e em Portugal (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, aprovado pelo Decreto-Lei nº 53, de 18 de março de 2004). Desse modo, tem-se um único processo de insolvência, sendo a recuperação uma de suas finalidades, em alternativa à liquidação.

Campinho (2012:4) afirma que a nova lei brasileira, entretanto, não adota o princípio da unicidade do processo de insolvência empresarial ou falência, mas sim, dois processos especiais aplicáveis ao devedor empresário em estado de crise econômico-financeira ou insolvente: o processo de recuperação judicial e o processo de falência.

Na verdade, a lei 11101/05 preserva a tradição dualística institucional, contemplada em legislações precedentes entre a falência e a concordata, sistema que também se fazia presente na Lei Portuguesa anterior (Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência – CPEREF, instituído pelo Decreto-Lei nº 132, de 23 de abril de 1993, reformada sob a inspiração da Lei da Insolvência Alemã.

Ainda conforme Campinho (2012:11), a concordata, na esteira do Decreto-Lei 7661/45, não exibia feição contratual. Sua natureza era a de um favor legal. Os credores a ela então sujeitos, os quirografários, não eram chamados a manifestarem suas vontades. Se o devedor preenchesse os requisitos pela lei impostos, lhe era concedida a concordata.

Afirma o autor, entretanto que, na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas no objetivo da recuperação. Tal índole contratual não lhe é retirada pelo fato do plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial. A concessão, por sentença, de recuperação judicial, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo. Com efeito, continua o autor afirmando que o controle judicial do plano de recuperação tem por finalidade possibilitar a exclusão de eventuais objeções em face de sua validade. Ou seja, um procedimento de concessão judicial capaz de reduzir erros durante a sua celebração e também, permitir aos credores, a oportunidade de verificar se seus interesses não foram prejudicados (que aliás, possuem força executiva).

Assim, de acordo com o autor, o processo de recuperação judicial visa, principalmente, a uma única finalidade: que os devedores e credores aprovelem uma proposta que se destine a viabilizar a sociedade empresária, demonstrando que o estado de crise econômico-financeira é transitório e superável. A atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais

aplicáveis ao plano, ficando-lhe proibido interferir no seu conteúdo que é de domínio exclusivo das partes.

Por isso, segundo Campinho (2012:12), o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição (assim como na Alemanha e em Portugal) novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetivas e subjetiva para sua implementação. Afirma o autor que a perfeição do acordo não significa a manifestação unânime dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma minoria legalmente estabelecida de credores, capaz de obrigar a minoria.

Finalmente, conforme o autor, a massa de credores declara sua vontade na assembleia-geral dos credores (órgão deliberante). Desta maneira, sendo a relação processual única, justifica-se o porquê o fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos⁷.

3.2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA NOVA LEI

Segundo Fábio Ulhoa Coelho na página VII da nota de seu livro “Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas”, o projeto de reforma da Lei de Falências foi iniciativa do Poder Executivo em 1993, sendo aprovado pela Câmara dos Deputados em 2003 com o texto profundamente transfigurado. No Senado, no momento da tramitação pela Comissão de Assuntos Econômicos houve audiências públicas. E em meados de 2004, o Senador Ramez Tebet, após constatar que o projeto reclamava de completa reestruturação, apresentou um substitutivo que concedeu tecnicidade ao projeto. Em julho de 2004, o Senado aprovou o projeto que, então, voltou à Câmara para apreciação das emendas. Em 17 de dezembro de 2004, elas foram finalmente votadas e o projeto de lei seguiu à sanção presidencial. Em 9 de fevereiro de 2005 foi sancionado como a nova lei de falências.

⁷ Apesar de dizer respeito a falência, importante ressaltar que, segundo Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima [et al.] no livro Comentário à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas (2005:5) o italiano Gustavo Bonelli disse que a falência é “a organização legal e processual de defesa coletiva dos credores, em face da insolvência do comerciante”. Esse conceito sucinto permite constatar que a falência: (a) deve encontrar previsão legal; (b) desencadeia um processo; (c) decorre da insolvência do comerciante; e (d) abarca a coletividade de credores. A consequência maior da falência decorre de sua natureza de execução concursal. Em vez de os credores exigirem o pagamento de seus créditos através de execuções individuais, submeter-se-ão a processo coletivo. As execuções individuais são suspensas; os débitos são relacionados no feito falimentar.

3.3 CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente (no que diz respeito a comparação entre a recuperação judicial e a concordata) cabe ressaltar que, conforme Campinho (2012:159), diferentemente do que se via em relação à concordata, para a qual o artigo 148⁸ do Decreto-Lei nº 7551/45 rezava não produzir novação, a recuperação judicial, segundo o artigo 59 da lei 11101/05: “implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos” (BRASIL, 2005, s.p.), ressalvada as garantias do crédito que não ficam alteradas pela novação operada.

Já Arnold Wald e Ivo Waisberg, Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima [et al.] (2009:336) afirmam que não há paralelo entre a amplitude pretendida pelo *caput* do art. 49, que estabelece a recuperação, em princípio a todos credores, e os dispositivos da extinta concordata, que se limitavam a disciplinar o pagamento dos créditos quirografários. Enquanto a nova lei opta por prever, como regra, a sujeição de todos os credores à recuperação judicial, o artigo 147 do Decreto-lei 7661/1945⁹ partia da delimitação dos credores que estariam sujeitos à concordata, ou seja, apenas os quirografários.

No que diz respeito, especificamente, aos contornos da recuperação judicial trazidos pela Lei 11.101/05 assevera o *caput* do artigo 49 da referida lei que: “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos” (BRASIL, 2005, s.p.), sendo que, conforme os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo: “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso” (BRASIL, 2005, s.p.) e ainda “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial” (BRASIL, 2005,s.p.).

⁸ “Art. 148 – A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores destes e os responsáveis por via de regresso.” (BRASIL, 1945, s.p.).

⁹ “Art. 147 – A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes. Parágrafo 1º - Se o concordatário recusar o cumprimento da concordata a credor quirografário que se não habilitou, pode este adicionar o devedor, pela ação que couber ao seu título, para haver a importância total da percentagem da concordata. Parágrafo 2º - O credor quirografário excluído, mas cujo crédito tenha sido reconhecido pelo concordatário, pode exigir deste o pagamento da percentagem da concordata, depois de terem sido pagos todos os credores habilitados” (BRASIL, 1945, s.p.).

Em relação aos créditos em moeda estrangeira para fins de votação em assembleia-geral, afirma o artigo 38, parágrafo único da Lei 11.101/05 que “na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembleia-geral, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia” (BRASIL, 2005, s.p.).

Ainda nesta abordagem geral dos créditos na recuperação judicial, atesta o artigo 61 da Lei 11.101/05 que concedida a recuperação judicial, o devedor permanece em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas o plano que se vençam até dois anos depois da concessão da recuperação, sendo que, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo, durante tal período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarreta a convalidação da recuperação em falência, e para os fins do presente estudo, importante o parágrafo segundo do mesmo artigo: “decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial” (BRASIL, 2005, s.p.).

Entretanto, há credores que são excluídos do procedimento da recuperação judicial, aos quais a Lei 11.101 possui a seguinte regulação. Segundo Campinho (2012:149) não são todos os credores que ficarão sujeitos ao pagamento a ser acordado na recuperação judicial, não integrando, conseqüentemente, a assembleia-geral que venha a ser instalada para dele deliberar ou decidir qualquer outro incidente no respectivo processo. No que diz respeito às obrigações e valores inexigíveis, a lei contempla a existência de certos valores e obrigações que não podem ser exigidos do devedor na recuperação judicial: as obrigações a título gratuito e das despesas que os credores fizeram para tomar parte no respectivo processo, conforme o artigo 5º, incisos I e II¹⁰. Segundo Campinho (2012:152), o objetivo da lei neste ponto foi o de desonerar o empresário desse tipo de obrigação, de modo a facilitar sua recuperação.

Não se sujeitam ainda aos efeitos da recuperação judicial, conforme o artigo 49, parágrafo 3º da Lei 11.101/05¹¹:

Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos

¹⁰ Artigo 5º da Lei 11.101/05: “Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: I – as obrigações a título gratuito; II – as despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio, com o devedor (BRASIL, 2005, s.p.).

de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o parágrafo 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (BRASIL, 2005, s.p.)

No que diz respeito a esse parágrafo e a propriedade fiduciária (artigos 1.361 do Código Civil de 2002, 66-B, parágrafo 3º da Lei 4.728/65 e Lei 9.514/97 que dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel), importante e recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1202918, no qual ficou entendido que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como títulos de crédito, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do parágrafo 3º, art. 49 da lei 11.101/05 por possuírem natureza jurídica de propriedade fiduciária¹².

Já o parágrafo 4º do citado artigo declara ainda que “não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do artigo 86 desta Lei” (BRASIL, 2005, s.p.). Estabelece o artigo 86, inciso II da Lei 11.101/05 que procede-se restituição em dinheiro da importância que é “entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento de contrato de câmbio para exportação na forma do artigo 75, parágrafos 3º e 4º, da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965” (BRASIL, 2005, s.p.), para tal, deve ser observado que o prazo total da operação, inclusive as eventuais prorrogações, não exceda o que estiver previsto nas normas específicas da autoridade competente.

Finalmente, o artigo 67 e seu parágrafo único da Lei 11.101 de 2005 afirmam que¹³:

Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais,

¹² Artigo 1.361 do Código Civil de 2002 – “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (BRASIL, 2002, s.p.). Artigo 66-B, parágrafo 3º da lei 4728/65 – “é admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada (BRASIL, 2004, s.p.).

¹³ Neste ponto, interessante observar o caso da recuperação judicial da Varig, pois, conforme Carlos Honorato Teixeira e Almir Ferreira de Sousa (2013:7) cerca de 63% das dívidas até 2005 eram com credores estatais (governo ou empresas estatais como a Petrobrás, que fornecia o combustível sem garantias de recebimento). A VARIG (apud CVM, 2008) devia R\$ 45 milhões de reais para a Petrobrás e R\$ 177 milhões para a Infraero, em troca da locação de lojas e espaços em aeroportos.

em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação. (BRASIL, 2005, s.p.)

Finalizando o presente capítulo, importante observar ainda que o Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.377.764 entendeu que os honorários advocatícios cobrados naquele processo não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, visto que são de momento posterior, entretanto, tal circunstância, não é suficiente para excluí-los automaticamente da recuperação judicial, pois o tratamento dispensado a eles (no que se refere a sujeição aos efeitos da recuperação judicial) deve o mesmo destinado aos créditos trabalhistas, pois ambos possuem natureza alimentar (artigo 24 do Estatuto da Advocacia).

4 O AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 153.820 - DELIMITAÇÃO

A primeira questão a ser resolvida no presente capítulo é: qual o motivo da escolha do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820 para ser objeto de estudo? O motivo da escolha deve-se ao próprio conteúdo da decisão. Não é o propósito do estudo aprofundar nas causas, consequências, vantagens e desvantagens do ativismo judicial¹⁴, mas, considerando que um entendimento jurisprudencial que contraria disposição clara de lei, tem um impacto na previsibilidade e segurança do ordenamento jurídico, é fato que o ativismo judicial tem fortes impactos econômicos.

Nesse sentido, SZTAJN e ZYLBERSZTAJN (2005:7) [et al.] afirmam que “ pelo fato da “firma” poder ser entendida como um nexo de contratos, problemas de quebras contratuais,

¹⁴ Importante classificação elaborada pelo Professor Doutor Alexandre Ferreira Assumpção (2013) na disciplina “Tutela Jurídica das Relações Empresariais”, para o qual os graus de ativismo podem ser divididos em máximo, moderado e leve. A alocação em cada categoria dependeria do nível de intervenção, sendo que o grau máximo seria para os casos em que o entendimento do tribunal é flagrantemente contrário ao que a lei determina e no outro extremo o ativismo em grau leve ocorreria quando o objetivo dos magistrados é complementar o estabelecido em lei.

de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento de contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, possuem lugar de destaque na economia, de maneira que, o ordenamento público, ou seja, o papel da justiça é tão importante quanto o ordenamento privado.

Partindo desse pressuposto, apesar do artigo 59 da Lei 11.101/05 prever que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (BRASIL, 2005), o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820 tem a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. RECESSO. VIOLAÇÃO DO ART. 170 DA CF/88. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 47 E 49 DA LEI N. 11.101/05. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRÉDITO REFERENTE À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO. CABIMENTO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DA LEI N. 11.101/05. NOVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. INCIDÊNCIA. 1. A comprovação da tempestividade do agravo em recurso especial em decorrência de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem pode ser feita posteriormente, em sede de agravo regimental, desde que por meio de documento idôneo capaz de evidenciar a prorrogação do prazo do recurso cujo conhecimento pelo STJ é pretendido. 2. Para comprovar a tempestividade do recurso, é necessário que o recorrente demonstre qual o período de recesso estabelecido pelo respectivo tribunal, pois, sem essa providência, a atividade jurisdicional é tida como ininterrupta, nos termos da Emenda Constitucional n. 45/2004. 3. Tempestividade do recurso especial comprovada. 4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça intervir em matéria de competência do STF, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior. 5. Na hipótese de existir crédito proveniente de responsabilidade civil por fato preexistente ao momento do deferimento da recuperação judicial, é necessária a habilitação e inclusão do crédito em questão no plano de recuperação da empresa correspondente. 6. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios. 7. Agravo regimental conhecido para, conhecendo do agravo em recurso especial, conhecer parcialmente do recurso especial e dar-lhe provimento. (BRASIL, 2013, p.1)

O agravo regimental foi interposto por Grupo de Comunicação Três S/A – Em Recuperação Judicial contra decisão do Ministro Massami Uyeda com a seguinte ementa:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO - SUSPENSÃO DE PRAZO NA CORTE A QUO NÃO COMPROVADA – AGRAVO CONHECIDO, PARA

NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (ARTIGO 544, § 4º, INCISO II, ALÍNEA 'B', DO CPC)".

Nas razões do presente recurso, a recorrente alega que, no período de 20.12.2010 a 7.1.2011, os prazos processuais no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontravam-se suspensos, consoante o disposto no Provimento n. 1.834/2010, de tal modo que o recurso especial, protocolado no dia 10.1.2011, na secretaria do Tribunal de origem, é tempestivo. A fim de comprovar a interposição do apelo extraordinário no prazo legal, junta cópia de documento obtido no site do TJ/SP que informa a suspensão do expediente forense no aludido período. (BRASIL, 2013, p.5)

O voto do relator João Otávio de Noronha (2013:5) começa por analisar as questões processuais sobre a tempestividade do recurso em decorrência de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem pode ocorrer em sede de agravo regimental, posteriormente, citando jurisprudências e comprovando que no caso, para fins de comprovação da tempestividade do recurso especial, afirma que a parte agravante juntou aos autos documento oficial, indicando a ocorrência de recesso forense com a consequente prorrogação do prazo recursal.

Considerando o recurso tempestivo, o relator passou a analisar os motivos da inadmissão do recurso especial.

O caso em análise trata-se originalmente de ação indenizatória por danos morais proposta por Luciana Ferro Melhado e outros (agravados) em razão da veiculação de matéria jornalística na revista "Isto É", de propriedade do Grupo de Comunicação Três S/A (agravante).

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar o Grupo de Comunicação Três S/A ao pagamento de 400 (quatrocentos) salários mínimos a cada autor da ação como meio de reparação do dano moral experimentado. De tal decisão, foi interposta apelação pela recorrente, na qual houve provimento em parte para reduzir a indenização a valor suficiente para a compensação satisfatória dos danos sofridos.

Com o fim do processo de conhecimento, iniciou-se fase de cumprimento de sentença com decisão proferida determinando a intimação da ora recorrente para dar cumprimento à sentença nos termos do art. 475-J do CPC.

Para os fins do presente trabalho, o tema começa a tornar-se mais interessante a partir do agravo de instrumento interposto do proferimento do cumprimento de sentença que recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de indenização por dano moral (em fase de execução provisória) - Decisão que determinou a intimação da agravante para dar cumprimento à sentença nos termos do artigo 475-J, do Código de Processo Civil - Alegação da agravante de que está cumprindo plano de recuperação judicial e não pode ser compelida a satisfazer o crédito dos agravados, pena de descumprir o previsto na Lei n. 11.101/05 e ter sua

falência decretada - Crédito constituído após o pedido de recuperação judicial e não pode ser compelida a satisfazer o crédito dos agravados, pena de descumprir o previsto na Lei n. 11.101/05 e ter sua falência decretada - Crédito constituído após o pedido de recuperação judicial não estando sujeito a seus efeitos - Decisão confirmada - Agravo não provido." (BRASIL, 2013, p.6-7)

A recorrente alegou violação aos artigos 47 e 49 da Lei n. 11.101/05 e 170 da CF/88, aos artigos 59 da Lei n. 11.101/05, de modo a comprovar que era inviável efetuar qualquer pagamento fora do processo de recuperação judicial, pois seria ato que poderia privilegiar um credor em detrimento de outros, o que poderia acarretar na rescisão do processo de sua recuperação e a decretação de sua falência, conforme os artigos art. 61, § 1º e 172 da Lei 1.101/05¹⁵.

Para o relator (2013:7), a irresignação da recorrente no que diz respeito ao pedido de inclusão do crédito referente a indenização por dano moral na sua recuperação deveria ser aceito pois, a ação indenizatória foi julgada procedente em 3.11.06, para condenar a recorrente ao pagamento de indenização por dano moral no valor de 400 salários mínimos, valor reduzido para 200 salários mínimos em sede de apelação em 2.12.08. Tendo em vista que, o pleito de recuperação judicial iniciou-se em 14 de maio de 2007 com deferimento em 26 de junho de 2007, segundo o magistrado, trataria-se de crédito proveniente de responsabilidade civil por fato preexistente ao momento do deferimento da recuperação judicial, o que exigiria a necessária a habilitação e inclusão do crédito no plano de recuperação da judicial da recorrente. Já quanto a negativa de vigência do artigo 59 da Lei 11.101/05, como não foi objeto de debate no acórdão recorrido, não poderia ser analisada tendo em vista a Súmula 282 do Superior Tribunal Federal¹⁶.

Entretanto, alguns questionamentos podem ser feitos ao entendimento do relator João Otávio de Noronha: como ele pode afirmar que o crédito é preexistente ao deferimento da recuperação judicial se a apelação foi julgada em 02.12.08 e o pedido de recuperação judicial foi deferido em 26 de junho de 2007? Qual o marco temporal e processual eleito pelo

¹⁵ Artigo 61, parágrafo 1º e artigo 172 da Lei 11.101/05 – “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 – Parágrafo 1º - Durante o período estabelecido no *caput* desse artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei” (BRASIL, 2005).

Artigo 172 – “Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.” (BRASIL, 2005, s.p.).

¹⁶ Súmula 282, Superior Tribunal Federal – “É inadmissível o recuso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (BRASIL, 1963, s.p.)

magistrado capaz de resolver a questão sobre o débito referente aos danos morais, a decisão de primeiro grau (mesmo tendo em conta toda sua provisoriedade)?

Pressupondo tais questionamentos, resta claro, o forte impacto econômico da prática jurisdicional enquanto instituição interpretativa e aplicadora do ordenamento jurídico. Tal impacto ganha ainda relevância quando pode-se encontrar no entendimento dos magistrados certo grau de ativismo, como no caso em análise.

O principal problema, tendo em vista o regramento do artigo 59 da Lei 11.101/05 é definir, precisamente, quando o crédito objeto de processo judicial é considerado definitivamente resolvido, para poder ser incluído ou não no processo recuperatório de empresas. Além disso, outro ponto essencial é demonstrar que há um conflito permanente entre os princípios de segurança e previsibilidade tão caros ao empresariado e a própria prática do direito enquanto ciência social aplicada interpretativa, pois o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820 demonstra várias possibilidades de entendimento de tal previsão legal.

Se é inegável as controvérsias morais-filosóficas da aplicação da análise econômica enquanto principal vetor do direito, é incontestável a importância da visão interdisciplinar tanto na pesquisa jurídica e da economia, quanto da prática jurídica. É necessário que magistrados e aplicadores do direito levem em conta as consequências econômicas dos respectivos posicionamentos.

Como possíveis soluções para o caso em análise, além de levar em conta as consequências econômicas do entendimento esboçado, os magistrados deveriam estipular um entendimento pacífico em cortes superiores (entendimento sumulado) de quando seria possível o enquadramento desse tipo de crédito na recuperação judicial, tendo em vista o artigo 59 da Lei 11.101/05, para aplicação pelos demais magistrados. Da mesma maneira, considerar um crédito oriundo de demanda judicial estável apenas com decisão de primeiro grau, é algo incompatível com a própria sistemática processualística que elenca grande variedade de recursos presente na legislação processual civil.

Importante observar ainda que a dúvida na aplicação do ordenamento jurídico é inerente ao direito, enquanto ciência social aplicada. Cada interpretação possui um impacto econômico diferente, ainda mais, quando existe certo grau de ativismo. Daí a importância de ter em mente a proposta da análise econômica do direito, pois ela tem seriedade ao demonstrar as limitações que determinada proposta no campo do direito pode ter, devido aos seus custos. Isso não significa afirmar que a ideia de eficiência deve ser um fim em si mesmo buscado pelo direito em todas as situações, nem ao menos significa entrar no campo deste debate, mas sim,

demonstrar que muito além da fundamentação, uma mudança em um posicionamento tem sério impacto econômico na atividade empresarial

Assim, o objetivo do trabalho é demonstrar a importância de uma abordagem interdisciplinar do direito, especificamente dos créditos na recuperação judicial, pois, conforme Rachel Sztajn, “a limitação que nos impomos aos escolher um prisma teórico, ou ainda, uma determinada área do conhecimento, para atacar os problemas da sociedade, representa limitação cognitiva insuperável” (SZTAJN [et al.], 2005, p.310).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância da aplicação da análise econômica do direito a casos práticos. Nesse sentido, não se defendeu que a lógica do direito deve ser colonizada pelos critérios de economicidade e eficiência proposta por tal escola, mas sim, que a abordagem interdisciplinar, em especial a econômica, é essencial para tomadas de decisões em uma sociedade de recursos escassos.

Assim, o artigo utilizou de estudos de autores especialistas em *Law and Economics* como Richard Hart Coase e Rachel Sztajn para delimitar os contornos de tal teoria. O principal foco foi nos estudos “*The nature fo the firm*” e “*The problem of social cost*” do primeiro autor.

Passado isso, analisou-se a regulamentação dos créditos na recuperação judicial, como pressuposto para o entendimento da questão debatida no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 153.820.

De maneira geral, em tal decisão os magistrados chegaram ao entendimento de que, valor indenizatório por danos morais alterado em apelação posterior a data de deferimento de recuperação judicial, poderia ser incluído em tal recuperação, pois deveria ser considerado como crédito preexistente ao pedido, nos termos do artigo 59 da Lei 11.101/05.

Ora, resta claro, que tal entendimento caracteriza-se por ativismo judicial, na medida em que, propõe solução diversa da proposta pelo ordenamento jurídico. Além disso, a parte do instituto da coisa julgada e dos recursos presentes no código de processo civil, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, entenderam que a decisão de primeiro grau seria capaz de estabilizar conflito a ponto de poder ser utilizado em recuperação judicial.

Neste sentido, tal decisão tem forte impacto econômico que deve ser levado em conta pelos aplicadores do direito juntamente com a questão jurídica. Fala-se muito hoje na teoria do direito em proporcionalidade das decisões jurídicas, e aqui, pretendeu-se demonstrar que o

domínio das consequências econômicas é de certa maneira, auxiliar na busca da resposta mais adequada em um conflito jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção. **Alexandre Ferreira Assumpção Alves: Disciplina Tutela Jurídica das Relações Empresariais**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 de junho de 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em 30 out 2013.

BRASIL. Lei 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 14 de jul de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em 06 mar 2014.

BRASIL. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a ordem dos advogados do brasil (oab). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 4 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 30 out 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 de jan de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 06 mar 2014.

BRASIL. Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Câmbio Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-lei nº911, de 1º de outubro de 1969, as Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 14 de jul de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm#art55>. Acesso em 06 mar 2014.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 9 de fev de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 27 fev 2014.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Exposição de motivos. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-103273-pl.html>>. Acesso em 30 out 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula 282. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=282.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 07 mar 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão de Agravo Regimental em Recurso Especial, número 153.820 – SP (2012/0046837-2). Agravante Grupo de Comunicação Três S/A – Em Recuperação Judicial e Agravado Luiz Antônio Fleury Filho e Outro, Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1262431&sReg=201200468372&sData=20130916&formato=PDF>. Acesso em 05 mar 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão em Recurso Especial, número 1.202.918 – SP (2010/0125088-1). Recorrente: Zelepel Indústria e Comércio de Artefatos de Papel LTDA – Em Recuperação Judicial, Recorrido: Banco Paulista S/A, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 07 de março de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1200213&sReg=201001250881&sData=20130410&formato=PDF>. Acesso em 05 mar 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão em Recurso Especial, número 1.377.764 – MS (2013/0097041-0). Recorrente: Infinity Agrícola S/A– Em Recuperação Judicial, Recorrido: Agropecuária Maragogipe LTDA, Relatora: Nancy Adrighi. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1257177&sReg=201300970410&sData=20130829&formato=PDF>. Acesso em 05 mar 2014.

CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, ?, New Series, vol. 4, nº. 16 november, 1937, p. 386-405. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>>. Acesso em 27 fev 2014.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, ?, Chicago Journals, vol. 3, october, 1960, p. 1-44. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em 27 fev 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei 11.101, de 09-02-2005**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Osmar Brina Corrêa (Org.); LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.) [et al.]. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: lei n. 11.101 de 9 d fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDONÇA, Carvalho. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4ª ed. Volume VII. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

PORTES, Ivone. Varig fecha acordo com br para fornecimento de combustível. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u107906.shtml>>. Acesso em 30 out 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17ª ed. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1998.

TEIXEIRA, Carlos Honorato; SOUSA, Almir Ferreira. **Análise da avaliação financeira da marca varig para aquisição pela gol**. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/semead/12semead/resultado/trabalhosPDF/277.pdf>>. Acesso em 30 out 2013.

ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.); SZTAJN, Rachel (Org.); PINHEIRO, Armando Castelar; AGUIRRE, Basília; ARRUÑADA, Benito; MUELLER, Bernardo; GORGA, Érica; NOBREGA, Maílson da; WILLIAMSON, Oliver; AZEVEDO, Paulo Furquim de; ARIDA, Pérsio; ANDONOVA, Veneta. **Direito e Economia**. São Paulo: Elsevier, 2005.