

Coordenação:

- FREDIE DIDIER JR
- DIERLE NUNES
- MARCELO MAZZOLA
- SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

Falência e Recuperação **EMPRESARIAL**

2ª edição

revista, atualizada e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

(Provisório)

19

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR, CONFORME ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ E DISPOSITIVOS DA LEI 14.112/2020

Sérgio Mourão Corrêa Lima¹
Délio Mota de Oliveira Júnior²
Artur Andrade Santos³

Sumário: 1. Breve contextualização; 1. Breve contextualização; 2. As várias faces da falência; 2.1. Ativos e passivos (massa falida objetiva e subjetiva); 2.2. Aspectos processual e material (concurso formal e obrigacional); 2.3. Interdisciplinariedade; 3. Desconsideração da personalidade jurídica; 3.1. Execução forçada de crédito; 3.2. Hipóteses que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica; 3.3. Conseqüências processuais e materiais da desconsideração da personalidade jurídica; 3.4. Cabimento de tutela de urgência (liminar) na desconsideração da personalidade jurídica; 3.5. Desconsideração da personalidade jurídica em grupos empresariais; 4. Jurisprudência pacífica do STJ sobre a desconsideração da personalidade jurídica – extensão dos efeitos da quebra - na execução concursal falimentar; 5. O art. 82-A introduzido pela Lei 14.112/2020; 6. Considerações acerca do art. 82-A introduzido pela Lei 14.112/2020; 6.1. Extensão dos efeitos da quebra é sinônimo

-
1. Professor Associado de Direito Empresarial da UFMG. Pós-Doutor pela Universidade de Alcalá de Henares - Espanha. Doutor em Direito Comercial pela UFMG. Foi Professor de Direito Internacional da Faculdade Milton Campos e indicado pelo Governo do Brasil como Expert para o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul, além de professor visitante no Departamento de Direito Mercantil da Universidade de Valência - Espanha. Fundou a disciplina e criou grupo de estudos sobre "Análise Jurídica da Economia". Advogado.
 2. Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela UFMG. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual - IDPro. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG. Professor do curso de pós-graduação do IBMEC. Advogado.
 3. Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Advogado.

de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito processo de execução forçada concursal (falência); 6.2. Análise sistêmica do caput do art. 82-A; 6.3. Análise sistêmica do parágrafo único do art. 82-A; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

O Brasil, após a declaração de independência (07/09/1822), fez promulgar o Código Comercial de 1850, dividido em três partes: comércio geral; comércio marítimo; e quebras⁴. Em 1945, o Brasil cuidou de regular, através de normativo específico, o Decreto-Lei 7661, a falência do comerciante.

O italiano Gustavo Bonelli já ponderava que a falência é “a organização legal e processual de defesa coletiva dos credores, em face da insolvência do comerciante”⁵. Este conceito sucinto revela que a falência: (a) desencadeia um processo; (b) decorre da insolvência do empresário; e (c) abarca a coletividade de credores.

Spencer Vampré, por sua vez, apontou os principais atos que compõem o processo de falência ao conceituá-lo como “execução coletiva dos bens do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, solver o passivo, em rateio, observadas as preferências legais”⁶.

É certo que cada legislação falimentar institui certas especificidades, tanto na esfera processual quanto no campo material, decorrentes do contexto social em que editada. Ainda assim, subsiste em todas elas um traço comum. Por este motivo, os conceitos de falência construídos no início do século passado permanecem atuais.

4. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I. p. 60.

5. BONELLI, Gustavo. *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*. Rivista di Diritto Comercial, 1905, n. 1. In SAMPAIO DE LACERDA, J.C. *Manual de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 14.

6. VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. III, p.09. In RAITANI, Francisco. *Falência e Concordata*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 14.

A quebra continua decorrendo de circunstância de Direito material: a insolvência, efetiva ou presumida, do empresário. Por outro lado, tem consequências nos âmbitos processual e material. No primeiro, porque a quebra desencadeia um processo, composto de uma série de atos, sendo o anterior pressuposto do subsequente⁷. No segundo, porque repercute sobre os bens, os direitos, as obrigações, a capacidade e a personalidade do empresário falido.

A consequência maior da falência decorre de sua natureza de execução concursal. Ao invés dos credores exigirem o pagamento de seus créditos através de ações de cobrança, monitórias ou execuções individuais, submeter-se-ão a processo coletivo. As providências individuais são suspensas; os débitos que já não estejam relacionados no feito coletivo falimentar, o serão através da propositura de habilitação, impugnação ou pedido de reserva de crédito.

2. AS VÁRIAS FACES DA FALÊNCIA

2.1. Ativos e passivos (massa falida objetiva e subjetiva)

A decretação da quebra traz importantes consequências, nas esferas processual e material:

- quanto aos ativos: (i) veda que o falido pratique atividade empresarial (art. 102)⁸ e disponha de seu patrimônio (art. 103)⁹; (ii) impõe ao falido o dever de apresentar seus documentos e informar em Juízo quais são e onde estão os seus bens

7. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 103.

8. Lei nº 11.101/2005:
“Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.”

9. Lei nº 11.101/2005:
“Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.”

e direitos (art. 104)¹⁰; (iii) implica a arrecadação dos bens e direitos do falido (art. 108)¹¹.

- quanto aos passivos: (i) suspende as execuções individuais dos débitos do falido, bem como o prazo de prescrição daquelas ainda não ajuizadas (art. 6º, I e II)¹²; (ii) pode provocar a propositura de habilitação, impugnação ou pedido de reserva de crédito pelos credores (artigos 7º, §§ 1º e 8º; e 6º, §3º)¹³.

10. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 104. A decretação da falência impõe aos representantes legais do falido os seguintes deveres:

I – (...) declarar (...) o seguinte: (...)

b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações; (...)

e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento; (...)

g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;

II - entregar ao administrador judicial os seus livros obrigatórios e os demais instrumentos de escrituração pertinentes, que os encerrará por termo; (...)

V - entregar ao administrador judicial, para arrecadação, todos os bens, papéis, documentos e senhas de acesso a sistemas contábeis, financeiros e bancários, bem como indicar aqueles porventura estejam em poder de que terceiros;”

VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;”

11. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens. (...)”

12. Lei nº 11.101/2005:

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

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

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

13. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 7º. (...)”

§1º Publicado o edital previsto no art. 52, §1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.”

“Art. 8º. No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, §2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.”

“Art. 6º. (...)”

Constata-se, deste modo, que a decretação da falência (com suas consequências processuais e materiais) implica a formação da massa falida, ente despersonalizado, representado pelo administrador judicial¹⁴, que: (a) sob o aspecto subjetivo, é formada pela coletividade de credores do falido (passivo); e (b) sob o enfoque objetivo, é composta pelo conjunto de bens e direitos do devedor (ativo)¹⁵.

2.2. Aspectos processual e material (concurso formal e obrigacional)

A universalidade própria da falência manifesta-se sob os aspectos processual (ou formal) e material (ou obrigacional).

Ao dispor que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido” (art. 76)¹⁶, a Lei de Falências refere-se à unicidade formal, relacionada à competência do Juízo falimentar (concurso processual).

§3º. O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.”

14. “A partir da quebra, forma-se a massa falida, ente despersonalizado, representado pelo administrador judicial (antigo síndico), que: (a) sob o aspecto subjetivo, é formada pela coletividade de credores do falido; e (b) sob o enfoque objetivo, é composta pelo conjunto de bens do empresário. Em decorrência do impedimento do falido para a prática da empresa e para a disposição de seu patrimônio, o empresário é substituído pela massa falida em todas as ações das quais tomava parte, exceto o processo falimentar, seus incidentes e as ações relacionadas à quebra.” CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.
15. “Massa Falida: A massa falida constitui um todo. O juízo falencial apanha em todo, como conjunto de ativo e de passivo, subordinados a certos princípios de inseparabilidade, mantendo caracteres de indivisibilidade e universalidade de juízo. (...) Para que o trato da massa falida, unificação conceptual de ativo e passivo, pudesse ser realizado de modo satisfatório no juízo indivisível e universal, forçoso seria que dela cuidasse uma só pessoa (quando muito, grupo de pessoas, em formação colegial). Assim, pode aparecer como autora, ou como ré, ou em qualquer outra situação de interesse processual, no seu juízo, ou fora dele, como unidade.” MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 296.
16. Lei nº 11.101/2005: “Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.”

Diversamente, ao determinar a suspensão das providências individuais dos credores (art. 6º, I e II)¹⁷ submetendo-os a concurso, escalonado em diversos graus de preferência (art. 83)¹⁸, conforme a natureza da obrigação (trabalhistas, com garantia real, tributárias, quirografárias e subordinadas), o legislador impõe a universalidade obrigacional (concurso material).

17. Lei nº 11.101/2005:

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

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;
II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;”

18. Lei nº 11.101/2005:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I - os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho;

II - os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado;
III - os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias

IV - (revogado); (...)

V - (revogado); (...)

VI - os créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e

c) os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias;

VIII - os créditos subordinados, a saber:

a) os previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado;

IX - os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei.
§1º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§4º (Revogado);

§5º Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação

§6º Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos que disponham de privilégio especial ou geral em outras normas integrarão a classe dos créditos quirografários.”

A universalidade, tanto processual quanto material, não são absolutas.

Há exceções ao concurso processual (art. 6º, §§ 1º, 4º e 7º-B; e parte final do art. 76)¹⁹. Os credores não se submetem formalmente ao Juízo falimentar; contudo, estão adstritos ao concurso obrigacional, não podendo ser satisfeitos antes daqueles mais privilegiados. É o caso, por exemplo, dos credores tributários: suas ações não se processam perante o Juízo falimentar (art. 6º, §7º-B; e parte final do art. 76); porém, não podem receber seus créditos antes dos credores trabalhistas e daqueles com garantia real (art. 83, I, II e III).

Também há exceções ao concurso material (artigos 85 e 84)²⁰. É o caso, por exemplo, das restituições e dos créditos extraconcursais. Os

19. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: (...)

§1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. (...)

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

§7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (...) Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”

20. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos:

I - (revogado);

I-A - às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei;

I-B - ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei;

I-C - aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei;

I-D - às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

I-E - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência;

II - às quantias fornecidas à massa falida pelos credores;

III - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência;

credores submetem-se processualmente ao Juízo falimentar; contudo, não estão adstritos à universalidade obrigacional, devendo ser satisfeitos antes dos concursais (art. 149)²¹.

2.3. Interdisciplinariedade

A falência é processo uno, complexo e abarca incidentes de diferentes naturezas:

- incidentes para apurar o montante dos passivos, como as habilitações, impugnações e pedidos de reserva de créditos (art. 13)²²;
- incidentes para combate à fraude, ao desvio e à blindagem patrimonial, como o de descon sideração da personalidade jurídica – extensão dos efeitos da quebra (art. 82-A)²³, com o propósito de maximizar os ativos e viabilizar o pagamento dos credores²⁴;

IV - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. (...)

Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição."

21. Lei nº 11.101/2005:

"Art. 149. Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias."

22. Lei nº 11.101/2005:

"Art. 13. A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias.

Parágrafo único. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito."

23. Lei nº 11.101/2005:

"Art. 82-A. (...).

Parágrafo único. A descon sideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)."

24. Lei nº 11.101/2005:

"Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...)

- incidente de natureza eminente criminal - exposição circunstanciada – que corresponde à representação policial (art. 186)²⁵.

Destaque-se que, na esfera criminal, a Lei: (i) impõe ao falido que apresente seus documentos em Juízo (art. 104, I, *g*, II, V e VI)²⁶; (ii) determina que os documentos do falido sejam analisados por perito-contador, que produzirá laudo (art. 186, parágrafo único); (iii) atribui ao administrador judicial a elaboração da exposição circunstanciada, que dá origem à apuração criminal (art. 186); e (iv) confere ao Juízo da falência competência equivalente àquela da vara de inquéritos, para apuração preliminar à apresentação de eventual denúncia pelo Ministério Público (artigos 187 e 188)²⁷.

III – na falência: (...)

f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei; (...)

i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores; (...)

o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;”

25. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.”

26. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 104. A decretação da falência impõe aos representantes legais do falido os seguintes deveres:

I - (...)

g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;

II - entregar ao administrador judicial os seus livros obrigatórios e os demais instrumentos de escrituração pertinentes, que os encerrará por termo; (...)

V - entregar ao administrador judicial, para arrecadação, todos os bens, papéis, documentos e senhas de acesso a sistemas contábeis, financeiros e bancários, bem como indicar aqueles porventura estejam em poder de que terceiros;”

VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;”

27. Lei nº 11.101/2005:

“Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

§1º. O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

REFLEXÕES SOBRE ALGUNS INSTITUTOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Rodrigo Fux¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas Introdutórias sobre a Análise Econômica do Direito. 3. Análise Econômica do Direito e o Direito da Crise da Empresa. 4. Análise de Institutos da Lei 11.101/2005 à Luz da Análise Econômica do Direito. 4.1. Estímulo à Autocomposição. 4.2. Diálogo com o Código de Processo Civil de 2015. 4.3. Possibilidade de Alienação da Empresa e Novos Contornos da Alienação de Unidade Produtiva Isolada. 4.4. Novel Seção IV-A do Capítulo III da Lei 11.101/2005 e o *DIP Financing*. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não poderia iniciar este artigo sem antes registrar meus agradecimentos aos ilustres Professores Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., Marcelo Mazzola e Sérgio Mourão Corrêa Lima, acadêmicos de grande quilate e relevo nacional, que se propuseram a, corajosamente, em meio a tantas incertezas, organizar obra coletiva dedicada ao estudo de aspectos processuais da Lei 11.101/2005 (“Lei de Recuperação Judicial e Falência”), recentemente alterada pela Lei 14.112/2020. O convite que recebi é motivo de verdadeira honra e alegria, de modo que espero corresponder às expectativas com este breve ensaio.

1. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado. academia@fux.com.br.

Após longo processo legislativo², em 23 de janeiro de 2021, entrou em vigor a Lei 14.112/2020, que promoveu significativas alterações no sistema recuperacional e falimentar, sobretudo com o objetivo de sua adequação às novas demandas da sociedade. Trata-se de movimento que busca dar “mais fôlego para a recuperação de empresas em dificuldades financeiras e, assim, manter essas companhias no cenário econômico, gerando emprego, renda e captação de impostos”³.

Neste artigo, procuraremos introduzir relacionar as referidas reformas com um tema que, verdadeiramente, parece-nos ser mote fundamental na quadra atual para que se compreenda qualquer procedimento recuperacional ou falimentar, qual seja, a Análise Econômica do Direito – AED. Evidentemente, jamais se pretenderia exaurir em um único ensaio todas as questões envolvendo a sistemática recuperacional e falimentar sob a ótica juseconômica, tampouco se cogitaria de analisar cada um dos dispositivos da Lei 11.101/2005. Isso seria objeto de uma obra doutrinária de expressiva extensão.

Buscaremos, então, fornecer alguns insights aos intérpretes do Direito numa perspectiva do balanceamento das relações jurídicas e operações econômico-financeiras⁴, de modo que os operadores do sistema legal tenham mais uma ferramenta interpretativa à disposição quando almejarem a aplicação de dispositivos da Lei de Recuperação Judicial e Falência, com a redação dada pela Lei 14.112/2020. Pois bem.

A partir de análise de dados empíricos disponibilizados pela pesquisa “*Doing Business*” do Banco Mundial, verifica-se que a taxa de recuperação dos créditos no Brasil é bem pior do que a média observada na América Latina: enquanto a maioria dos países latino-americanos atingiram um índice aproximado de 31% (trinta e um por cento), o

2. O Projeto de Lei – PL 10.220/2015 foi fruto de amplos debates no âmbito do antigo Ministério da Fazenda, que formou grupo de trabalho (GT) com advogados, administradores, acadêmicos e juízes especialistas em direito falimentar. Com efeito, mais de 40 (quarenta) encontros foram realizados até a consolidação do projeto.

3. Em entrevista coletiva virtual realizada em 28 de dezembro de 2020, o Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia, Waldery Rodrigues e sua equipe técnica apresentaram análise dos impactos econômicos da Lei n.º 14.112/2020. Disponível em: <https://youtu.be/pVfusWXPNgI>. Acesso em 22/05/2021.

4. Nas palavras de Luiz Fux e Bruno Bodart: “Não se trata de afirmar que os problemas da Economia são mais importantes que os enfrentados por juristas, ou que aquela disciplina deveria absorver o Direito. Na realidade, apenas se reconhece que uma estrutura básica e geral, de caráter verdadeiramente científico, para guiar a análise do comportamento humano surgiu pela primeira vez na Economia, e que o mesmo programa, pela sua generalidade, tem potencial para constituir a viga mestra de todas as ciências sociais.” FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4.

Brasil vem consolidando sua posição ao longo dos anos com um índice de 18% (dezoito por cento)⁵.

Segundo o Ministério da Economia, até outubro de 2020, dentre as 38.837 (trinta e oito mil, oitocentas e trinta e sete) empresas em recuperação judicial, apenas 24% (vinte e quatro por cento) das grandes empresas e 9% (nove por cento) das médias, micro e pequenas empresas voltariam a operar em “situação normal” após ingressar com pedido de recuperação judicial, se mantidas as regulamentações até então vigentes.

Ora, parece-nos natural que qualquer reflexão em torno do sistema recuperacional e falimentar passe por estudo de natureza econômico em prol da verificação da eficiência do sistema. Em nossa visão, se há um campo em que se pode dizer que a Análise Econômica do Direito é imprescindível, sem sombra de dúvidas o Direito da Crise da Empresa se encaixa como uma luva.

Não à toa, no Direito Estrangeiro, obras inteiras tem se dedicado a analisar a questão sob essa perspectiva.⁶ Nas palavras de Richard Posner, trata-se de *“a subject that lies at the intersections of price theory and game theory and of economic theory and finance theory – a subject moreover of great practical importance because of the large number of bankruptcies of major business firms in recent years”*⁷.

É com essas palavras iniciais que pretendemos introduzir o debate, de modo que os intérpretes tenham ferramenta à disposição para análise de temas processuais derivados da Lei de Recuperação Judicial e Falência, especialmente a partir da compreensão de seus efeitos e consequências (desejáveis ou indesejáveis) na indução de condutas eficientes nas relações jurídicas⁸.

-
5. O Estudo “Doing Business 2020” é a 17ª edição de estudo anual promovido pelo Banco Mundial, que mede como as regulamentações promovem ou restringem as atividades empresariais em mais de 190 (cento e noventa) países. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>. Acesso em 19/05/2021.
 6. Ver, por exemplo, BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. Weiss (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
 7. POSNER, Richard. Foreword. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. Weiss (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. xi.
 8. CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 30.

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em razão da concreta aproximação entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law* no sistema pátrio⁹, paulatinamente foi crescendo no Brasil o estudo da denominada Análise Econômica do Direito – AED, de origem anglo-saxônica, cujo berço foi a Escola de Chicago.

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico”¹⁰.

Como exposto por John R. Commons, Economia e Direito possuem grande grau de comunicação, especialmente porque contam com princípios em comum.¹¹ A ideia de eficiência, por sua vez, conecta uma à outra, fazendo as vezes de importante guia na estruturação de políticas públicas¹².

Valendo-se das lições de Gary S. Becker, Luiz Fux e Bruno Bodart, em antológica obra sobre a Análise Econômica do Processo, dissertam que “a economia é o estudo da alocação de recursos escassos em seu uso mais eficiente, considerando o comportamento de diferentes agentes na busca pela maximização do atendimento de suas preferências pessoais”¹³.

O Professor Ivo Gico Jr., por sua vez, costuma assentar que a Análise Econômica do Direito tem o foco na floresta, e não na árvore, na medida em que procura empreender uma análise sistêmica dos institutos e sua repercussão na vida prática.

Muito diferente de uma inovação ou mesmo de um devaneio jurídico (como alguns sustentam), essa escola de pensamento é apenas mais

9. FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*, volume 20, 2018. p. 27.

10. GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, n. 1, n. 1, 2010, p. 11.

11. COMMONS, John R. Law and Economics. *Yale Law Journal*, volume 34, 1925, p. 371. Lê-se no original: “Of the five elementary concepts or principles of economic theory, at least four are functional also to the science of law, namely, Scarcity, Futurity, Custom and Sovereignty. A fifth concept of economics, Efficiency, connects that science with the physical sciences”.

12. COOTER, Robert. *An Introduction to Law and Economics, Law and Economics*, 6th edition. Boston: Pearson, 2013, p. 4.

13. FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.

uma ferramenta à disposição dos operadores do Direito na construção do seu raciocínio e na solução das controvérsias¹⁴⁻¹⁵. Trata-se, ao nosso ver, indiscutivelmente de um dos vetores do futuro¹⁶; o qual que deve ser encarado a partir das lições e experiências do passado.

Para que se tenha interessante exemplo da utilidade da Análise Econômica do Direito, a aplicação à realidade jurídica do modelo econômico da Teoria do Preço assume que os direitos também se submetem à lógica de *preços* e de *incentivos*, mesmo quando não tenha sido preestabelecida uma sanção imediatamente correspondente à sua violação. Ações e comportamentos teriam um *preço* associado ao seu implemento (*i.e.*, os cognominados *custos de transação*, erigidos a partir das ideias lançadas por Ronald Coase). Os incentivos, por sua vez, promovem a desejada atuação por meio de estímulos não coercitivos, constituindo preços implícitos¹⁷.

Outro conceito da teoria econômica também elementar à teoria do direito é o de *escassez*¹⁸, que se expressa na compreensão econômica por meio da relação funcional entre oferta, demanda e preço, especialmente tendo em vista que alterações nas dimensões de qualquer dessas variáveis produzem modificações em outros aspectos da relação.

O mote da Análise Econômica do Direito é, em linhas gerais, a busca incessante pela eficiência, reduzindo, sempre que possível, os denominados *custos de transação*. Isso não significa dizer que os adeptos dessa escola de pensamento ignorem o Direito, a *ratio essendi* dos institutos, muito menos os objetivos almejados pelo legislador.

Na magistral síntese de John Commons, a unidade do Direito e Economia surge da mesma “força misteriosa”, qual seja: a vontade humana. A interação decorrente da eficiência cria um resultado de “serviços humanos”, com a *escassez*, distribuindo os serviços e regulando preços

14. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas” – uma nova abordagem da ação pública*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 69-70.

15. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. TIMM, Luciano Benetti (Organização). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

16. Há muito Norberto Bobbio sustentou que “a ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente” (BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977, p. 56).

17. TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 85.

18. COMMONS, John R. *Law and Economics*. *Yale Law Journal*, v. 34, p. 371, fev. 1925. Lê-se no original: “Of the five elementary concepts or principles of economic theory, at least four are functional also to the science of law, namely, Scarcity, Futurity, Custom and Sovereignty. A fifth concept of economics, Efficiency, connects that science with the physical sciences”.

e renda, com a *futuridade* (ou equidade intergeracional), em que há valoração de tal distribuição, *costume*, que os regula, e a *legislação*, que traz organização.¹⁹

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 buscou aprimorar a eficiência do sistema processual, sobretudo porque “[s]endo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”²⁰⁻²¹. É com esse intuito que, às “Normas Fundamentais do Processo Civil”, foram incorporadas previsões como aquelas dos arts. 4^{o22}, 6^{o23} e 8^{o24}.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO DA CRISE DA EMPRESA

Bem vistas as coisas, a Recuperação Judicial e a Falência são procedimentos que também devem ser analisados à luz da Análise Econômica do Direito. A aplicação da Lei 11.101/2005 pressupõe-se a existência

-
19. “If, in addition to the common law, we include statute law, as is needful for a complete idea of the unity of law and economics, then statute law, including constitutional law, the alleged seat of sovereignty, is rather a kind of organizing and experimenting with the efficiencies, scarcities, customs and expectations of the people, sometimes expediting them, sometimes inhibiting them. And the unity of law and economics, emerging, as it does, out of the same mysterious force, the Human Will, on which each science is grounded, becomes the interaction of Efficiency which creates a national output of human services, Scarcity which distributes the services as prices and income, Futurity which makes them valuable, Custom which regulates them, and Legislation which organizes and experiments upon them”. COMMONS, John R. *Law and Economics*. *Yale Law Journal*, volume 34, 1925, p. 382.
20. Trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 09/06/2021.
21. “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, volume 27, 2002, p. 181.
22. “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.
23. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.
24. “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

de cenário de escassez, que exige condução guiada pela eficiência, seja para reerguer a empresa em crise, seja para promover a distribuição mais equitativa possível, maximizando o que cada credor receberá pelas obrigações contraídas pela devedora, desde que respeitados os princípios que orientam o sistema recuperacional e falimentar.

Como bem anotado por Richard Posner, há dois possíveis enquadramentos do Direito da Crise da Empresa: (a) o primeiro direciona sua atenção ao débito, ou seja, tenta abstrair outros aspectos econômicos relevantes, como, por exemplo, o tratamento tributário favorecido; e (b) o segundo tenta refletir a respeito dos custos, benefícios, consequências e possíveis alternativas a recuperações e falências.²⁵

Diante das numerosas discussões sobre Recuperação Judicial e Falências, especialmente a respeito de qual abordagem seria mais vantajosa, a doutrina da Análise Econômica do Direito não parece chegar conclusões unívocas. De todo modo, a reflexão juseconômica é especialmente importante para que se possa ser minimamente pragmático, direcionando-se a atenção dos operadores do direito para o fato de que a eficiência econômica é um “guia apropriado” para a interpretação da Lei de Recuperação Judicial e Falência.²⁶

Cássio Cavalli, professor que tem oferecido valiosas contribuições ao Direito da Crise da Empresa, já defendeu que “[a] concentração da cobrança de créditos fiscais em um único processo concursal contribui

25. POSNER, Richard. Foreword. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. xi-xii.

26. “Because the economic problems presented by reorganization are difficult ones, the literature that is sampled in this volume has not converged on a confident conclusion, in the way that the economic literature on antitrust in the 1970s and 1980s converged on a confident conclusion that antitrust policy was overextended, or that the economic literature on rent control has converged on a confident conclusion that rent control is inefficient. And because of the lack of convergence, the question arises whether this literature can be of value to bankruptcy judges and other officials involved in the bankruptcy process and for the bankruptcy bar. I think it can be. It is helpful to the practical world simply to be shown that economic efficiency is an appropriate guide to the interpretation of the bankruptcy laws and the administration of bankruptcy proceedings, a guide that can be used at a minimum to refute many bad arguments made in these proceedings. Beyond that, the economic literature has shown that chapter 11 has a nonnegligible if highly imperfect economic logic. That logic can provide a lodestone for judges. It can help them identify reorganizations that are not in good faith, or plans of reorganization that represent merely stalling tactics; and on the other hand to identify those reorganizations and plans that seem responsive to a genuine transaction-cost problem which may cause premature liquidation unless reorganization is permitted”. POSNER, Richard. Foreword. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. xii-xiii.

para aumentar a eficiência e a efetividade dos processos de execução fiscal e da prestação jurisdicional”²⁷.

Ainda que o comentário seja direcionado à concentração da cobrança de créditos fiscais, a afirmativa merece ampliação. O tratamento unificado de créditos e débitos da empresa em crise é o *modus operandi* do sistema para que a eficiência possa ser maximizada, protegendo-se os valores que a sociedade entende relevante, e dando tratamento isonômico aos credores (levadas as em consideração naturalmente as peculiaridades de cada crédito).

Conquanto alguns autores vejam que o Direito da Crise da Empresa limitar-se-ia à maximização da riqueza sob o ponto de vista do credor (*i.e.*, haveria simplesmente um conjunto de bens a ser distribuído entre os credores)²⁸, parece-nos mais razoável enxergar a Recuperação Judicial e a Falência como um campo de atuação de múltiplos valores éticos, legais e econômicos, otimizando, simultaneamente, a função social da empresa e a proteção de seus credores.²⁹⁻³⁰

27. E continua: “Ademais, a coexistência de processos de execução fiscal em paralelo à recuperação judicial aumenta o volume de litígios em conflito de competência, que consomem recursos humanos e financeiros dos tribunais e, por conseguinte, reduzem os recursos judiciários disponíveis para resolver outros casos. (...) O fato de os recursos da administração pública e do poder Judiciário serem limitados impõe que as instituições jurídicas brasileiras sejam desenhadas de modo a assegurar a utilização racional e eficiente desses recursos. Essas são justificativas concretas para que se leve a recuperação judicial (e a falência) a sério”. CAVALLI, Cássio. A tragédia da reforma da Lei de Recuperação de Empresas no Brasil. *Working Paper do Núcleo de Direito, Economia e Governança da Fundação Getúlio Vargas – FGV*, 2020, p. 11.

28. “A number of US commentators, inspired by the law and economics movement, have argued that the proper function of insolvency law can be seen in terms of a single objective: to maximize the collective return to creditors. Thus, according to Jackson, insolvency law is best seen as a ‘collectivized debt collection device’ and as a response to the ‘common pool’ problem created when diverse ‘coowners’ assert rights against a common pool of assets. Jackson, moreover, has stated that insolvency law should be seen as a system designed to mirror the agreement one would expect creditors to arrive at were they able to negotiate such an agreement ex-ante from behind a Rawlsian ‘veil of ignorance’”. FINCH, Vanessa. *The Measures of Insolvency Law. Oxford Journal of Legal Studies*, volume 17, n. 2, 1997, p. 230-231.

29. “In stark contrast to approaches offering a single, economic rationale, as exemplified by the creditor wealth maximization vision, is the notion that insolvency law serves a series of values that cannot be organized into neat priorities. Thus Warren offers what she calls a ‘dirty, complex, elastic, interconnected’ view of insolvency law from which neither outcomes can be predicted nor all the factors relevant to a policy decision can necessarily be fully articulated. Whereas the economic account can explain insolvency law only as a device to maximize creditor wealth, not distribute fairly, a value-based account is said to understand insolvency law’s ‘economic and non-economic dimensions and the principle of fairness as a moral, political, personal and social value’”. FINCH, Vanessa. *The Measures of Insolvency Law. Oxford Journal of Legal Studies*, volume 17, n. 2, 1997, p. 240.

30. Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos apontam diversos princípios gerais da Lei 11.101/2005, quais sejam: Preservação da Empresa, Separação do Conceito de Empresa e

A Recuperação Judicial é caso especial, eis que uma de suas funções é a “preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”³¹. Em tal contexto, tem relevância especial a busca incessante pela interação entre credores e devedores, de modo que se permita o soerguimento da empresa em crise.

Não se pode deixar de observar, por outro lado, que a Recuperação Judicial e a Falência trazem emblemático problema no que diz respeito a incentivos e desincentivos de comportamentos *ex ante*. É que, se as regras forem muito lenientes, credores poderão ser mais cautelosos quanto a investimentos e administradores poderão assumir riscos maiores. Se, ao contrário, as regras forem muito rígidas, possíveis credores sentir-se-ão mais confortáveis ao investir, mas os administradores menos suscetíveis a assumir riscos.³²

Em interessante estudo comparado sobre a o Direito da Crise da Empresa nos Estados Unidos da América e no Japão – país em que os processos recuperacionais têm êxito significativo –, Takeo Hoshi, Anil Kashyap e David Scharfstein concluem que:

- (a). No Japão, diante da concentração da atividade empresarial em alguns poucos grandes conglomerados, os administradores sentem uma lealdade pessoal em relação aos outros, de modo que tendem a “resgatá-los” quando necessário;³³
- (b). Executivos de Bancos, por sua vez, são relutantes em admitir que tenham cometido erros ao conceder crédito, de modo que

Empresário, Recuperação das Sociedades Viáveis e Liquidação das Não Recuperáveis, Proteção aos Trabalhadores, Redução do Custo do Crédito, Celeridade e Eficiência do Processo, Segurança Jurídica, Participação Ativa dos Credores, Maximização do Valor dos Ativos do Falido, Desburocratização da Recuperação quanto ao Micro e Pequeno Empresário e Rigor na Punição dos Crimes. SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16-36.

31. Redação do art. 47 da Lei 11.101/2005.

32. “An example can be taken from insolvency law. Judges and policymakers have struggled to formulate rules and procedures for bankruptcy which are, on the one hand, ‘just’ to creditors and, on the other hand, reduce the costs to the various stakeholders involved in financial distress. Critical also, but often ignored in the analysis, is the impact the arrangements have on corporate behavior *ex ante*: if they are too lenient, managers may be encouraged to engage in suboptimally risky ventures; creditors may demand higher rates of interest, or be unwilling to lend; and investment patterns may change”. OGUS, Anthony. *What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics*. *Chicago-Kent Law School Review*, volume 79, 2004, p. 389.

33. HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil; e SCHARFSTEIN David. The role of banks in reducing the costs of financial distress in Japan. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 547.

acabam colaborando para a recuperação das empresas em crise, quase que como forma de autoproteção de sua honra;³⁴ e

- (c). Há diferença significativa no perfil de crédito. Enquanto no Japão os créditos são concentrados em algumas poucas empresas, há maior difusão nos Estados Unidos da América, cujas empresas valem-se de *bonds* (i.e., outros títulos obrigacionais, como, por exemplo, *debêntures*).³⁵

Seja como for, o estudo da situação da Recuperação Judicial e da Falência à luz da Análise Econômica do Direito oferece importantíssima contribuição para que possamos compreender o funcionamento da Lei 11.101/2005, especialmente diante das alterações introduzidas pela Lei 14.112/2020. O perfil de crédito brasileiro aproxima-se daquele dos Estados Unidos da América, de modo que é importante perquirir-se quais são os instrumentos para que possa haver alguma proteção contra a assimetria informacional e negocial.

Vale anotar que o Processo de Recuperação Judicial ou Falência, com seu ínsito caráter instrumental, não se realiza em si mesmo, ou seja, seu fim não é a própria técnica em si. Antes, possui relevante papel instrumental, objetivando o cumprimento dos escopos que lhe são conferidos pelo Estado no exercício da jurisdição³⁶. Isso significa que “o caráter instrumental do processo exige antes de tudo que ele se adapte às exigências de cada um dos direitos sob o risco de se tornar ineficaz, pois o instrumento que não serve ao seu fim acaba por tornar-se inútil”³⁷.

Os Processos de Recuperação Judicial e de Falência envolvem os interesses de inúmeros agentes. Em torno do devedor circundam empregados, prestadores de serviço, agentes públicos, financiadores da atividade empresarial, clientes, credores *etc.* Trata-se de procedimento³⁸

34. HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil; e SCHARFSTEIN David. The role of banks in reducing the costs of financial distress in Japan. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 547.

35. HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil; e SCHARFSTEIN David. The role of banks in reducing the costs of financial distress in Japan. BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Editors). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 547.

36. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, volume 272, 2017, versão eletrônica.

37. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. GONAZAGA, Jayme Fernando (Coordenador). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 2.

38. Vale notar que não necessariamente a Recuperação Judicial ou a Falência envolverão litígios. Tem-se, na verdade, “processo de fiscalização e integração da vontade negocial coletiva”, que pode ser compreendido como de jurisdição voluntária. A esse respeito, ver DIDIER JR., Fredie;