

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE
Programa de Mestrado (*Stricto Sensu*) em Direito

BRUNO ALVES APOLINÁRIO

**A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS:
Uma Abordagem à Luz da Análise Econômica do Direito**

BELO HORIZONTE
2018

BRUNO ALVES APOLINÁRIO

**A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS:
Uma Abordagem à Luz da Análise Econômica do Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado (*Stricto Sensu*) em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições sociais, direito e democracia.

Linha de Pesquisa: Regulação, autonomia privada e estratégia

Orientador(a): Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

BELO HORIZONTE
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A643r Apolinário, Bruno Alves, 1983-
A recuperação extrajudicial de empresas: uma abordagem à luz da análise econômica do direito / Bruno Alves Apolinário. – Belo Horizonte, 2018.
147 f. ; 29,7 cm

Orientador: Frederico de Andrade Gabrich
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2018.

1. Direito empresarial - Brasil. 2. Sociedades comerciais - Recuperação - Brasil. 3. Economia - Análise - Brasil. I. Título. II. Gabrich, Frederico de Andrade. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.72



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich _____

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb _____

Prof. Dr. Tiago Lopes Mosci _____

MESTRANDO: BRUNO ALVES APOLINÁRIO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS: Uma Abordagem à Luz da
Análise Econômica do Direito”**

RESULTADO FINAL: _____

Aprovado

Data da Defesa: 25/04/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Dedico a:

Glauciene e Patrícia.

Agradecimentos:

Aos meus pais, irmão, cunhada e familiares, pelo carinho e apoio.

Ao meu orientador e amigo Frederico Gabrich, pela paciência, exemplo e compreensão.

Aos amigos Breno, Carol, Cléber, Paulo, Raphael, Michele, Aleury, Lilian, Rogério, Juliana, Nízio, César, Danielle, Glenda, Frederico Branquinho pelas inúmeras contribuições, incentivos e inspiração.

À Flávia Machado, pelo apoio, carinho e incentivo.

Aos fraternos Gil Morato, Francisco Dourado, Gustavo Figueroa, Hudson Freitas, Henrique Segall, Tiago Mosci e Fabrício Temperini, pelo companheirismo e pelas profundas reflexões sobre temas relacionados ao trabalho.

À Glauciene Gonçalves, Mara Avelar e Patrícia Gusmão, pelo impulso, confiança, cobrança e retidão.

A Deus, pela inspiração, iluminação e perseverança.

“Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção. Mas, a não ser que esta já seja a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, os custos para se atingir os mesmos resultados pela alteração e combinação dos direitos pelo mercado podem ser tão elevados que esse arranjo ótimo de direitos, e a maximização do valor da produção dele advinda, podem jamais ser atingidos”.

Ronaldo Henry Coase

RESUMO

A adequada aplicação e interpretação das normas jurídicas, visando a solução dos problemas existentes em nossa sociedade, a tempo e modo, tem se demonstrado como o maior desafio para os operadores do Direito (legisladores e juristas em geral), nos tempos atuais. Noutra prisma, entender o papel econômico desempenhado pela ciência jurídica, atribuindo-lhe a tarefa de propiciar alocação e utilização eficiente dos recursos escassos – tais como direitos de propriedade, direitos autorais, dentre outros –, reduzindo ou aumentando os custos de transação, quando necessário, também tem exigido dos juristas grandes esforços e reflexões. Baseado nestas constatações, objetiva o presente trabalho contribuir para compreensão e aplicação dos institutos concursais previstos na Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei n.º 11.101/2005, denominada Lei de Recuperação de Empresa e Falência – notadamente da Recuperação Extrajudicial –, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, no intuito de auxiliar na compreensão do fenômeno jurídico e econômico decorrente da insolvência empresarial, na busca de instrumentos capazes de propiciar a superação da crise empresária, facilitando a negociação entre credores e devedores empresários, no intuito de propiciar o reerguimento da fonte produtiva, tendo em vista sua relevância para a sociedade.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação de Empresa. Recuperação Extrajudicial. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The adequation of the application and interpretation of legal norms, aiming on the solution of existent problems in our society, by time and way, has been demonstrating itself as the biggest challenge for the Law operators (legislators and jurists in general) in the current times. Further than that, it aims the understanding the economic role interpreted by the juridic science assigning it the task of providing allocation and efficient utilization of scarce resources - such as propriety rights, copyrights, and more - reducing or increasing the transaction costs, when necessary, also requiring from jurists great efforts and reflections. Based on this findings, the present work aims to contribute for the comprehension and application of the concursal institutes provided for the law 11.101/2005 - February 9, 2005, denominated as the Brazilian Bankruptcy Law, - notably the Prepackaged Bankruptcy and Workout Agreements - from the perspective of the Law and Economics in order to assist in the understanding of the legal and economic phenomenon due to the business insolvency, aiming to find instruments that are capable to provide the overcoming from the business crisis, in order to deliver the maintenance of the productive power, taking in account their relevance to the society.

Keywords: Corporate Law. Bankruptcy Reorganization. Prepackaged Bankruptcy and Workout Agreements. Law and Economics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	23
2.1 Termos do acordo entre auditório e orador	23
2.2 Uma questão de normatividade.....	25
2.2.1 O papel da interpretação	25
2.2.2 Características da norma jurídica.....	29
2.2.2.1 As normas como elementos do sistema normativo	29
2.2.2.2 Determinação da juridicidade das normas	31
2.2.2.3 A estrutura lógico-linguística da norma	34
2.2.2.4 A relação entre a norma e a sanção.....	37
2.2.3 O ordenamento jurídico.....	42
2.2.3.1 A multiplicidade das fontes do ordenamento jurídico.....	43
2.2.3.2 A completude do ordenamento jurídico.....	45
2.3 Uma questão de densificação	48
2.4 Os princípios jurídicos afetos à Recuperação de Empresas	59
2.4.1 O princípio da preservação da empresa.....	62
2.4.2 O princípio da celeridade processual.....	70
3 AED E O TEOREMA DE COASE	75
3.1 A necessidade de uma teoria do comportamento humano	75
3.2 A AED e os seus principais fundamentos	77
3.2.1 O surgimento da <i>aed</i>.....	77
3.2.2 A racionalidade econômica limitada e o processo de tomada de decisão humana.....	80
3.3 O Teorema de Coase.....	89
4 ANÁLISE ECONÔMICA DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	97
4.1 Breves antecedentes históricos	97
4.1.1 A antiguidade e o direito romano.....	98
4.1.2 A idade média.....	99
4.1.3 A modernidade.....	99
4.1.3.1 A relevante experiência do sistema concursal estadunidense	100
4.1.4 A evolução do instituto falimentar brasileiro	103
4.2 Uma visão sobre o instituto da recuperação de empresas	105
4.3 Dados, algumas críticas e a necessidade de reforma	122
4.4 Um olhar para a recuperação extrajudicial.....	128
4.5 A recuperação extrajudicial sob a visão econômica	132
5 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

Após os seus primeiros treze anos de vigência, verificou-se que a Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, denominada Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 –, possibilitou inúmeros avanços ao Direito Concursal brasileiro, modernizando-o e adequando-o à atual visão, em âmbito mundial, de reerguimento da fonte produtiva em crise, muito embora algumas alterações pontuais ainda sejam necessárias.

De fato, conforme pesquisa publicada pelo Jornal Estado de São Paulo, em 14 de outubro de 2013, a taxa de eficiência dos instrumentos concursais brasileiros – em especial a Recuperação Judicial de empresa – tem sido, em regra, extremamente baixa, pois apenas 1% (um por cento) das sociedades empresárias e empresários que ajuizaram pedido de Recuperação Judicial conseguiram, efetivamente, voltar às suas atividades normalmente, ao fim do processo judicial, superando o estado de crise em que se encontravam. A complexidade inerente aos procedimentos concursais e o tempo de permanência destes no Poder Judiciário podem ser elencados como os principais fatores que influenciam o aumento nos custos de transação envolvidos, contribuindo para ineficiência daquele instrumento.

Percebe-se, portanto, que se faz necessária a utilização de instrumentos que auxiliem a superação da crise do devedor empresário, de maneira eficiente, possibilitando-lhe a solução célere e economicamente mais viável em termos de custo de transação. Para isso, faz-se necessário garantir a participação mínima ou apenas necessária do Poder Judiciário, a fim de se evitar abusos e perda injustificável de tempo, como tem acontecido na realidade em muitos casos de Recuperação Judicial.

Muito embora pareça inviável conceber instituto que obedeça tais parâmetros, a própria Lei n.º 11.101/2005 já o fez, por meio da Recuperação Extrajudicial de empresa. Todavia, na realidade, este instituto pouco ou praticamente não tem sido utilizado, por ser considerado por vários estudiosos do tema como um instituto inadequado e ineficiente para os fins a que se destina (recuperar de forma sustentável a empresa que está em crise).

Importante destacar que os institutos concursais presentes na Lei n.º 11.101/2005 tem sido, desde a sua criação, objeto de inúmeras reflexões, principalmente quando confrontados com a realidade política e econômica brasileira.

Há inúmeros trabalhos que se dedicam à análise da Recuperação de empresa, em quaisquer de suas modalidades, a saber: a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial, sem se esquecer do Plano Especial de Recuperação para as Microempresas e Empresas de

Pequeno Porte. Não obstante isso, existe preocupação doutrinária maior com o estudo da Recuperação Judicial, em virtude da complexidade desta e dos notórios e paradigmáticos casos ocorridos desde a entrada em vigor da norma sob estudo, tais como o Caso OGX, o Caso Varig, o Caso Vasp, o Caso Parmalat, dentre inúmeros outros.

Em verdade, tanto a Recuperação Extrajudicial de Empresas, quanto o Plano Especial de Recuperação para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, são apontados por grande parte da literatura especializada como sendo ineficientes e demasiadamente complexos, o que inviabilizaria a sua aplicação e acabaria por deixar à deriva o estudo desses institutos.

Percebe-se, portanto, que há necessidade e espaço para o desenvolvimento de um estudo amplo e mais profundo sobre a Recuperação Extrajudicial de Empresas, no intuito de verificar se, realmente, este instituto não pode ser aplicado com eficiência tal como previsto na lei, ou se seriam necessárias pequenas adequações legais para a sua melhor e mais eficiente utilização.

Diante disso, verifica-se que essa temática se apresenta ainda relativamente nova na ciência jurídica, principalmente no âmbito do Direito Empresarial, não obstante a existência de incontáveis manuais, artigos, textos científicos em geral que dela cuidam superficialmente. No entanto, muito ainda há que se estudar acerca desse tema e a pesquisa acerca da literatura existente sobre os pontos que aqui serão analisados, contribuirá e enriquecerá, imensamente, a elaboração desta pesquisa.

Assim sendo, tendo como marco teórico o teorema de Ronald Coase, segundo o qual são explicitados os custos de transação envolvidos nas interações humanas e a relação existente entre esses e a eficiência na alocação de recursos escassos, considerando-se os baixos índices de eficiência da Recuperação Judicial prevista na Lei n. 11.101/2005, é necessário verificar se o instituto concursal da Recuperação de Extrajudicial de Empresa pode ser considerado, teoricamente, como o instrumento adequado para a redução dos custos de transação envolvidos na relação credor x devedor em situação de crise. Para isso, este trabalho tem por objetivo geral compreender como a regulamentação legal do instituto concursal da Recuperação Extrajudicial de Empresa pode auxiliar, ou não, na redução dos custos de transação envolvidos na barganha entre o devedor e os seus credores, para possibilitar a mais eficiente recuperação da fonte produtiva em crise.

A pesquisa também tem como objetivo apontar meios mais eficientes para a prevenção e/ou resolução de conflitos decorrentes das crises patrimoniais das empresas, para que estes não abarrote, ainda mais, o Poder Judiciário, com prejuízos para o desenvolvimento econômico e social, com custos de transação significativos e crescentes.

Objetivou-se, por fim, contribuir para a construção de uma visão crítica dos estudos na seara jurídica mercantil, lastreado nos ensinamentos advindos da Ciências Econômicas, visando modificar tanto o pensamento do acadêmico de Direito, quanto à visão do aplicador do Direito em relação ao Direito Empresarial, o que pode possibilitar a evolução do ensino jurídico e da prestação jurisdicional no país.

Visando a realização de um trabalho consistente e inovador, optou-se por utilizar como marco teórico o Teorema de Coase, fundamento basilar da Análise Econômica do Direito, considerada, na atualidade, como grande divisor de águas na história da ciência jurídica, no que concerne à interpretação e à aplicação do Direito frente às demandas que lhe são apresentadas.

Surgida nos anos de 1960, a Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) foi concebida a partir do artigo fundamental do renomado professor norte-americano da Universidade de Chicago, laureado com o prêmio Nobel de Economia em 1991, Ronald H. Coase, intitulado *O Problema do custo social*, publicado naquela década, e no qual ele expôs o conceito de custos de transação, o seu impacto e as consequências deles nas relações humanas, principalmente, no que diz respeito à alocação eficiente dos recursos escassos disponíveis na vida em sociedade.

Em breve síntese, na concepção da teoria econômica coseana, o homem deve ser visto como dotado de racionalidade, motivo pelo qual se pode afirmar que a escolha humana é dotada racionalidade. Entretanto, a “escolha” possui limitações decorrentes da própria condição humana, assumindo-se, daí, que seja a racionalidade humana limitada. Ainda segundo aquela visão, o homem realiza escolhas, livremente, no intuito de proceder a alocação eficiente dos recursos existentes na sociedade, desde que os custos de transação envolvidos nesses processos – custos necessários para realizar-se qualquer operação humana, de natureza monetária ou não – sejam nulos ou os menores possíveis, propiciando, assim, a maximização de riquezas e do bem-estar social.

No entanto, pode-se dizer que a concepção da nulidade ou completa inexistência dos custos de transação é errônea, pois inúmeros fatores interferem, diretamente ou não, nas interações humanas, elevando os custos de transação e impossibilitando, assim, que as partes envolvidas em dada relação possam alocar, livre e eficientemente, os recursos disponíveis. Nesse quadro, Ronald H. Coase ensina que a forma de atribuição de direitos a qualquer das partes deve ser muito bem pensada, pois se realizada de forma errada, poderá causar ineficiência e, portanto, prejuízo para os envolvidos e para a sociedade como um todo.

Interessante notar que, em razão dos bons resultados obtidos com a aplicação não apenas dessa teoria, mas de todo o ferramental referente à Análise Econômica do Direito, esta foi bem

aceita no Direito norte-americano, expandindo-se, nos anos que se seguiram, para os quatro cantos do mundo.

Registre-se que o Teorema de Coase, assim como a própria Análise Econômica do Direito, têm sido, desde a sua criação e até os dias de hoje, alvo de severas críticas, principalmente na visão daqueles que defendem uma percepção mais humanitária da ciência jurídica, ao argumento de que a Análise Econômica do Direito não se preocupa, efetivamente, com a garantia dos direitos fundamentais e do bem estar social, mas, apenas, em buscar aquela decisão cujos custos serão menores, não importando o fator humano envolvido nas suas escolhas.

Importante salientar que tal pensamento, no entanto, possui caráter suplementar, ou seja, assim como bem apresentado pelas Ciências Econômicas, faz-se necessária a delimitação conceitual prévia, estabelecendo-se as premissas filosóficas a partir das quais o jurista, utilizando-se da Análise Econômica do Direito, buscará solucionar o problema que lhe é proposto, no intuito de encontrar a resposta que se apresente mais benéfica ao caso, propiciando, assim, a maximização do bem-estar social.

Diante do exposto, deduz-se que essa teoria se demonstrou de grande relevância na busca pela solução do problema de pesquisa inicialmente proposto; assim como auxiliará, de modo acentuado, na verificação da hipótese apresentada.

A escolha da metodologia adequada à investigação do fenômeno estudado foi imprescindível para a realização desta pesquisa científica e, principalmente, para o seu resultado. Para que se pudesse verificar a hipótese formulada e compreender o problema proposto, à luz do marco teórico escolhido, optou-se pela vertente dedutiva e jurídico-exploratória, na qual se buscou desenvolver um tipo de investigação, basicamente, bibliográfica, priorizando pela utilização do raciocínio dialético.

A pesquisa possuiu cunho preponderantemente qualitativo e teve como disciplina central o Direito Empresarial, assim como influências de outros setores do conhecimento, tais como a Hermenêutica Jurídica, a Filosofia e a Economia, tratando-se, portanto, de pesquisa inter e multidisciplinar.

Quanto à natureza dos dados, são eles secundários. Os procedimentos utilizados foram todos com propósitos exploratório e descritivo, o que não impede que se desenvolva, também, uma investigação do tipo jurídico-propositiva, sendo basicamente: a coleta e a análise de documentos, de legislação e de jurisprudências (e de seus respectivos conteúdos).

A fim de auxiliar na compreensão do presente trabalho, faz-se necessária a apresentação sintética e sistêmica dos capítulos que o compõem, descrevendo, resumidamente, seus

conteúdos. No capítulo 2 foi revisitada a teoria normativa de Norberto Bobbio, com as contribuições da Análise Estratégica do Direito e da teoria de Ronald Dworkin, para se compreender a natureza formal e força normativa dos princípios jurídicos afetos à Recuperação de Empresas. No capítulo 3, foi exposto o marco teórico deste trabalho, a Análise Econômica do Direito e, especificamente, o Teorema de Coase, explicitando os principais conceitos econômicos utilizados neste estudo. Coube ao capítulo 4 a reflexão aprofundada sobre os institutos concursais da Recuperação Judicial e Extrajudicial, vislumbrando-os, a partir das premissas do Teorema de Coase, a fim de identificar se esses realmente propiciavam a redução de custos de transação, nos casos de insolvência empresarial. Encontram-se, no capítulo 5, as conclusões obtidas ao final de trabalho.

Por fim, faz-se necessário reafirmar o problema de pesquisa objeto deste estudo, a saber: seria a Recuperação Extrajudicial o instrumento capaz, ao menos em tese, de propiciar a redução dos custos de transação envolvidos nas negociações entre o devedor em crise e seus credores, permitindo a rápida solução para a insolvência empresarial e a superação desse estado?

2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

2.1 Termos do acordo entre auditório e orador

Os ordenamentos jurídicos são compostos por disposições normativas de diferentes espécies (princípios e regras jurídicas, estabelecidas no direito positivo por meio de diversas fontes, tais como leis, jurisprudência, atos administrativos, contratos), que contém os preceitos que se materializam em normas jurídicas após a subsunção dos fatos ao texto das normas, em um procedimento de interpretação sistemática e teleológica. De maneira geral, essa tem sido a visão mais aceita pelos estudiosos da ciência do Direito sobre como se dá o arranjo do sistema normativo jurídico, principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Entender, portanto, o desenho do ordenamento jurídico e a força normativa que cada um dos seus componentes possui, demonstra-se essencial para a validade de quaisquer estudos na seara jurídica, pois apenas com a percepção de como se divide o sistema normativo brasileiro atual, de suas interações, torna-se possível compreender o sentido e a força das normas jurídicas.

A partir desta ótica, o acordo inicial entre orador e seu auditório,¹ em toda argumentação jurídica, deverá consistir na *análise formal* do ordenamento jurídico, no intuito de compreender o papel exercido pelos *princípios* e pelas *regras jurídicas*² – espécies de preceitos normativos – para a criação das normas jurídicas. Pode-se entender por esse termo o estudo abrangente da estrutura que compõe o ordenamento jurídico, sob o aspecto de sua organização, abordando temáticas como: a identificação de natureza de suas disposições e sua força normativa; a relação entre os elementos que o compõe; definição das fontes normativas; a existência e a solução das possíveis incompatibilidades *intra* e *extra* ordenamento – as chamadas antinomias e lacunas.

Em razão disso, este trabalho tem o seu ponto de partida com a breve reflexão sobre o papel exercido pelos princípios jurídicos e a sua força normativa, concentrando-se nos

¹ Na visão da teoria da argumentação de Chaïm Perelman, *orador* é aquele que realiza a argumentação e o *auditório* consiste no público a quem será dirigida a sua exposição. O *acordo*, em breve síntese, é a definição inicial das premissas técnicas e científicas que embasarão a argumentação realizada. Sobre o tema, vide PERELMAN, 2005, p 73-75.

² Neste estudo, bem sucintamente e de maneira geral, adota-se a visão de que o ordenamento jurídico é composto por duas espécies normativas, a saber, as **regras jurídicas** – que determinam padrões de conduta, que devem tanto ser seguidos quanto omitidos, atribuindo, em alguns casos, a possível sanção ao seu descumprimento – e os **princípios jurídicos** – que não determinam, de maneira objetiva e direta, padrões de conduta, não havendo, portanto e inicialmente, consequências jurídicas para a sua não observância –, que poderão, após a realização do procedimento interpretativo e análise das particularidades do caso concreto, gerar as normas jurídicas. Sobre o tema, não obstante a contribuição que outros inúmeros doutrinadores trouxeram para o tema, vide GABRICH, 2010, p.105-124.

princípios que se referem ao instituto da Recuperação de Empresa, seja na sua modalidade judicial e/ou extrajudicial (objeto deste estudo), visando entender como esses se relacionam com o referido instituto.

Cumprido salientar, inicialmente, que a análise sobre os princípios jurídicos será realizada em diversos *estágios/momentos* diferentes ao longo deste trabalho: no primeiro momento, será avaliada a força normativa dos princípios, ou seja, o estudo com o intuito de se entender qual a *função* exercida pelos princípios na criação das normas jurídicas, discutindo-se a sua importância para o ordenamento jurídico como um todo; no segundo momento, se discutirá a *densificação* desses princípios: como dar-lhes corpo e conteúdo; por fim, a *identificação* dos princípios centrais relacionados ao instituto da Recuperação de Empresas e seus reflexos na análise e na aplicação desse instituto.

Dessa maneira, não se encontra no escopo deste trabalho a discussão sobre a existência ou não dos princípios jurídicos, seu grau de importância, assim como a discussão sobre a posição por eles ocupada dentro do ordenamento jurídico.

Saliente-se, também, que não serão aprofundadas reflexões sobre as regras jurídicas, pois são irrelevantes, ao menos inicialmente, para o tema aqui trabalhado, embora o estudo realizado sobre a força normativa atribuída aos princípios também lhes possa ser aplicado.

Vale registrar, por fim, que a análise formal do ordenamento jurídico que será procedida a seguir, em muito se pautará nas lições e reflexões apresentadas por Norberto Bobbio, em virtude das importantes e basilares contribuições trazidas por ele para a Teoria Normativa do Direito como um todo. Bobbio, de fato, conseguiu sistematizar, de maneira clara e objetiva, a dinâmica do ordenamento jurídico, o que pode ser visto como essencial para a compreensão e entendimento da estrutura da ordem jurídica, não obstante lhe sejam aplicáveis as críticas feitas ao pensamento do Positivismo Jurídico em geral.³

Traçados os parâmetros do acordo entre o orador e o seu auditório, impõe-se a necessidade de se expor os argumentos, tarefa que se realizará a seguir.

³ Ronaldo Dworkin e Robert Alexy são vistos como os principais críticos ao pensamento do Positivismo Jurídico. De maneira geral, as principais críticas a esta vertente de pensamento consistem: (1) na utilização do raciocínio silogístico para aplicação da norma jurídica, partido da premissa maior – *os fatos* – confrontando-a com a premissa menor – *a norma* –, para se chegar à conclusão – solução do caso concreto – o que restringe, no entender daqueles doutrinadores, a prática e vivência jurídica, não permitindo chegar-se verdadeiramente ao sentido da prática da norma; (2) na percepção da estruturação do ordenamento jurídico, não compreendendo que ele é composto por em regras e princípios, como evidenciado por Dworkin; (3) na atribuição de o papel restrito à hermenêutica, vislumbrando-a como métodos interpretativos, que possuem por fim elucidar o sentido gramatical da norma jurídica, para possibilitar a sua aplicação; (4) e na utilização do método de subsunção do fato à norma, sem realizar a análise dos contornos fáticos envolvidos, que poderiam tornar a norma inadequada para solução daquele caso. Sobre o tema, vide FREITAS, 2013, p 113-131.

2.2 Uma questão de normatividade

2.2.1 O papel da interpretação

Caso se assume a norma jurídica como o *gênero*, ou seja, a *categoria geral* composta por duas outras *subcategorias*, que se denominam por *espécies normativas*, impõe-se reconhecer que a compreensão da força normativa das *espécies* que a compõe – as regras e os princípios jurídicos – estará correlacionada com o papel exercido pela *categoria geral* na regulamentação do grupo social que a criou. Portanto, antes de se analisar a força normativa dos princípios, faz-se necessária a investigação sobre a vivência normativa humana, o papel exercido pelas normas jurídicas e o seu impacto na vida em sociedade.

Há uma locução latina que expressa, de modo bem reflexivo e simples, a relação entre esses três elementos: o ser humano, a sociedade e o Direito, qual seja: “*onde há o homem, aí há sociedade; onde há sociedade, aí há direito. Logo, onde há homem, aí há direito*” (CAMPOLINA, 2003, p 77.)⁴

Percebe-se, a partir da análise dessa expressão, que os mencionados elementos são *interdependentes* entre si, o que permite se constatar que para a existência de qualquer daqueles, necessariamente, ao menos um dos outros também deverá existir. Disto decorre que eles se encontram interligados um ao outro, impossibilitando a análise isolada de cada um.

Nesse sentido, registrem-se as palavras de Reale (2002):

Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearam segundo três elementos fundamentais: — o elemento *valor*, como intuição primordial; o elemento *norma*, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento *fato*, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada.

Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: — fato, valor e norma (REALE, 2002, p 490).

Infere-se, portanto, que o Direito não pode ser concebido de maneira independente da sociedade e do próprio homem, ou seja, demonstra-se *imprescindível* para entender a esfera normativa a análise do seu contexto fático e histórico, que surge a partir da observação das relações humanas. Apenas com a apreciação destas que também serão definidas as bases, os valores gerais, que pautarão a criação das *regras de convivência* de cada grupo social e, por consequência, do próprio Direito.

⁴ Tradução livre do autor. No original: “*Ubi homini, ibi societas; Ubi societas, ibi ius; Ergo, ubi homini, ibi ius*”.

Logo, compreender as normas jurídicas pressupõe entender os contornos fáticos e históricos envolvidos, não somente no momento de sua criação, mas também no de sua aplicação, para se determinar a extensão e a abrangência do seu conteúdo e a maneira como elas regulam a realidade.

Assim sendo, verifica-se que a devida compreensão do Direito, no intuito de considerá-lo adequado à determinada realidade, está atrelada ao entendimento, à interpretação de seu contexto, ou seja, à análise *crítica e racional* conjunta das disposições normativas – *a norma* – e dos fatos oriundos das relações humanas em sociedade – *os fatos*, a partir dos parâmetros estipulados pelo próprio grupo social – *os valores*.

As lições de Reale (2002) corroboram com este entendimento:

Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens, no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (REALE, 2002, p 65).

Dessume-se, então, que o Direito não pode ser visto como algo *dado*, pré-estabelecido, preconcebido, desconexo e/ou isolado do contexto social que o gerou. Ele deve ser, antes de tudo, *vivenciado* e, para isso, *interpretar* a realidade e a complexidade de determinado grupo social se demonstra de suma importância, pois o sistema jurídico possui forte *cunho relacional*, ou seja, entendê-lo pressupõe a observação e a análise das *relações intersubjetivas* ocorridas em sociedade – seja entre os sujeitos que a compõem, seja entre o próprio Direito e o grupo por ele regulado –, para que se possa *dimensionar* adequadamente as normas jurídicas – tanto na sua criação, quanto na sua aplicação – à dinâmica das relações humanas.

Realizar essa tarefa implica a necessidade de se repensar a relação entre o Direito e a sociedade, modificando a sua função precípua, que deverá ir muito além da concepção de agente de pacificação social, comumente aceita.

Para que haja adequação entre as disposições jurídicas e a realidade fática, faz-se necessário repensar a finalidade da ordem jurídica, compreendê-la não apenas como limitação à realização dos objetivos traçados nas relações intersubjetivas, ocorridas em sociedade, mas sim como uma variedade de opções licitamente estabelecidas, que permitem aos sujeitos alcançarem esses objetivos (GABRICH, 2010, p16-17).

Denota-se, a partir dessas constatações, que a importância da interpretação no processo de aplicação das normas jurídicas merece análise mais cuidadosa.

É de se notar que, apenas com a interpretação das disposições normativas, torna-se viável a adequação destas aos casos concretos, como já explicitado previamente. A *hermenêutica jurídica* – resumidamente, termo utilizada para identificar o processo de interpretação e compreensão do Direito⁵ – se apresenta como condição necessária para a devida e adequada aplicação dos preceitos normativos, pois é com essa que se poderá chegar/abstrair/atingir o sentido das normas jurídicas, tendo-se por base os objetivos dos sujeitos e da própria sociedade, de modo útil e adequado, que seja capaz de permitir que as pessoas escolham qual o caminho podem traçar, no intuito de alcançar o fim pretendido.

Para que o procedimento interpretativo obtenha êxito, deve-se compreender que a hermenêutica jurídica transcende a mera compreensão linguística humana das disposições legais, assim como não se pode limitar a ser vista como técnica, método ou artifício. Ela necessita ser utilizada como maneira de se atingir o entendimento completo e profundo da norma jurídica, no sentido mais fundante e essencial possível (TRAVESSONI, 2011, p 205-206), pois, só assim, poderá dar dinâmica ao estático texto legal.

Nesta linha, registrem-se as palavras de Gabrich (2010):

O texto da norma é estabelecido de acordo com as finalidades econômicas e sociais que justificam a sua promulgação, em decorrência de um acordo de vontades decorrentes da *vontade geral*. Entretanto, essas finalidades econômicas e sociais evoluem na mesma proporção da pluralidade e do dinamismo da vida contemporânea. Como o texto da norma é estático, somente a interpretação pode adequar às necessidades da vida à regulação normativa, para determinar a paz social e a felicidade das pessoas (GABRICH, 2010, p 17-18).

Deste modo, não restam dúvidas quanto à importância da interpretação das disposições normativas para se conseguir, efetivamente, criar opções lícitas para que a sociedade – assim como os sujeitos que a compõem – consiga estruturar meios jurídicos para alcançar os seus objetivos.

⁵ Sobre o tema, vide TRAVESSONI, 2011, p 204-207.

Interessante notar que, a partir do reconhecimento do papel central da hermenêutica para aplicação útil e adequada do Direito, constata-se que existe divergência ou não coincidência do *significado* da norma jurídica com o seu *texto*, ou seja, se a disposição legal em si – o *texto* – trouxesse de forma clara o conteúdo, o significado da norma, desnecessária seria a realização da interpretação, o que não ocorre, como já visto.

Logo, impõe-se reconhecer que as disposições legais – e, portanto, as regras e os princípios jurídicos – não se confundem com a norma jurídica. Em verdade, a partir desses preceitos, e realizada a hermenêutica, se poderá criar/alcançar/atribuir o sentido da norma jurídica.

Para corroborar com essa afirmação, necessárias se fazem, mais uma vez, as lições de Gabrich (2010):

E mais, a nova hermenêutica reconhece que o texto da norma não é a norma jurídica, pois esta decorre sempre de interpretação.

Nesse sentido, segundo essa vertente contemporânea do estudo, da interpretação e da aplicação das normas jurídicas; para a perfeita percepção do alcance, do significado e da importância das normas jurídicas em geral e dos princípios em particular, é fundamental não confundir ‘norma jurídica’ com o ‘texto da norma jurídica’, ou ‘texto normativo’.

Não obstante, segundo observação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, embora o positivismo jurídico radical não corresponda à concepção doutrinária mais aceita, a concepção dominante da norma jurídica continua a vê-la como sinônimo do texto normativo e, principalmente, como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto ao qual ela deverá ser aplicada. O perfeito entendimento do alcance normativo da nova hermenêutica (fortemente marcada pela principiologia jurídica) e de sua capacidade para regular os casos da prática exige uma desmistificação dessa concepção positivista e radical da norma jurídica.

Assim, a partir do texto normativo contido no artigo 24 da Constituição da República portuguesa – *a vida humana é inviolável* – Canotilho demonstra que “uma só disposição (formulação, enunciado) pode exprimir uma ou outra norma, segundo as diversas possibilidades de interpretação”. O referido autor demonstra que o enunciado que estabelece que a vida humana é inviolável pode significar (1) que a vida é inviolável desde o momento do nascimento da pessoa humana até a morte, (2) que a vida humana deve ser protegida desde a concepção até a morte, e (3) que a vida humana merece proteção e salvaguarda desde o momento em que, de acordo com dados cientificamente comprováveis, começa a haver vida intrauterina até o momento da morte.

Por isso, nessa linha de raciocínio, é fundamental reconhecer que muitas disposições normativas exprimem não apenas uma única norma, mas várias normas conjuntamente, ou aquela norma que o intérprete determina quando atribui um significado específico ao texto escrito e aos fatos que lhe são correlatos, com a devida consideração de todos os elementos históricos, culturais, religiosos, morais, econômicos etc., que compõem o âmbito normativo no caso concreto.

Dessa maneira, a norma não decorre imediatamente do texto normativo, mas é construída – e, muitas vezes, reconstruída e atualizada – de acordo com as necessidades sociais, por meio de interpretação. O texto da norma é apenas um sinal linguístico, pois a norma é o significado atribuído a esse sinal, por meio de interpretação (GABRICH, 2010, p 19).

Em síntese, *a lei* – pensando este termo de modo mais amplo possível – contém as disposições normativas, sejam elas na forma de princípios ou regras jurídicas, que devem ser

vistas como um *texto* e poderão expressar várias *normas jurídicas* diferentes, a depender do *contexto* de sua criação/aplicação e após a sua interpretação.

Percebe-se, portanto, que a compreensão da norma dependerá sempre da hermenêutica realizada, assim como da conjunção fática e histórica da sociedade na qual se insere, decorrendo daí o seu papel central, como já explicitado.

Traçada a importância da interpretação para efetiva compreensão do significado do Direito, resta a seguinte indagação a ser realizada: *o que se pode entender por norma jurídica?*

A resposta para essa indagação apenas será obtida se for buscada, de modo objetivo, a sua compreensão formal, dentro da dinâmica da ordem jurídica.

2.2.2 Características da norma jurídica

2.2.2.1 As normas como elementos do sistema normativo

Considere-se, primeiramente, que toda regra de conduta – e as normas jurídicas encaixam-se nessa categoria, indiscutivelmente – não pode existir e muito menos regular dado grupo social se vista isoladamente, sozinha, à esmo. Para que se possa conceber a sua existência, faz-se necessário pensar no agrupamento dessa, não o enxergando, entretanto, de modo desordenado, desconexo, mas sim como o conjunto *organizado* de normas. Por este termo, entende-se a estruturação do complexo das regras de conduta, na qual elas se relacionam, se ordenam e se coordenam, mantendo a coerência, à unidade do todo.

Em suma, a investigação pelo sentido formal das normas jurídicas acarreta na visão do *conjunto organizado* dessas, ou seja, do grupo no qual elas estão inseridas, de maneira estruturada e coerente, criando um *sistema normativo*.

Nesta senda, corroboram as palavras de Bobbio (2005):

[...] somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontrar nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo (BOBBIO, 2005, p 37).

Embora seja essencial para a tarefa de se compreender o sentido formal das normas, vislumbrá-las como parte integrante de um *complexo organizado*, está constatação não contribui, por si só, para a caracterização como *jurídica* de toda e qualquer regra de conduta, cuja função seja regular a vida do homem em sociedade, ou mesmo para a definição do que se possa conceber por *norma*, pois a vivência normativa humana não se limita à esfera do Direito.

A convivência em sociedade importa na observância de incontáveis regras de conduta, pertencentes também a *sistemas normativos organizados diversos*, tais como regras religiosas, de saúde, de boa educação, de etiqueta, dentre outras regras referentes à moral e à ética, que acabam por regular cada instante, cada ato praticado, cada relação, cada escolha realizada pelo homem, durante a sua vida, seja no âmbito público ou privado, como bem salientado por Bobbio (2005), ao afirmar que:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento, até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. [...]

Toda a nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que umas mandam e outras proíbem ter um certo comportamento (BOBBIO, 2005, p 23-24).

Para se compreender essa multiplicidade de sistemas normativos e os seus efeitos na vida do homem, deve-se enxergar que tais regras possuem *âmbito de observância* diversos, ou seja, a origem e o campo de atuação das normas podem variar consideravelmente, sendo atinentes tanto apenas à esfera íntima de cada indivíduo, quanto alcançarem toda a coletividade. Nesse aspecto, as regras de condutas podem ser divididas em duas modalidades diferentes: como de caráter *externo* ou *interno*.

As normas de *caráter interno* correspondem àquelas regras de conduta cuja origem se encontra no âmbito interno do indivíduo, ou seja, elas não são postas/estipuladas por uma autoridade externa ao próprio ser, mas decorrem da introspecção pelo sujeito de valores e/ou outras regras sociais – tais como preceitos morais e éticos, que pautam diferenciadamente a formação, o caráter e o planejamento de vida de cada ser. Essas regras podem possuir sentidos e significados diversos, pois dependem *estritamente* da percepção daquele que as incorporou acerca da realidade fática e dos preceitos que as geraram.

Note-se que, neste caso, a norma não terá vigência além do próprio indivíduo, em razão da infinidade de sentidos diversos que podem ser atribuídos às regras, uma vez que elas *dependem* e *se adequam* à compreensão pessoal, restrita sobre o seu significado.

Por outro lado, o *caráter externo* se evidencia como a imposição de certas regras de conduta por um agente externo, estranho ao sujeito, seja o legislador ou o próprio grupo social. Nessa hipótese, o sentido e o significado das normas decorrem das *relações* e dos *consensos* realizados em sociedade e serão os mesmos para todos aqueles que a integram.

Percebe-se que, contrariamente ao que ocorre no primeiro caso, o âmbito de validade dessas regras será para além do próprio indivíduo, pois elas terão a função de regular as relações

ocorridas no grupo social no qual foram geradas, abrangendo tantos sujeitos quantos pertençam a esse.

Nessa ótica, é possível se conceber o Direito como regras de conduta de *caráter externo*, pois as normas jurídicas normalmente não são postas pelo próprio sujeito, mas se originam dos valores e dos fatos elencados pelo grupo social que os indivíduos se encontram inseridos.

Dessa maneira, em síntese, percebe-se que buscar pelo entendimento acerca do caráter formal das normas jurídicas, implica pensar na vivência normativa humana, necessariamente, vivência essa que não se restringe *única e exclusivamente* àquela decorrente da observância das regras impostas pelo Direito, mas, ao contrário, a experiência normativa dos sujeitos pertencentes a dado grupo social é bem *maior* que o próprio sistema jurídico, pois existem inúmeras regras de conduta que pautam, delimitam, estruturam e/ou conduzem a vida e o comportamento do homem em sociedade, sem que elas possuam, entretanto, *valor jurídico* ou mesmo *juridicidade*.

Destarte, restam as seguintes indagações a serem respondidas: *o que diferencia o Direito das demais regras de conduta em sociedade? Como se determina uma regra de conduta como sendo jurídica?*

2.2.2.2 Determinação da juridicidade das normas

No intuito de auxiliar na busca pela resposta à essas questões, registrem-se as lições de Bobbio (2005):

A relação jurídica é caracterizada não pela matéria que constitui seu objeto, mas pelo modo com que os sujeitos se comportam um em face do outro. E se exprime também desta maneira: o que caracteriza a relação jurídica não é o *conteúdo*, mas a *forma*. E isto significa: não se pode determinar se uma relação é jurídica com base nos interesses em jogo; pode-se determiná-la apenas com base no fato de ser ou não regulada por uma norma jurídica (BOBBIO, 2005, p 43).

Denota-se, a partir dessa visão, que a *juridicidade* das relações humanas, seguindo-se na busca pelo sentido formal das normas, reside não no seu *objeto em si*, mas sim no fato de serem *consideradas juridicamente relevantes* e, portanto, cabíveis de regulação pelo sistema jurídico.

Nesse ponto, fazem-se necessárias algumas digressões.

Saliente-se, primeiramente, que não se descarta nesse trabalho a importância dos fatos para o entendimento dos dizeres normativos, ao contrário, reconhece-se a extrema relevância desses para o entendimento do Direito, pois é apenas com a análise dos fatos que se poderá

compreender o sentido útil e adequado dos preceitos normativos, como já explicitado. No entanto, o que se busca neste momento é compreender *como* o modo formal de estruturação das normas jurídicas consegue atribuir a força normativa às disposições legais – princípios e regras – que as compõe.

Até este momento, já se percebeu que a *organização* do sistema jurídico normativo e o reconhecimento da importância das *relações intersubjetivas* são essenciais para se criar/compreender o sentido e o significado das normas, mas esses não podem ser vistos como elementos determinantes para a definição do caráter jurídico de determinada regra de conduta, pois são comuns à todas, como bem evidenciam as lições de Bobbio (2005):

Com efeito, a experiência jurídica nos coloca em frente a um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* estavelmente em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. Ocorre que dos três aspectos complementares, o fundamental é sempre o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente* (BOBBIO, 2005, p 44).

Por isso, o estudo formal da estrutura normativa se demonstra de grande relevância.

Ademais, não se pode esquecer que sempre existe um descompasso entre a realidade fática e o Direito, pois a vida em sociedade possui muito mais *dinamicidade* que as disposições jurídicas apriorísticas que a regulam. Logo, o sistema jurídico geralmente não consegue acompanhar, na mesma velocidade, as alterações/evoluções ocorridas no contexto social, o que impede a reelaboração do *texto* dos preceitos normativos com a devida celeridade.

Em razão dessa dinamicidade da realidade, muitas vezes os fatos considerados relevantes em dado momento histórico, já não o são no momento seguinte, mas como o sistema jurídico é pensado para *perdurar ao longo do tempo*, poderá ocorrer de fatos considerados extremamente relevantes na atualidade não sejam objeto de regulamentação prévia, mas isto não quer dizer que eles não possuam relevância jurídica. Essa ocorrência apenas acentua a necessidade constante de tentar se adequar às disposições normativas, prestando a devida atenção aos contornos fáticos de cada caso.

Importante lembrar, por fim, que o significado das normas surgirá com a interpretação do contexto fático e histórico das disposições legais, como já dito. Esse processo se demonstra crucial para a *oxigenação* do sistema jurídico, pois permite que a disposição legal, muito embora não tenha sido pensada para regular aquele caso em específico, seja objeto de releitura, ante o novo contexto fático, o que possibilita a sua melhor utilização e promoverá a perpetuação do sistema jurídico.

Assim sendo, e apresentadas essas digressões, percebe-se que a juridicidade das relações intersubjetivas, ocorridas em sociedade, decorre da existência ou não de norma jurídica que as possam regular, ainda que indiretamente. Logo, compreender as características dessa categoria específica de regras de conduta, possibilitará o entendimento sobre a sua força normativa.

Dentre as características que merecem análise mais detida, conforme salientado por Bobbio (2005, p 45-46), encontra-se a possibilidade da tríplice valoração das normas jurídicas, vislumbrando-as em três diferentes níveis, a saber, da *justiça*, da *validade* e da *eficácia*.

No nível da *justiça*, conforme leciona Bobbio (2005, p 46), procura-se enfrentar a questão da adequação dos dizeres normativos aos seus fundamentos: *os valores* de dado grupo social. Como já visto, o processo de criação do Direito envolve a escolha de parâmetros estabelecidos pela sociedade, a partir dos quais se constrói o sistema normativo jurídico. A verificação da classificação de certa norma jurídica como *justa* ou *injusta* decorrerá de sua aptidão ou não de atender aos fins perseguidos pelo sistema jurídico, definidos pelo grupo social, os seus *valores*.

Nas palavras de Bobbio (2005, p 51):

[...] O problema da justiça dá lugar a todas aquelas investigações que visam elucidar os valores supremos a que tende o direito, em outras palavras, os fins sociais, cujo instrumento mais adequado de realização são os ordenamentos jurídicos, com seus conjuntos de leis, de instituições e de órgãos [...] (BOBBIO, 2005, p 51).

Quanto à *validade* das normas jurídicas, nos dizeres de Bobbio (2005, p 46), “[...] é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é ou não *justa*”. Busca-se neste nível a compreensão acerca da presença de determinada norma no sistema jurídico. Em verdade, a questão não se restringe à previsão da regra no sistema normativo, mas se refere a aspectos mais complexos, tais como: se a atribuição de emitir certa norma jurídica pertencia à autoridade que o fez; se a norma não foi sucedida por outra, que possui por objeto regular a mesma matéria, o que caracteriza o fenômeno da *ab-rogação* – revogação total de uma lei por outra posterior; e, por fim, se não há incompatibilidade das normas, dentro do mesmo sistema.

Repare-se que o problema central enfrentado na esfera da *validade* não reside na observância da norma aos fundamentos do sistema, como ocorre no âmbito da *justiça*, mas sim se ela pode ou não ser considerada *o instrumento* hábil para realização desses, como salienta Bobbio (2005, p 51) ao afirmar:

[...] O problema da validade constitui o núcleo das investigações que pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como a moral), e portanto, não os fins que devem ser

realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça [...] (BOBBIO, 2005, p 51).

Por fim, no que concerne ao nível da *eficácia*, (BOBBIO, 2005, p 47-78) procura-se entender em qual medida a norma é seguida, voluntariamente ou mediante coação,⁶ pelos seus destinatários: os homens em sociedade.

Ainda segundo as lições de Bobbio (2005):

[...] O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno do comportamento efetivo dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico [...] (BOBBIO, 2005, p 52).

Verifica-se que cada um desses planos diz respeito a certo aspecto/problema da vivência jurídico-normativa humana e, embora independentes, devem ser vistos e alcançados conjuntamente, como *condição* para que as normas jurídicas possam produzir seus efeitos, de modo pleno e irrestrito.

Importante salientar, no entanto, que como cada nível desses é independente do outro, ocorrerá de algumas normas jurídicas não atenderem simultaneamente a mais de um, fato que evidencia essa *independência dos planos normativos*. Assim sendo, elas podem ser *justas* sem ser *válidas*; *válidas* sem ser *justas*; *válidas* sem ser *eficazes*; *eficazes* sem ser *válidas*; *justas* sem ser *eficazes*; e *eficazes* sem ser *justas* (BOBBIO, 2005, p 48-50).

Dessa maneira, constata-se que apenas aquelas normas que consigam atender a todos os três níveis ao mesmo tempo – e, portanto, serem percebidas como *justas, válidas e eficazes* –, poderão ser consideradas aptas/capazes de regular devidamente a vida do homem em sociedade.

Não obstante ao fato que essa visão implica o fracionamento do fenômeno jurídico, em verdade, o que se procura com ela é compreender, ainda que de modo multifacetado, (BOBBIO, 2005, p 54) como deve ser a melhor forma de organização da vida do homem em sociedade e, portanto, do sistema normativo jurídico.

2.2.2.3 A estrutura lógico-linguística da norma

A construção lógico-linguística da norma, ou seja, a particular estrutura da linguagem utilizada pelas normas jurídicas, também pode ser vista como outra característica importante

⁶ Por coação, em suma, deve-se entender a utilização da força – seja ela pela via moral, física, ou psicológica – para impedir, desincentivar ou punir a prática de determinada conduta. Sobre o tema, vide TRAVESSONI, 2011, p 45-52.

para se entender a força normativa, pois as previsões legais assumem certo estilo próprio, que deve ser observado, para que se possa transmitir/dar determinado *sentido* ao conteúdo da norma.

Conforme leciona Bobbio (2005, p 73), a norma jurídica pode ser classificada como *proposição*: certo *conjunto de palavras*, com significado próprio, que sejam capazes de exprimir, conjuntamente, determinada *mensagem*. Importante registrar que essa mensagem pode ser enunciada de várias maneiras diferentes – sob a forma interrogativa, afirmativa, declarativa, ou outra que porventura possa existir – e a depender do contexto e das circunstâncias, poderá revelar proposições diversas, com objetivos e funções diferentes.

Os ensinamentos de Bobbio (2005) exemplificam e corroboram com este entendimento:

Por *proposição* entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Sua forma mais comum é o que na lógica clássica se chama *juízo*, uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos por uma cópula (S é P). Mas nem toda proposição é um juízo. [...] Além disso, é necessário distinguir uma proposição de seu *enunciado*. Por *enunciado* entendemos a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Uma mesma proposição pode ser expressa por enunciados diversos quando se altera a forma gramatical. [...] Ao contrário, com o mesmo enunciado pôde-se exprimir, em contextos e circunstâncias variáveis, proposições diversas. Por exemplo, quando eu digo, voltando-me para um amigo com que estou passeando: “Gostaria de beber uma limonada”, pretendo exprimir um desejo meu e além disso dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; se dirijo as mesmas palavras para uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo expressar um desejo nem dar-lhe uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta (BOBBIO, 2005, p 73).

Percebe-se que a mensagem a ser transmitida pela proposição poderá assumir vários formatos, no entanto, o que se demonstra como essencial não é o modo como ela – a mensagem – foi enunciada, mas sim que ela possua *sentido*, que seja transmitida e percebida devidamente pelos seus destinatários, pois o que realmente importa é o seu significado, o seu conteúdo (BOBBIO, 2005, p 74).

Assim como é possível que a proposição apresente enunciados diversos, também ela poderá possuir três funções distintas, a saber: a *descritiva*, a *expressiva* e a *prescritiva*. Conforme demonstra Bobbio (2005, p 77-78), essas funções se relacionam com o objetivo pretendido pela mensagem contida na proposição. Caso se procure informar ou comunicar determinado fato, deve-se utilizar a *função descritiva*, que é própria da linguagem científica e objetiva *fazer conhecer algo*, divulgar certa informação; se o objetivo seja evidenciar/exaltar determinado sentimento ou mesmo provocá-lo no leitor, a *função expressiva* se demonstra a adequada, por ser a linguagem utilizada nos textos poéticos e literários; por fim, se o intuito é influenciar/comandar/advertir as consequências da adoção de determinado comportamento, a

função prescritiva demonstra-se como a acertada, sendo, portanto, aquela destinada aos textos normativos.

Dessume-se disso, que as normas jurídicas podem ser definidas como *proposições prescritivas*, ou seja, elas possuem por objetivo transmitir determinada mensagem, no intuito de influenciar no comportamento humano, incentivando ou não a prática de certas condutas.

Importantes são as observações trazidas por Bobbio (2005, p 80) acerca da utilização dessas funções:

[...] Com a descrição queremos informar outrem; com a prescrição, modificar seu comportamento. Não significa que uma informação também não influa sobre o comportamento alheio. Quando em uma cidade estrangeira pergunto a direção de uma rua, a resposta me induz a andar em uma direção ao invés de em outra. Mas a influência da informação sobre o meu comportamento é indireta, enquanto a influência da prescrição é direta. A fim de que a informação: “Via Roma é a quarta à direita” tenha uma influência sobre o meu comportamento, deve inserir-se em um contexto mais amplo, de que faça parte a prescrição: “Devo ir à via Roma”. Toda modificação voluntária do comportamento pressupõe o momento prescritivo (BOBBIO, 2005, p 80).

Denota-se que a proposição normativa poderá até se utilizar das funções *descritiva* e *expressiva* para transmitir determinadas mensagens aos indivíduos, objetivando influenciar/causar certa mudança de comportamento nesses, entretanto, mesmo que o texto da norma seja expresso de modo diferente, utilizando-se dessas suas outras funções, o que importará será sempre a *função prescritiva* ou o *momento prescritivo* da mensagem, ou seja, o instante, a fase da comunicação normativa que tenha por objeto intervir, direta ou indiretamente, no comportamentos dos sujeitos, pois apenas essa poderá propiciar a efetiva alteração na conduta de seus destinatários. Isso se justifica em virtude da importância da *função prescritiva*, que está atrelada às características próprias das normas jurídicas enquanto regras de conduta.

A caracterização dessa função como o instrumento capaz de propiciar a mudança no comportamento humano decorre da *natureza heterônima* ou *externa* das normas jurídicas. Como já salientado, essa categoria específica de normas de conduta é elaborada a partir dos valores eleitos pelo grupo social, mediante *o consenso*, e impostas aos sujeitos posteriormente, como condição para que eles pertençam àquela comunidade.

Ademais, a *função prescritiva* em si não visa uma *ação absolutamente justa*, ou seja, ela não possui por objeto direto, imediato, realizar dado *valor* estabelecido pela sociedade, pois esse papel compete à norma. O que pretende a prescrição é impor a prática de determinado comportamento/ação para que o sujeito possa atingir certa finalidade pretendida com o seu ato e, assim, consiga realizar os seus objetivos, alcançando/realizando os valores estruturantes eleitos pelo grupo social.

Nesse sentido, registrem-se os ensinamentos de Bobbio (2005):

[...] a conseqüência ou o fim não é efeito de uma causa, no sentido naturalista, mas é uma conseqüência imputada a uma ação, considerada como meio, pelo ordenamento jurídico, ou seja, por uma norma. Aqui, a relação meio/fim não é a conversão em forma de regra de uma relação entre causa e efeito, mas de uma relação entre um fato qualificado pelo ordenamento como condição e um outro fato que o mesmo ordenamento qualifica como conseqüência. Logo, neste caso, uma vez escolhido o fim, que é livre – segundo o exemplo, dar algo a um outro – a ação que realizo para atingir o fim – segundo o exemplo, celebrar um ato público – não é a adequação a uma lei natural, mas a uma regra de conduta, isto é, a uma verdadeira prescrição, e pode-se falar propriamente de ação obrigatória (BOBBIO, 2005, p 95).

Evidencia-se, portanto, que a *função prescritiva* se demonstra como essencial na linguagem normativa, para que os indivíduos pertencentes ao grupo social realizem, ou não, certa conduta e para que consigam, assim, alcançar seus objetivos.

2.2.2.4 A relação entre a norma e a sanção

Outra característica importante das normas jurídicas, possivelmente a fundamental, consiste na atribuição de certa resposta à violação das condutas previstas pela norma, o que se denomina por *sanção*.

Acerca desse ponto, algumas digressões devem ser apresentadas.

Primeiramente, faz-se necessário entender a necessidade da sanção. Como bem demonstrado por Bobbio (2005, p 147-152), as normas estabelecem certo padrão de comportamento a ser observado pelos sujeitos e, dessa maneira, arquitetam uma *visão ideal* de como deveria ser a sociedade, embasando-se nos valores estipulados pelo grupo social, ao criar/conceber as suas regras de conduta, dentro de certo sistema normativo, que deveriam ser espontaneamente seguidas.

No entanto, as relações intersubjetivas ocorridas em sociedade são demasiadamente complexas, fato que propicia situações nas quais a realidade nem sempre corresponde/atende as previsões normativas existentes, acarretando na prática de atos que são *desconexos* das regras de condutas e dos valores estipulados. Logo, essas relações serão vistas como em *desconformidade com os parâmetros normativos estabelecidos* e, portanto, *ilícitas*, impondo-se ao grupo social a retribuição dessas condutas, em resposta à violação ocorrida, com a finalidade de retirar o incentivo à sua prática, no intuito de evitar que tais atos aconteçam reiteradamente.

Vale registrar as palavras de Bobbio (2005), ao explicar essa dinâmica:

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que *deve ser* não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a

norma foi *violada*. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de *ilícito*. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi *observada*, no segundo, que não foi *executada*. Porquanto os termos “observação” e “execução” de uma norma sejam usados indiscriminadamente para indicar o comportamento conforme à norma, o que se observa é uma proibição, o que se executa é um comando, daí dois modos diversos de violação, a *inobservância* em relação a um imperativo negativo, a *inexecução* em relação a um imperativo positivo (BOBBIO, 2005, p 152).

A resposta dada pelo grupo social, retribuindo a conduta em *desconformidade* com as disposições normativas que o regulam, denomina-se *sanção* e pode ser assim definida:

[...] A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas conseqüências danosas, é precisamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias [...] (BOBBIO, 2005, p 153).

Conforme já explicitado, inúmeros sistemas normativos regulam a vida do homem em sociedade, pautando cada uma de suas escolhas, cada momento de sua existência, demonstrando que a vivência normativa humana não se restringe, única e exclusivamente, à experiência jurídica.

A partir dessa constatação, verifica-se que nesses diversos sistemas há possibilidade que certas práticas realizadas pelo grupo social possam não se atentar às diretrizes estipuladas, o que importa no reconhecimento da necessidade de previsão da resposta àquelas violações, em quaisquer desses, fato que evidencia não ser a sanção apenas elemento próprio das normas jurídicas, mas de todos os sistemas normativos.

Desse modo, resta a seguinte indagação a ser respondida: *o que diferencia a sanção jurídica das demais?*

Para se entender a resposta a este questionamento, dois critérios se demonstram relevantes, a saber, a análise acerca do *âmbito de aplicação* da sanção e a noção de *organização/institucionalização* dessa.

Assim como as regras de conduta podem ter origem interna ou externa, conforme demonstra Bobbio (2005, p 154-162), a resposta à violação dos comportamentos por elas regulados também seguirá essa orientação. Assim, as *sanções internas* serão definidas, portanto, como aquelas observáveis e que geram seus efeitos apenas no *âmbito interno* dos sujeitos, causando-lhes espécie de *sofrimento interno*, em razão do descumprimento de certa regra de conduta atinente apenas ao amago do sujeito – tenha ela natureza moral, ética ou outra qualquer. Note-se que, nesses casos, a *eficácia* da sanção estará atrelada à percepção do infrator

de como o ato por ele praticado é reprovável e, logo, passível de punição, assim como da *intensidade* do sofrimento sentido por aquele agente. A *sanção externa*, por sua vez, caracteriza-se por ser a resposta dada à violação de certa regra de conduta social, imposta *externamente* àquele que não observa a norma estipulada, seja pelo próprio grupo ao qual ele pertença, seja por terceiro estranho ao sujeito – o julgador, o legislador ou outra autoridade qualquer – em caráter de *exclusividade*. Nesses casos, a *eficácia* da sanção estará atrelada a efetividade da reprimenda atribuída à ação ocorrida e a certeza da resposta externa dada à violação praticada.

Importante salientar que, neste cenário e imbuído do sentimento de reprovação ao ato praticado, objetivando evitar que este possa novamente acontecer, o grupo social poderá retribuir a violação acontecida com *excessivo rigor*, até mesmo inobservando os *valores* estruturantes/fundantes estabelecidos em sociedade, o que acarretará na *desproporcionalidade* entre o ilícito ocorrido e a resposta dada.

Desse modo, para se manter o equilíbrio entre o ato ilícito e sua resposta, demonstra-se necessário introduzir a noção de *organização* e/ou *institucionalização* da sanção. Estes termos devem ser compreendidos como a regulamentação, conjuntamente com as condutas sociais, da maneira e da intensidade da resposta que será dada à violação ocorrida, garantindo-se a *proporcionalidade*, assim como a *racionalidade* entre o ilícito praticado e a sua reprovação pelo grupo social, o que propiciará maior eficácia à sanção, conforme demonstram, e também complementam esse entendimento, os ensinamentos de Bobbio (2005):

Não há dúvida de que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior eficácia das normas relativas. Quando se fala em sanção institucionalizada, entende-se estas três coisas, ainda que elas nem sempre se encontrem simultaneamente: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; 2) é estabelecida, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; 3) são estabelecidas pessoas encarregadas de efetuar a execução. Como se vê, trata-se de limitações que tendem a disciplinar o fenômeno da sanção espontânea e imediata de grupo. Com a primeira limitação, se assegura a certeza da resposta, com a segunda, a proporcionalidade, com a terceira, a imparcialidade. Todas as três limitações, juntas, têm como fim comum aumentar a eficácia das regras institucionais e, conseqüentemente, da instituição em seu conjunto. Atendo-nos a estes critérios, poderemos dizer que o caráter das normas jurídicas está no fato de serem normas, em confronto com as normas morais e sociais, com *eficácia reforçada*. Tanto é verdade, que as normas consideradas jurídicas por excelência são as estatais, que se distinguem de todas as outras normas reguladores da nossa vida porque têm o máximo de eficácia (sic) (BOBBIO, 2005, p 161).

Logo, percebe-se que a diferença entre a sanção jurídica e os demais tipos de sanções existentes reside nos seus elementos estruturantes, ou seja, o *caráter externo* e a *institucionalização/organização* da resposta à violação, pois são eles que garantirão, sob o aspecto formal, a efetividade e a proporcionalidade da sanção ao ato ilícito praticado.

Ressalte-se que a *juridicidade* conferida às regras de conduta não se encontra na atribuição da resposta à violação *externa e organizada* aos casos de descumprimento, pois o fim último das normas não consiste em se impor mediante a sanção, mas sim em viabilizar a estruturação jurídica dos objetivos dos sujeitos em sociedade, como já explicitado.

Nessa ótica, deve-se lembrar que o *caráter jurídico* das normas decorre da verificação se elas pertencem, ou não, ao *sistema normativo jurídico*, como já visto. Corroboram com esse entendimento as palavras de Bobbio (2005):

[...] quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas, singulares, mais ao *ordenamento normativo tomado no seu conjunto*, razão pela qual, dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que o seja a maior parte. Quando eu me coloco frente a uma norma singular e me pergunto se é ou não uma norma jurídica, o critério da juridicidade não é certamente a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou a *validade*, no sentido já declarado de referibilidade da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia, e já vimos que uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz (BOBBIO, 2005, p 167).

Dessume-se, portanto, que a *sanção externa e organizada* pode ser vista como elemento de suma importância para o *sistema normativo jurídico*, estando entre as principais características que definem as normas jurídicas, mas não pode ser considerada como o único traço diferenciador, exclusivo e definitivo, pois existem vários outros que, conjuntamente, tornam essas regras de condutas, pertencentes ao sistema normativo jurídico, peculiares.

Ainda no que se refere à sanção, importante observar que no sistema normativo, conforme demonstram Bobbio (2005, p 170-173), nem todas as regras de conduta terão, atreladas a si, a previsão direta de resposta ao seu descumprimento, pois existem aquelas que possuem por objeto regular o funcionamento do próprio sistema. Essas regras apresentam *diretrizes técnicas*, tais como prazos, condições, termos – de início e de fim – dentre outros elementos técnicos essenciais para o sistema e não visam, ao menos em princípio, alterar/influenciar o comportamento dos sujeitos em sociedade.

Essa constatação poderia levar à conclusão de que nem todas as regras de condutas pertencentes ao sistema jurídico serão dotadas de sanção, o que revela certo conflito, pois essa se apresenta como a principal característica das normas jurídicas, como já visto. No entanto, tal assertiva se demonstra errônea, pois desconsidera a existência de duas modalidades diversas de resposta à violação, a saber, a sanção *direta/explicita* e a *indireta/implícita*.

No que concerne à *sanção direta/explicita*, esta pode ser entendida como a atribuição diretamente de determinada consequência negativa, em virtude da conduta humana que descumpe frontalmente certa norma jurídica. As normas que estabelecem as condutas

penalmente relevantes – os denominados tipos penais – e as respectivas penas, podem ser consideradas como exemplo dessa modalidade de sanção, pois há *expressa conexão* entre o ilícito praticado e a resposta cabível à violação ocorrida,⁷ assim como aquelas que demonstram a possibilidade de nulidade do ato, se não observado determinado requisito.⁸

Noutro vértice, a *sanção indireta/implícita* encontra-se atrelada à visão precípua do sistema normativo jurídico, evidenciada inicialmente neste estudo. A partir do momento que se compreende o Direito como um rol de opções para se alcançar/estruturar determinado objetivo dos sujeitos em sociedade, a pior consequência possível que poderá ocorrer para esses será não se conseguir atingir o fim pretendido, quando escolhido erroneamente o caminho a ser adotado. Logo, pensar o Direito como o sistema que possibilita a elaboração de estratégias/opções lícitas para se alcançar certa finalidade, implica a inviabilidade de se restringir a percepção da sanção apenas como *penalidade direta*, imposta pelo descumprimento da norma, pois, em verdade, deve-se compreender a sanção também como não atribuição dos efeitos jurídicos esperados ao ato praticado, em caso de inobservância da prescrição legal.

Desse modo, não se faz necessária a previsão *direita/explicita* de sanção para toda norma jurídica, mas basta que haja a segunda modalidade, ou seja, a sanção *indireta/implícita*, que acarretará na não consecução dos objetivos almejados, impedindo que se consiga gerar os efeitos esperados, em decorrência da violação/inobservância das normas jurídicas atinentes ao caso e frustrando a estratégia jurídica traçada.

Verifica-se, portanto, que mesmo não existindo previsão legal expressa da sanção aplicável àquele ato praticado, que não está em conformidade com o sistema normativo, haverá sempre resposta certa à violação ocorrida, seja *direta*, como consequência negativa, ou *indiretamente*, como impossibilidade de se atingir os efeitos esperados.

Neste sentido são as palavras de Bobbio (2005):

[...] Se nós definirmos a sanção como uma consequência desagradável imputada pelo legislado a todo aquele que transgredir a norma primária, o objetivo de atribuir uma consequência desagradável ao transgressor pode ser atingido de dois modos: 1) fazendo de modo que violando a norma não se alcance o fim que se propunha; 2) fazendo de modo que violando a norma se alcance um fim oposto àquele que se propunha. Exemplos do primeiro modo são as normas mais propriamente chamadas de técnicas, isto é, aqueles que estabelecem a modalidade para o cumprimento e um ato juridicamente válido (como grande parte das normas sobre contratos e testamento); em todos esses casos se não sigo a modalidade prescrita, não atinjo o fim

⁷ A título de exemplo de sanção direta/explicita, cita-se o artigo 121 do Código Penal brasileiro, que dispõe: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940). Note-se que neste caso, está previsto diretamente qual a sanção aplicável à violação da regra, atribuindo aos sujeitos que retirarem a vida de outro membro do grupo social a privação de sua liberdade, pelo período especificado na norma.

⁸ A disposição contida no artigo 54 do Código Civil brasileiro demonstra essa situação: “Art. 54. *Sob pena de nulidade*, o estatuto das associações conterà:” (BRASIL, 2002) (**grifa-se**). Note-se que, neste caso, a sanção direta correspondente à inobservância dos ditames legais será a nulidade absoluta do ato praticado.

de realizar um ato juridicamente válido, e a sanção consiste precisamente no desaparecimento do fim. Exemplo do segundo modo são as normas cuja transgressão implica a atribuição de uma pena ao transgressor: neste caso a transgressão (por exemplo, a prática de um delito, como o furto) me leva a atingir um objetivo diverso daquele que me propunha (ao invés de um grande lucro, a reclusão). Em ambos os casos o destinatário da norma é posto diante de uma alternativa. No primeiro caso: “Ou você faz X, ou não obterá Y”, onde Y é o fim desejado. Enquanto redutíveis a proposições alternativas, ambos os tipos de normas são redutíveis a proposições hipotéticas com estas duas diversas formulações: “Se você não fizer X, não obterá Y”, “Se você não fizer X, obterá Y”. Estas proposições hipotéticas são redutíveis por sua vez a normas técnicas, cuja formulação é, para o primeiro tipo: “Se você quer Y, deve X”, para o segundo modo: “Se você não quer Y, deve X” (sic) (BOBBIO, 2005, p 118-119).

Denota-se disso que se o preceito normativo – as regras e os princípios jurídicos – não possui a respectiva previsão da resposta que será dada no caso de sua inobservância, a sanção *indireta/implícita* se demonstrará cabível, não atribuindo aos atos ilícitos praticados os efeitos jurídicos esperados, impedido que o sujeito consiga alcançar o fim almejado, o que poderá ocorrer principalmente nas hipóteses de descumprimento da norma originada a partir dos princípios jurídicos, que não possuem comumente a estrutura formal semelhantes às regras jurídicas, que anteveem diretamente a sua sanção.

Em síntese, sob o aspecto formal, pode-se afirmar que as normas jurídicas são aquelas regras de conduta de determinado grupo social, embasadas nos *valores* desse, *organizadas e pertencentes* aos sistema normativo jurídico, de *caráter externo* aos sujeitos daquela comunidade; que possam ser consideradas *justas* – que possuam por objetivo realizar *os valores* do grupo, *válidas* – emanadas pela autoridade competente e hábeis para realização dos fundamentos do grupo social – e *eficazes* – que evidenciam a necessidade se serem observadas; definidas linguisticamente como *proposições prescritivas*, ou seja, um conjunto de palavras que expressam certa *mensagem*, com significado próprio e que visam *influenciar* o comportamento dos homens em sociedade; sendo observáveis *livremente* ou mediante *sanção* – resposta *externa e institucionalizada/organizada* aos comportamentos em desconformidade com o parâmetros normativos estabelecidos, tanto *direta/explicitamente* – consequência negativa determinada, em virtude do descumprimento da norma – quanto *indireta/implicitamente* – não se realizam/alcançam os efeitos pretendidos com o ato praticado.

2.2.3 O ordenamento jurídico

No entanto, como evidenciado anteriormente, a análise formal apenas da norma jurídica, por si só, não se demonstra suficiente para a compreensão da força normativa das *espécies*

jurídicas – regras e princípios –, pois as regras de condutas não podem ser vistas isoladamente. Impõe-se, também, a análise do sistema normativo como um todo ordenado e coordenado, como já dito.

Necessário, portanto, apresentar algumas considerações, ainda que breves, sobre as particularidades do ordenamento jurídico, pois são eles que conferem a juridicidade e importância à essa categoria de normas, que regulam a vida do homem em sociedade, conforme demonstram as palavras de Bobbio (2014):

Concluindo, essa posição predominante que se dá ao ordenamento jurídico conduz a uma inversão da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do direito. Essa inversão pode ser sinteticamente assim expressa: enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos. O termo “direito”, na mais comum acepção de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma (BOBBIO, 2014, p 44).

A partir da constatação da importância do ordenamento jurídico para o estudo formal das normas, dentre os vários pontos abarcados pelo tema, dois aspectos em particular se demonstram relevantes para a compreensão da força normativa das espécies jurídicas, a saber, a releitura acerca das fontes do Direito e a ideia da completude do ordenamento jurídico.

2.2.3.1 A multiplicidade das fontes do ordenamento jurídico

Primeiramente, consoante as lições de Bobbio (2014, p 49-52), o ordenamento jurídico caracteriza-se por ser um sistema normativo *complexo e histórico*, ou seja, ele é composto por inúmeras e incontáveis normas, além de ter sua formação consolidada ao longo do tempo, incorporando os ordenamentos jurídicos e os valores pertencentes às sociedades que precederam a atual, enriquecendo-se com as experiências históricas e jurídicas já vivenciadas.

Percebe-se, neste contexto, que a imensa vivência histórica-normativa humana impossibilita que todas as normas jurídicas fossem originadas de um único fato, de certo acontecimento ou de apenas determinada autoridade, em razão da diversidade de experiências que poderiam embasar a criação dessas. Logo, considerar o ordenamento jurídico como um sistema normativo *complexo e histórico* implica, necessariamente, em reconhecer a existência da multiplicidade de situações capazes de gerar normas jurídicas. A estas, dá-se o nome de fontes do Direito, assim definidas por Bobbio (2014):

[...] Podemos aqui aceitar uma definição tornada comum: “fontes do direito” são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção

de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e mesmo de setor particular desse ordenamento) começa sempre da enumeração das suas fontes [...] (BOBBIO, 2014, p 55).

Como já salientado anteriormente, o sistema normativo jurídico tem a sua origem nas relações intersubjetivas ocorridas em sociedade, pois são essas que definem quais os valores serão considerados fundamentais para a criação das regras de conduta, que regulamentarão a vida de certo grupo social. Importante frisar que aquelas relações não são *estáticas* e *atemporais*, ou seja, elas possuem uma dinâmica que ocasiona a alteração constante dos *atos* considerados relevantes e, portanto, passíveis de regulação.

Neste cenário, observa-se que há uma constante necessidade de revisitar/rever os valores e, logo, as regras que delimitam a vida daquele grupo. O Direito, como já dito, é vivenciado e, portanto, essa constante dinâmica das relações sociais faz com que novos direitos/deveres sejam criados a todo momento, nas mais diversas instâncias sociais.

Dessa maneira, não se pode compreender de modo limitado os fatos e os atos capazes de criar normas jurídicas, mas deve-se, em verdade, reconhecer que essas podem surgir de inúmeras maneiras e, por decorrência, haverá inúmeras fontes do Direito

Note-se que o reconhecimento da existência da multiplicidade das fontes do jurídicas se demonstra de suma importância para correspondência do sistema normativo aos seus *valores fundantes*, pois permite que várias situações relevantes, ocorridas em sociedade, possam ser capazes de originar/criar nova normas jurídicas – tais como novos princípios e regras estabelecidas no direito positivo por meio de leis, jurisprudência, atos administrativos, contratos –, desde que obedecidos os parâmetros técnicos e estruturais necessários, o que aumentará a possibilidade de adequação dessas às reais demandas do grupo social por elas regulado e concederá ao ordenamento jurídico o seu caráter complexo, conforme evidencia Bobbio (2014):

[...] A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de essas regras serem de variada proveniência, e de atingirem a existência (isto é, adquirirem validade) a partir de pontos mais distantes (BOBBIO, 2014, p 50).

Bobbio (2014, p 53-54) explica as razões que justificam a existência dessa multiplicidade de fontes:

[...] A complexidade do ordenamento, isto é, o fato de em um ordenamento real as normas afluírem por meios de diversos canais, depende historicamente de duas razões fundamentais:

nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas a parte, a sociedade civil na qual se vem formando um ordenamento jurídico, como é, por exemplo, o do Estado, não é uma sociedade natural, destituída por completo de leis, senão uma sociedade na qual vigem normas de variados gêneros, morais, sociais, religiosas, costumeiras, consuetudinárias, convencionais e outras mais. O novo ordenamento que surge não

elimina jamais por completo as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras vem fazer parte, por meio de uma recepção expressa ou tácita, do novo ordenamento, o qual, deste modo, surge limitado pelos ordenamentos precedentes. Quando falamos de poder originário, queremos dizer originário no sentido jurídico, e não historicamente. Podemos falar, neste caso, de um *limite externo* ao poder soberano.

o poder originário, uma vez constituído, cria ele mesmo novas centrais de produção jurídica, a fim de satisfazer a necessidade de uma normatização sempre atualizada, atribuindo a órgãos executivos o poder de editar normas integradoras subordinadas àquela legislativas (os regulamentos), a entes autônomos territoriais o poder de editar normas adaptadas às necessidades locais (o poder normativo das regiões, províncias, das comunas), a cidadãos privados o poder de regular os próprios interesses por meio de negócios jurídicos (o poder negocial). A multiplicação das fontes não decorre aqui, como nos casos considerados no item 1, de uma limitação proveniente do exterior, isto é, da confrontação com uma realidade normativa pré-constituída, à qual o poder soberano deve igualmente prestar contas, senão de uma *autolimitação do poder soberano*, o qual subtrai a si mesmo do poder normativo para conferi-lo a outros órgãos e entes, de alguma forma dele dependentes. Pode-se falar, neste caso, de limite interno do poder normativo originário (BOBBIO, 2014, p 53-54).

Constata-se, portanto, que compreender o ordenamento jurídico em toda sua complexidade, implica acatar-se a existência de inúmeras fontes do Direito, assim como compreender que elas são limites – tanto externo quanto internos – ao poder do próprio sistema normativo jurídico, e por decorrência do grupo social que o criou, de elaborar/editar suas normas.

Importante salientar, por fim, que, não obstante possam haver inúmeras fontes capazes de criar o Direito, isso não significa que quaisquer normas criadas por essas fontes serão dotadas de *juridicidade*, pois apenas aquelas que venham a pertencer ao *sistema normativo jurídico* podem ser consideradas como jurídicas, como já explicitado algumas vezes.

2.2.3.2 A completude do ordenamento jurídico

No que tange à completude do ordenamento jurídico, ela pode ser assim definida, segundo as palavras de Bobbio (2014):

[...] Por “completude” se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de “lacuna” (em um dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “ausência de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há casos que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema (2014, p 112).

A ideia de completude do ordenamento jurídico implica o reconhecimento que ele deve ser visto como um sistema fechado, hermético, possível de regular, por completo, todas as relações ocorridas em sociedade. No entanto, como já se salientando anteriormente, as relações

intersubjetivas possuem elevada *dinamicidade*, em contraste com o sistema normativo jurídico, pensado para dar estabilidade ao grupo social por ele regulado, pois deverá perdurar ao longo do tempo.

Desse modo, percebe-se que o ordenamento jurídico, com o passar do tempo, não se demonstrará mais adequado àquela realidade social, impondo-se a necessidade de substituição/adequação de suas previsões, para que se mantenha atual e em conexão com os *valores estruturantes* que o criaram, sob pena de seus preceitos não mais conseguirem regular os fatos sociais.

Importante notar-se que esse será um processo contínuo e perpétuo, fazendo com que sempre o ordenamento jurídico não se demonstre suficiente para solucionar/regular os casos surgidos, o que ofende a sua ideia de completude.

As palavras de BOBBIO (2014) corroboram com este entendimento:

[...] paralelamente ao processo natural de envelhecimento de um código, é preciso considerar que na segunda metade do século passado ocorreu, por obra da chamada Revolução Industrial, uma profunda e rápida transformação da sociedade, que fez com que as primeiras codificações – que refletiam uma sociedade ainda principalmente agrícola e pouco industrializada – parecessem ultrapassadas, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou seu processo natural de envelhecimento. Basta pensar que ainda no Código Civil italiano de 1865, que derivava do francês, todos os problemas relativos ao trabalho, a que posteriormente foi dedicado um livro inteiro, eram resumidos em um artigo. Falar da completude de um direito que ignorava o surgimento da grande indústria e de todos os problemas da organização do trabalho a ela relacionados significava fechar os olhos diante da realidade por amor a uma fórmula, deixar-se iludir pela inércia mental e pelo preconceito (2014, p 120).

Neste cenário, verifica-se que atribuir a completude ao ordenamento jurídico se apresenta como tarefa praticamente impossível, pois isso implicaria a imposição de realização de constante e infundável processo de reformulação desse, o que demandaria excessivo tempo, além de não se mostrar como medida eficiente para regular a vida em sociedade.

Em razão disso, constata-se que o ordenamento jurídico deve ser visto como um *sistema normativo incompleto, aberto*, ou seja, ao invés de tentar se impor a completude desse, faz-se necessário reconhecer que ele possui *lacunas*, o que significa que não existe, de modo exaustivo, regras de conduta capazes de regular todas e quaisquer relações intersubjetivas ocorridas, mas sim que pode ocorrer que certas situações não tenham regulação própria.

Neste cenário, denota-se a grande importância que deve ser atribuída aos princípios jurídicos, pois assim como o processo interpretativo – *a hermenêutica* – se apresenta essencial para elaboração das normas jurídicas, em virtude de permitir a análise da complexidade dos fatos à luz dos preceitos normativos, possibilitando a definição/construção da norma aplicável

ao caso; são através dos princípios que a alteração dos valores sociais, oriunda da *dinamicidade* da relações sociais, poderão adentrar ao sistema normativo.

Sob o aspecto formal, os princípios jurídicos devem ser compreendidos como *pontos de entradas/acesso* dos valores definidos pelo grupo social no sistema normativo, permitindo que esses possam pautar/influenciar a aplicação das regras existentes. Eles devem ser vistos, utilizando-se de certa alegoria de fácil compreensão, como *tubos respiradores*, que permitem o *arejamento* do sistema normativo, viabilizando que *novos ares* possam adentrar e espalharem-se no ordenamento jurídico, dando-lhe sempre um novo *frescor* social.

Desse modo, vislumbra-se que os princípios jurídicos possibilitam que a alteração dos *valores estruturantes* da sociedade, que ocorrem com elevada frequência, possa ser reinserida no ordenamento jurídico, viabilizando a adequação das previsões já existentes à dinamicidade das relações intersubjetivas ocorridas. Mas para que isso ocorra, faz-se necessário reconhecer a multiplicidades de fontes do Direito, pois elas permitirão que esses *valores* possam gerar novos princípios jurídicos, ou mesmo compor a estrutura de princípios já existentes, garantido assim o arejamento/rejuvenescimento do ordenamento jurídico. Aceitar, portanto, que o ordenamento jurídico possui lacunas, demonstra-se essencial para possibilitar que a múltiplas fontes do Direito possam atuar, pois caso exista uma situação, um fato não tratado pelas previsões do ordenamento jurídico, dado princípio oriundo de uma fonte secundária – que não seja a lei – poderá prever algo que solucione/regule o caso concreto.

Ademais, considerar que os princípios também são meios hábeis de regular certa estruturação jurídica de objetivos, implica a percepção que esses serão dotados de *sanção*, não aquela *direta/explicita* como outras regras jurídicas, mas sim aquela *indireta/implícita*, conforme já explicado, ocasionando a não consecução dos efeitos almejados, no caso de sua inobservância.

Dessume-se, portanto, que a força normativa dos princípios reside na abertura que esses propiciam ao sistema normativo jurídico, permitindo que a mudança dos valores sociais, oriundos da dinamicidade relações intersubjetivas em sociedade, possam ser incorporados ao sistema e, assim o fazendo, alterar a compreensão/interpretação das disposições normativas, adequando-as às mutáveis necessidades do grupo social.

Nesse passo, compreendida a força normativa dos princípios jurídicos, necessária se faz agora entender como são definidos os seus conteúdos. É o que se passa a fazer, a seguir.

2.3 Uma questão de densificação

Compreender o processo de determinação de conteúdo dos princípios jurídicos não se demonstra tarefa de fácil realização, pois inúmeras são as teorias e/ou visões utilizadas, ao longo dos vários anos de experiência/vivência jurídica, que tentaram definir/delimitar como essa empreitada deveria ser empreendida.

Não obstante ao grande número de pensadores do conhecimento jurídico que se dedicaram a enfrentar esse desafio, deve-se registrar a importância das lições trazidas por Ronald Dworkin para o estudo desse tema.⁹ Em verdade, a visão dworkiana se apresenta como central para compreensão acerca da função exercida pelos princípios jurídicos, sob a ótica da moderna teoria interpretativa/argumentativa do Direito,¹⁰ crítica à visão do Positivismo Jurídico, pois coube a esse pensador desenvolver a distinção entre as *espécies normativas jurídicas* – regras e princípios –, sendo essa uma das principais contribuições do seu trabalho para o estudo do Direito.¹¹

Em suma, refletir sobre os princípios jurídicos implica, necessariamente, a análise do pensamento dworkiano.

Importante registra que o trabalho daquele professor estadunidense (DWORKIN, 2010, p VII-XXI) se baseia principalmente na desconstrução crítica do pensamento positivista encabeçado por H. L. A. Hart, em seu livro *O conceito de Direito*. O referido trabalho foi elaborado no intuito de constituir alternativa democrática, sob o viés liberal, à teoria vista por Dworkin como dominante, o Positivismo Jurídico, objetivando contribuir para a mudança do

⁹ Poderá parecer contraditório inserir neste trabalho a teoria de Dworkin, uma vez que se pretende utilizar como marco teórico a Análise Econômica do Direito – AED, pois sabe-se que o mencionado autor foi grande opositor a essa teoria, como se pode inferir do texto estudado (DWORKIN, 2010, p XI-XIV e 151-158). Vale ressaltar, entretanto, que a visão dworkiana se demonstra essencial para compreensão do papel e da força normativa dos princípios jurídicos e, apesar de serem contrastantes essas duas visões sobre o papel do Direito, há compatibilidade a partir do momento que se consegue compreender que a AED é uma visão acessória, secundária, como salientado por Cseres (2005, p 14) e necessita de definição das premissas/bases sociais, para realizar a utilização as ferramentas econômicas.

¹⁰ Apenas para esclarecimento, salienta-se que a visão de *moderna teoria interpretativa/argumentativa do Direito*, neste trabalho, será empregada para tratar das teorias sobre o pensamento jurídico posteriores à concepção trazida pelo Positivismo Jurídico, que com esse contrastam. Nessa ótica, a teoria de Ronald Dworkin, Robert Alexy, dentre várias outras, serão consideradas modernas, por se contraporem à visão positivista do Direito.

¹¹ Importante salientar que o próprio Dworkin já abandonou essa distinção das espécies normativas, após inúmeras críticas e apontamentos de inconsistências em sua teoria, pois a existência de regras e princípios jurídicos, conforme a visão dworkiana, acarretaria na conjugação de duas concepção hermenêuticas diversas e incompatíveis entre si, a saber, o ponto de vista Positivista acerca da regras, que se utilizariam do processo da subsunção do fato à norma, que seria perfeita, completa e acabada; e a noção do Direito enquanto linguagem, dando-lhe sentido aberto para construção de seu conteúdo, no caso de aplicação dos princípios jurídicos. Sobre essa questão, vide FREITAS, 2013, p 164-169.

modelo mental e o aprimoramento das teorias sobre a construção da decisão judicial, vigentes no sistema jurídico da *Common Law*.¹²

A divergência desenvolvida por aquele autor, consoante Freitas (2013, p 140-144) abarca dois eixos argumentativos principais, que confrontam as bases do pensamento do Positivismo Jurídico, em síntese, nos seguintes aspectos: *a)* a análise dworkiana opõe-se, primeiramente, ao modo de estruturação do ordenamento jurídico proposto por aquela vertente teórica, contrapondo a concepção do autor à relação existente entre Direito e Moral para os juspositivistas; bem como questiona a utilização de procedimento de verificação, os denominados “*testes de pedigree*”, com o objetivo de atestar que a formulação das normas observaram aos parâmetros estabelecidos por aquela corrente, independentemente de seu conteúdo; além de não reconhecerem, aqueles que seguem a linha de pensamento combatida, a existência de diferentes espécies normativas, denominadas como as regras e os princípios jurídicos, que possuiriam, na visão dworkiana, funções distintas dentro do sistema normativo e da argumentação jurídica; *b)* a análise de Dworkin, no segundo momento, se volta para a releitura da importância e da estruturação do processo interpretativo do Direito, quando de sua aplicação, introduzindo a metáfora do *Direito como um romance em cadeia*, que implica a necessidade de compreensão histórica, evolutiva e sistemática do Direito, vislumbrando-o como um livro, atentando o interprete para os capítulos já escritos quando chamado a *contribuir com o romance*, proferindo uma decisão judicial, e deixando o devido espaço para os que ainda serão produzidos; e a metáfora do *Juiz Hércules*, relacionada à estipulação do modelo de atuação judicial, pautada na ideia do *romance em cadeia*, trançando o comportamento do magistrado/julgador/operador do Direito, que deverá ser capaz de compreender não apenas o determinado pela norma, mas também as inúmeras nuances envolvidas nos casos práticos, na construção da decisão adequada a cada problema que lhe for apresentado.

Para a melhor compreensão da teoria dworkiana acerca da determinação do conteúdo dos princípios jurídicos, assim como a compreensão do pensamento por ele apresentado, demonstra-se imprescindível o entendimento, ainda que superficial, da visão crítica de Dworkin sobre a teoria do Direito, o que se passará a realizar a seguir.

¹² Vista como Direito consuetudinário e em contraposição ao *Civil Law* – organização jurídica na qual há grande importância às codificações do Direito, a *Common Law* pode ser entendida como tipo de estruturação jurídica diversa daquela praticada pelos países continentais europeus, adotada por países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Israel, Austrália e outros. Neste modelo, o precedente judicial possui grande relevância na criação/interpretação do Direito, sendo caracterizada, portanto, por ser um sistema que adota o costume, sedimentando pelos juízes em suas sentenças, como a principal fonte do Direito. O estudo dos precedentes, de como foram construídos, das particularidades de cada caso e dos princípios que eles representam são de suma importância para os juristas desse sistema, ante o papel praticamente secundário dado às leis. Sobre o tema, vide TRAVESSONI, 2011, p 57-64.

Na percepção desse autor (DWORKIN, 2010, 1-22), existem inúmeras oportunidades em que o pensamento jurídico dominante – embasado no Positivismo Jurídico – não consegue entrar em concordância acerca de conceitos/padrões centrais para se entender a dimensão das normas jurídicas. Na visão dworkiana, há pontos *nebulosos* e basilares em toda a Teoria do Direito – conceitos como “*obrigação*”, “*deveres*”, dentre inúmeros outros – que não são objeto da devida análise pelos juristas. Em decorrência disso, a visão jurídica acerca de tais conceitos poderá se diferenciar da percepção social, comumente aceita, sobre o seu significado, criando, desse modo, um descompasso entre a técnica jurídica, que seguiu a orientação juspositivista, e a vontade do grupo social regulado por aquela norma, o que acarretaria em questionamentos acerca da *legitimidade* das decisões judiciais proferidas, ou seja, se estas seriam embasadas em Direito pré-existente ou se, em verdade, seriam novas regras de condutas, criadas a partir da concepção privada dos magistrados, no exercício de sua discricionariedade, aplicando o que eles entendem por ser *em conformidade* com o Direito vigente.

Nota-se, portanto, que o distanciamento existente entre a teoria do direito e o querer social, segundo a teoria dworkiana, perpassa pela compreensão dos juristas sobre a relação entre os sistemas que regulam a vida em sociedade, em particular a Moral – que estabelece as regras de conduta, que pautam as ações dos homens pertencentes a dado grupo – e o Direito – que tem por objeto regular os efeitos/consequências dessas ações.

Ocorre que essa separação acaba por prejudicar a força e a legitimidade do Direito, como já salientado. No intuito de superar essa dificuldade, faz-se necessária a percepção de que os fundamentos daqueles conceitos basilares se encontram presentes no sistema Moral, como bem evidencia Dworkin (2010), ao afirmar:

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrenta-los com problemas de teoria moral (DWORKIN, 2010, p 12).

Verifica-se, desse modo, que a proximidade e a relação entre os sistemas da Moral – compreendido esse termo como o âmbito das relações humanas, determinado pelo grupo social, no qual são escolhidos pela sociedade os valores que fundamentam/regulam a sua convivência – e o Direito se demonstra essencial para que as decisões judiciais, assim como também as normas jurídicas, obtenham legitimidade, pois assim se permitirá que a aplicação dessas esteja em conformidade com os objetivos sociais que orientaram a criação do sistema.

No intuito de melhor compreender a visão dworkiana sobre a relação entre Direito e Moral, esclarecedoras se demonstram as lições de Freitas (2013):

A relação intrínseca entre Direito e Moral vai além daquela reaproximação já iniciada com a tese do positivismo inclusivo, em que a Moral poderia ser incorporada ao Direito, desde que tal expediente, não necessário, fosse autorizado e previsto no próprio ordenamento jurídico. Essa noção ainda se vê presa a uma crença na existência de uma ordem moral objetiva e, também, vincula-se aos pressupostos de uma leitura científica objetiva e neutra do Direito, por meio de processos empíricos e descritivos, abonando-se a posição externa ancorada na separação entre sujeito e objeto lastreada na filosofia da consciência. Ao contrário, Dworkin demonstra já estar inserido em um nível mais sofisticado, uma vez que teve contato com o giro hermenêutico (Heidegger e Gadamer) e com o giro linguístico-pragmático (do segundo Wittgenstein). Assim, ao reconhecer que a posição interna é inevitável e que qualquer processo hermenêutico integra e perpassa pela subjetividade do intérprete e, mais, que o intérprete é um sujeito histórico, inserido em um contexto cultural e intersubjetivamente compartilhado, a relação interpenetrante entre Direito e Moral salta aos olhos como uma relação necessária e inevitável. Dworkin, certamente, não confunde *legalidade* com *legitimidade* (FREITAS, 2013, p 137).

Percebe-se, portanto, que há uma relação necessária de proximidade e de interdependência entre esses sistemas, viabilizando a constante comunicação entre ambos, muito embora estejam eles atrelados a aspectos diversos da vida em sociedade, o que possibilita a contribuição mútua entre eles, para a estruturação/criação/interpretação um do outro, ou seja, a visão dworkiana acarreta na percepção que “Direito e Moral sejam sistemas sociais autônomos, mas que se retroalimentam e se interpenetram permanentemente” (FREITAS, 2013, p 137), permitindo que a constante e dinâmica alteração dos valores sociais, possa reverberar na aplicação das normas presentes no sistema jurídico.

Importante lembrar que a moral, nesta visão, surge das práticas sociais e das relações intersubjetivas e, logo, é a vivência em sociedade que possibilitará a construção do substrato valorativo, axiológico sobre o qual se apoiam tanto o sistema do Direito, quanto o da Moral.

Ainda no que concerne à crítica acerca da visão do Positivismo Jurídico sobre a estruturação do sistema normativo, interessantes reflexões podem ser abstraídas das observações dworkianas aos denominados “*testes de pedigree*”, que possuem por objeto distinguir e determinar a validade das regras jurídicas.

Conforme demonstrado pelo autor em estudo (DWORKIN, 2010, p 28), a finalidade desses testes reside na identificação de regras jurídicas válidas, diferenciando-as daquelas inválidas e/ou utilizadas erroneamente por outros juristas, assim como daquelas outras seguidas pelo grupo social cujo cumprimento não se impõe pela força, concedida ao Estado. A razão de ser dessa diferenciação reside na delimitação das regras aplicáveis a cada caso concreto, pois se dado caso não puder ser resolvido por regras jurídicas válidas, caberá ao julgado ou à

autoridade competente para analisá-lo, utilizar-se de sua capacidade de discernimento, criando as regras de direito necessárias para resolução da questão que lhe for apresentada.

Ressalte-se que a formulação desses “*testes de pedigree*” poderá variar conforme o posicionamento e a compreensão dos diversos autores alinhados com o pensamento do Positivismo Jurídico, mas não se diferem quanto à sua utilidade e a sua finalidade.

No que concerne especificamente a teoria de Hart, objeto da crítica dworkiana (2010, p 31-35), esses testes servem para delimitar/diferenciar dois tipos diversos de regras jurídicas: **a)** as denominadas regras primárias, aquelas que são *aceitas* como válidas e incorporadas nas práticas sociais, sendo sua observância decorrente de sua incorporação à essas práticas, vista como obrigatória e, portanto, fundamento para a censura dos comportamentos desconformes – *teste de aceitação*; **b)** e regras secundárias cuja observância se dá em razão do *reconhecimento* da regra como válida, em virtude de sua edição pela autoridade competente e por outra regra que lhe determina a validade – *teste de reconhecimento*.

Para Dworkin (2010, p 37), a grande crítica a tais argumentos reside na falta de delimitação precisa daquelas regras, que não estabelecem, de modo claro, os limites para o exercício da discricionariedade pelo julgador, concedendo-lhe excessivo e extenso campo para criar regras, além da completa falta de preocupação desses “*testes de pedigree*” com o conteúdo das normas elaboradas/existentes.

Ademais, conjugando-se a visão desse autor com os planos normativos apresentados por Bobbio, expostos inicialmente, verifica-se que os testes propostos por Hart situam as regras jurídicas apenas como pertencentes ao sistema normativo do Direito e/ou se sejam essas seguidas pelos sujeitos cuja vida regulam, mas não evidenciam a capacidade dessas de alcançar todos os âmbitos normativos já apresentados – da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* – e, portanto, se poderiam elas gerar plenamente os seus efeitos.

Em verdade, os testes de *aceitação* e de *reconhecimento* de Hart situam as regras apenas como *eficazes* – seguidas voluntariamente, ou não, pelos membros do grupo social que regulam –, correspondente ao *teste de aceitação*, e/ou *válidas* – pertencentes ao sistema jurídico, editadas pela autoridade competente e capazes de realizar os valores escolhidos pela sociedade –, relacionada ao *teste de reconhecimento*, não se atentado para os valores estruturantes do ordenamento jurídico, situados no âmbito da *justiça*, e que, como já visto, são considerados essenciais para compreensão do sistema.

Dessa forma, em superficial análise, o que parece propor a teoria dworkiana seria a necessidade das normas jurídicas se atentarem também ao âmbito da *justiça* definido por Bobbio, ou seja, que essas se preocupem com os valores que estruturam/fundamentam o

ordenamento jurídico como um todo, definidos pelo grupo social, que são tratados, nessa visão, como pertencentes ao sistema da Moral e encontra-se em constante interação com o Direito.

Ainda no que tange ao pensamento dworkiano sobre a estruturação do ordenamento jurídico, o reconhecimento da existência de *duas espécies normativas* – as regras e os princípios jurídicos –, assim como o modo diferenciado de aplicação de cada uma dessas, demonstram-se relevantes para a sua compreensão.

Registre-se, inicialmente, que na visão de Dworkin (2010), os princípios jurídicos podem ser assim definidos:

[...] Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (sic) (DWORKING, 2010, p 36).

Percebe-se disso que a compreensão acerca das noções de política e princípios, presentes na teoria dworkiana, apresenta-se como essencial para aquele que interpreta/utiliza/aplica o Direito. A primeira destaca-se por ser compreendida como sendo os valores, traçados em sociedade, que estruturam o ordenamento jurídico e visam o alcance de determinados objetivos/fins, almejados pelo grupo social; os princípios, por sua vez, podem ser vislumbrados como os instrumentos jurídicos hábeis para se atingir esses fins, ou seja, enquanto as políticas estruturam/definem a finalidade do sistema jurídico, os princípios possibilitam que as escolhas do grupo social sejam realizadas.

Observa-se que visão de Dworkin não se afasta da leitura feita neste trabalho sobre a teoria normativa de Bobbio, no que concerne à função exercida pelas *espécies normativas*. Constata-se que na percepção de ambos, assim como a própria norma jurídicas, elas (*as espécies normativas*) podem ser consideradas como instrumentos/caminhos/estratégias capazes de viabilizar, licitamente, a realização dos objetivos almejados pela sociedade.

Neste diapasão, infere-se, ainda que inicialmente, que as reflexões trazidas pela visão dworkiana referentes a determinação do conteúdo dos princípios jurídicos, situam-se no âmbito da *justiça* da teoria normativa de Bobbio, ou seja, eles devem auxiliar na realização dos objetivos sociais, o que evidencia a necessidade de entender os *princípios jurídicos* como meios de abertura/comunicação do sistema para as alterações estruturais da sociedade, decorrente das relações intersubjetivas ocorridas, a fim de que possam oxigenar o sistema normativo, como já exposto. Logo, a busca por como determinar/densificar o conteúdo aos princípios jurídicos,

segundo a teoria de Dworkin, acarretará no entendimento de que isso significa compreender os próprios valores que criam o ordenamento jurídico.

Não obstante o avanço que essas constatações possam e/ou tenham trazido para o estudo da teoria do direito, a grande contribuição dworkiana, em verdade, consiste na diferenciação entre a estruturação lógica das regras e dos princípios, assim como a diversa aplicação que deve ser dada a cada uma dessas espécies normativas.

Assim enuncia Dworkin (2010, p 36-40) essa diferenciação:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quanto as condições são dadas [...] (sic) (DWORKIN, 2010, p 39-40).

Para se melhor compreender esse tema, importantes se demonstram as lições de Freitas (2013):

Com isso, Dworkin, desde o seu *Levando os Direitos a Sério*, introduz, definitivamente, na teoria do Direito, que os princípios jurídicos são autênticas *normas jurídicas*, que devem ser aplicadas deontologicamente aos casos concretos, tanto quanto as regras.

Sendo assim, o ordenamento jurídico não mais será compreendido como um sistema de regras, tal como imperou entre os positivistas, mas um sistema de *normas jurídicas* que se apresentam como *regras e princípios*.

Além disso, sua originalidade também está em que repudia qualquer distinção morfológica entre regras e princípios, ou seja, nega que estas se diferenciam por sua estrutura semântica.

Em outros termos, os princípios não diferem das regras pelo fato de se apresentarem textualmente por meio de expressões ou palavras *vagas, imprecisas, porosas ou abertas*, enquanto que as regras seriam aquelas normas cujos textos se revelariam *completos, precisos*.

Tampouco seriam os princípios meras *generalizações* das regras, obtidos por meio de processos dedutivos generalizando-se os aspectos mais *densos* contidos nas regras até se chegar a um nível de abstração que resultasse em um princípio que estaria “por detrás” desta regra.

[...]

Assim, ele parte da noção de que as normas jurídicas são, em verdade, *padrões* argumentativos que indicam condutas e conseqüências (*regras*), ou apenas condutas (princípios) e, como padrões, funcionam logicamente como *argumentos* a serem desenvolvidos e aplicados pelos juízes tendo-se sempre como baliza as circunstâncias do caso concreto.

Destarte, nosso autor irá ancorar sua diferenciação entre as regras e os princípios, não no seu aspecto semântico, ou em critérios de generalidade, mas na *forma de sua aplicação ao caso concreto*.

Ou seja, sua distinção seria de cunho *lógico*: enquanto as regras são padrões que apresentam argumentos mais “precisos” ou “completos” em termos de indicar uma determinada conduta e as conseqüências esperadas por sua observância ou desobediência, os princípios são padrões argumentativos mais amplos que indicam ou

sugerem condutas, mas não preveem, de antemão, as consequências decorrentes (FREITAS, 2013, p 145-146).

Verifica-se que, portanto, que a distinção entre as regras e os princípios jurídicos, conforme demonstrado, deve ser compreendida em dois aspectos: *a)* quanto à estrutura *lógico-linguística*; e *b)* quanto à sua *aplicação ao caso concreto*.

No que tange à sua estrutura *lógico-linguística*, as *regras jurídicas* são previstas de modo a serem completas, ou seja, elaboradas de modo mais restrito, fechado, no intuito de prever, adequadamente, as hipóteses de seu cabimento ou não; os *princípios jurídicos*, por sua vez, são estruturados de maneira mais aberta, pois destinam-se à realização dos objetivos sociais, que passam por constante alteração. Assim, eles são estruturados no intuito de permitir que as mudanças dos valores/políticas sociais possam influenciar na maneira como o seu conteúdo é determinado, de acordo com cada caso concreto.

No que se refere à sua *aplicação ao caso concreto*: as *regras jurídicas* são aplicadas segundo a lógica binária *tudo-ou-nada*, em razão da sua estrutura, o que significa que ou elas são completa/perfeitamente cabíveis naquele caso em específico, ou não e, portanto, não ocorrerá conflito de regras em certa situação, pois não haverá, na visão dworkiana, duas delas diferentes que possam regular o mesmo fato, mas o contrário ocorre com os *princípios jurídicos*, pois como possuem textura mais aberta, poderá ocorrer de vários princípios *concorrerem* na solução de determinado caso, devendo o aplicador/interprete do Direito construir a argumentação, levando-se em conta os objetivos sociais, as nuances de caso e as disposições jurídicas aplicáveis, que demonstram a possibilidade/plausibilidade de utilização de certo princípio, em detrimento dos demais.

No que concerne ao possível conflito entre princípios, demonstram-se importantes as lições de Dworkin (2010):

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que os outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídico respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra arraigada (DWORKIN, 2010, p 60).

Depreende-se disso, que poderá haver certa diferenciação, escala, hierarquia entre os princípios jurídicos, que deverá ser observada para sua utilização, ante as particularidades de

cada caso. Nota-se também, que a necessidade de adoção de critérios, que possam demonstrar como serão apontados aqueles princípios cabíveis em cada situação.

Interessantes para essa discussão são as palavras de Gabrich (2010), acerca da classificação/hierarquização dos princípios jurídicos:

Não obstante, o melhor critério teórico normalmente usado para justificar a hierarquia entre os princípios é aquele segundo o qual existem três espécies de princípios: os FUNDAMENTAIS, os GERAIS e os ESPECÍFICOS; todos informadores das regras de conduta que integram o sistema jurídico.

Nesse sistema de hierarquização, os princípios fundamentais por vezes são assim identificados pela Constituição, porquanto prevalecem sobre a autoridade do legislador, do juiz e de qualquer intérprete do Direito. Contudo, não há como discutir a possibilidade, teórica e prática, da existência de princípios fundamentais implícitos e não declarados expressamente pelo texto normativo de uma determinada Constituição. Por isso, independentemente da previsão constitucional, consideram-se como fundamentais aqueles princípios básicos, essenciais, absolutamente necessários à organização social e estruturantes de todo o ordenamento jurídico, em todas as situações concretas, normalmente vinculados, no mundo ocidental, cristão e democrático, aos princípios (ideais) de justiça, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nessa mesma ordem de idéias e de hierarquia, os princípios gerais são aqueles que vão além dos limites de atuação estabelecidos pelos diferentes ramos do Direito. Assim, os princípios gerais estabelecem padrões jurídicos aplicáveis a diversas situações, tratadas e reguladas pelas normas agrupadas (didaticamente) nos diversos ramos do Direito. Contudo, os princípios gerais estão situados, em uma escala de normas, acima dos atos judiciais e dos atos administrativos de grau mais elevado, mas nem sempre submetem o legislador infraconstitucional, pelo que, se eles não tiverem sido estabelecidos em consonância com os princípios fundamentais e/ou não tiverem sido expressamente declarados na Constituição, podem ser introduzidos, modificados ou derogados pela legislação ordinária e por outras fontes de caráter infraconstitucional. Logo, consideram-se princípios gerais o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, o princípio da irretroatividade da lei, o princípio da informação, dentre outros.

Hierarquicamente, os princípios jurídicos fundamentais existem para garantir a inserção e a concreção de valores mais importantes, mais relevantes e mais caros à sociedade submetida a um determinado ordenamento. Por isso, pode-se concluir que todo princípio fundamental é também geral, mas nem todo princípio geral é um princípio fundamental.

E mais: uma mesma ordem jurídica permite a convivência de diversos princípios fundamentais, gerais e específicos. De acordo com a hierarquização dos valores que introduz no sistema jurídico e com os elementos concretos do caso, um princípio fundamental pode submeter-se a outro, o que também pode ocorrer com relação aos princípios gerais e específicos. [...]

De qualquer maneira, os princípios gerais do Direito possuem dupla importância funcional. Em primeiro lugar, constituem a base de toda a construção jurídica, visto que os princípios específicos e as regras que estão a eles submetidas não podem evoluir validamente no sistema, senão consoante os comandos normativos mais genéricos e importantes estabelecidos pelos princípios gerais. Daí, também, o motivo pelo qual estes desempenham um importante e fundamental papel na interpretação da lei, uma vez que o juiz e o intérprete a eles se referem, para determinar o sentido dos textos legais obscuros, ambíguos ou omissos (tal como prevêem o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 126 do Código de Processo Civil brasileiro). Em segundo lugar, os princípios gerais possuem uma função técnica, pois a conjugação desses princípios no seio de uma determinada situação fática ou de uma dada matéria jurídica é que determina a norma jurídica, o “dever-ser”, que deverá ser observado na regulação da vida social.

Ainda nessa linha de raciocínio, classificação e hierarquização; os princípios específicos estabelecem orientação, ordenação, fundamentação e normalização de um único ramo do Direito, ou uma matéria específica de um desses ramos. Entre os

princípios específicos podem ser destacados: o princípio de proteção ao acionista minoritário, próprio da organização jurídica das sociedades anônimas; os princípios da veracidade e da novidade, específicos da formação e da utilização dos nomes empresariais; o princípio da economia processual, típico do Direito Processual, dentre outros (sic) (GABRICH, 2010, p 60).

Percebe-se que há inúmeros princípios no sistema normativo jurídico, que possuem âmbito de aplicação diversos, como exposto acima, o que corrobora com o argumento dworkiano. Assim, faz-se necessário compreender que os princípios jurídicos podem ter pesos diferentes, de acordo com as particularidades de cada situação que regulem, o que demonstra a necessidade do interprete sopesá-los, verificando qual se demonstra mais adequado à aplicação daquele caso concreto.

Corrobora com esse entendimento as lições de Freitas (2013, p 149-150):

Os princípios, por sua vez, podem entrar em colisão, disputando aplicação diante de um caso concreto. Os padrões argumentativos que cada um dos princípios carrega, não raras vezes, indicarão sentidos opostos, ou seja, apontarão para decisões conflitantes e revelarão, diante das especificidades do caso concreto, pesos, forças argumentativas diferentes.

Assim, mais uma vez entra em cena a leitura moral do direito concebida por Dworkin, de forma que o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, deverá realizar um sopesamento, ou seja, deverá identificar qual princípio carrega um padrão argumentativo que se mostre mais relevante, mais importante, mais adequado ao caso concreto e que, ao mesmo tempo, resulte em uma decisão que melhor mantenha a coerência do ordenamento jurídico como um todo (FREITAS, 2013, p 149-150).

Verifica-se, portanto, que para a aplicação dos princípios jurídicos, na visão dworkiana, demonstra-se imprescindível a construção argumentativa do seu conteúdo e do seu peso, no intuito de identificar/delimitar qual seria aquele cabível/adequado para regular determinado caso concreto.

Nesta senda, o Direito não pode ser visto de modo isolado, limitado, pois isso não permitirá a adequada leitura dos valores estruturantes do sistema normativo, presentes na moral, segundo a teoria de Dworkin. A leitura moral e dialética de cada caso concreto, entendia essa última como a construção argumentativa das partes e do próprio julgador/aplicador do Direito acerca das nuances práticas e jurídicas daquele fato, se apresenta como necessária, para que a decisão proferida tenha coerência com a tradição, valores e conceitos daquele grupo social, respeitando tanto o passado jurídico daquela sociedade, quanto mantendo a abertura necessária do sistema para os casos futuros (FREITAS, 2013, p 149). Logo, faz-se necessária a leitura do Direito como um *romance em cadeia*.

No que concerne a importância da metáfora do *Direito como um romance em cadeia*, percepção necessária para interpretação adequada dos princípios jurídicos, relevantes se apresentas as contribuições e esclarecimentos trazidos por Freitas (2013, p 140) sobre o assunto:

[...] Pelo romance em cadeia, o Direito é visto como um grande livro, um romance, que é coletivamente escrito. Assim, cada capítulo é escrito por um ou vários autores e sempre levando-se em conta os capítulos anteriores e, também, deixando-se a necessária abertura para que futuros escritores possam continuar a obra com novos capítulos.

Com esta metáfora, Dworkin representa a importância que deve ser dada aos precedentes judiciais, às leis existentes e à doutrina, mas sem que tais dados sejam vistos de forma absoluta e engessada. Assim, não há se falar em “vontade do legislador” ou “vontade da lei”, pois as normas, jurisprudência e doutrinas que compõem o que chamamos de Direito não constituem ou não possuem verdades absolutas, conceitos inequívocos ou uma essência ontológica.

Mas sua constante presença e necessária releitura e reinterpretação se fazem imperiosas para que se mantenha o Direito coerente. Assim como qualquer jogo de linguagem, o Direito também é permanentemente falado, jogado e, assim, construído e reconstruído (FREITAS, 2013, p 140).

Por fim, importante constatar que apenas as *regras jurídicas*, na visão dworkiana, preveem antecipadamente o resultado/efeito de sua aplicação/descumprimento, o que não ocorre com os princípios jurídico, conforme salienta o autor (DWORKIN, 2010, p 57), ao afirmar:

[...] Se assim for, então é certamente verdade que os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem [...] (DWORKIN, 2010, p 57).

Constata-se, novamente, que a visão dworkiana se aproxima da teoria normativa de Bobbio, pois se os *princípios jurídicos* não preveem resultado, não há, *diretamente* ligado ao descumprimento dos princípios, a sanção cabível. Logo, essa espécie normativa se utiliza da sanção *indireta/implícita*, conforme já demonstrado anteriormente.

Em suma, segundo a ótica desse autor, as *normas jurídicas* se dividem em *regras* e *princípios*, que se diferenciam não *formalmente*, como sugere o pensamento do Positivismo Jurídico, mas *logicamente*, ou seja, a função exercida por essas espécies normativas na lógica argumentativa é diversa, assim como a sua utilização/aplicação, pois as *regras* teriam, de modo completo, a previsão do seu resultado/ato a ser cumprido/consequência pelo descumprimento, enquanto os princípios não seriam construídos dessa maneira.

Desse modo, em resumo, percebe-se que a determinação do conteúdo dos princípios jurídicos não pode ser realizada aprioristicamente, antecipadamente, sem a análise das nuances envolvidas em cada caso. A densificação do conteúdo dos princípios se dá, em verdade, após a realização do processo hermenêutico, verificando-se, por intermédio da argumentação, a adequação dos princípios jurídicos atinente àquele caso concreto em específico.

2.4 Os princípios jurídicos afetos à Recuperação de Empresas

Compreendida a força normativa dos princípios jurídicos e como se determinar o seu conteúdo, faz-se necessário identificar quais seriam os relacionados à Recuperação de Empresas, em quaisquer de suas modalidades, bem como analisar os efeitos decorrentes de sua observância, quando da interpretação/aplicação da atual sistemática concursal brasileira.

Antes, no entanto, deve-se evidenciar a correlação existente entre os entendimentos expostos acerca daquela espécie normativa e a sua importância para compreensão do instituto da Recuperação de Empresas.

Conforme já visto, tanto na visão de Bobbio, quanto na teoria de Dworkin, o fundamento do ordenamento jurídico reside nos *valores* escolhidos/determinados pelo grupo social, que estão em constante alteração, em virtude do caráter dinâmico das relações intersubjetivas ocorridas entre os sujeitos, pertencentes a dado grupo social.

Constatou-se, também, que os princípios jurídicos podem ser vistos como os instrumentos capazes de possibilitar o acesso das mudanças realizadas nos parâmetros sociais ao ordenamento jurídico, permitindo-se que a interpretação/aplicação do Direito possa se readequar aos ditames sociais, no intuito de viabilizar que sejam alcançados os fins almejados por aquela sociedade.

Percebe-se, desse modo, que o estudo de qualquer instituto jurídico perpassa, indiscutivelmente, pela análise dos princípios que o regulam, no intuito de se compreender não só os *valores sociais* que o embasaram, mas também para que se vislumbre os fins pretendidos com a aplicação daquela previsão normativa em específico.

Nesta senda, analisar o instituto da Recuperação de Empresas também implica a investigação acerca dos princípios jurídicos a ele aplicáveis e os *valores sociais* que fundamentaram a sua criação, para que se possa entender quais os objetivos buscados pela sociedade, quando da elaboração da lei em estudo e qual a orientação que deveria ser seguida na sua aplicação.

No que tange aos valores sociais utilizados para fundamentar o instituto em estudo, demonstra-se de suma importância mencionar o relatório final apresentado pelo Senador Ramez Tebet, relator do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) n.º 071/2003, denominação dada ao Projeto de Lei n.º 4.376/1993 no Senado Federal, à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), que veio a se tornar a Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei n.º 11.101/2005, também denominada como Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), pois elegeu o parlamentar, no mencionado documento, as bases sobre as quais deveria ser construído o novo

instituto concursal brasileiro, a fim de adequá-lo à realidade e às necessidades socioeconômicas da complexa e plural sociedade brasileira à época, sendo essas (BRASIL, 2004):

1) Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

5) Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

6) Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravanca seu curso.

8) Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

9) Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

10) Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às

regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial: É preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro (BRASIL, 2004).

Digna de nota, também, a manifestação daquele parlamentar acerca da repercussão decorrente da aplicação do instituto falimentar, no meio social brasileiro, justificando a observância das diretrizes acima mencionadas:

[...] as regras estabelecidas não afetam somente as empresas em dificuldades, mas também repercutem sobre o planejamento das empresas em regular funcionamento e das pessoas que com elas negociam, pois têm influência sobre a avaliação de riscos e sobre o conjunto das transações que regem o processo econômico. Trata-se, portanto, de matéria com impacto na segurança jurídica de muitos agentes, aí incluídos os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores e os clientes das empresas (BRASIL, 2004).

Verifica-se, portanto, que a lei concursal brasileira foi construída sobre a ideia de proteção aos sistemas produtivos e econômico, primando pela criação de instrumentos que pudessem viabilizar a superação das possíveis crises empresariais, sendo estas inerentes ao exercício da atividade negocial, protegendo-a dos malefícios oriundos da falência, além de visar a célere resolução judicial dessa situação, no intuito de evitar/minimizar os prováveis prejuízos relativos ao decurso do tempo e à plausível lentidão na atuação do Poder Judiciário, para a solução dos processos envolvendo essa categoria específica de empresas.

Constata-se, também, que dentre os fundamentos basilares acima expostos, dois deles aparentam merecer maior relevância, a saber, a *preservação da empresa* e a *celeridade processual*. Esse fato decorre da importância jurídica dada a tais fundamentos, que já se encontravam previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – CRFB/1988, na forma de princípios jurídicos constitucionais, antes do advento da lei em estudo.

Sob o ponto de vista jurídico, esses princípios, assim como inúmeros outros que embasaram a elaboração da Lei n.º 11.101/2005,¹³ devem ser seguidos não apenas quando da

¹³ Não há consenso entre os diversos autores que estudam os institutos concursais previstos na Lei n.º 11.101/2005 sobre quais e quantos são os princípios jurídicos norteadores desse instituto, sendo elencados mais de uma dúzia de princípios por aqueles que se dedicam ao estudo do tema. Percebe-se que, em verdade, há grande confusão sobre a quantidade e as categorias de princípios presentes na referida Lei, confundindo-se princípios

leitura da referida lei, mas também necessitam pautar o momento de sua aplicação, cabendo a todos os envolvidos – advogados, partes, magistrados, membros do Ministério Público – observá-los, dada a sua importância para o instituto jurídico em estudo, como bem salienta Tomazette (2012), ao lecionar:

Para atingir os seus objetivos e incentivar a adoção das estratégias pelos grupos de interesse, a recuperação judicial deve obediência a uma série de princípios, que deverão pautar a interpretação da Lei nº 11.101/2005, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação (TOMAZETTE, 2012, p 48-49).

Registre-se que os princípios jurídicos considerados norteadores dos institutos concursais, principalmente da Recuperação de Empresas, foram inseridos na redação dada ao art. 47 daquela lei, que assim dispõe (BRASIL, 2005):

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Brasil, 2005).

Denota-se que, muito embora essa disposição legal esteja situada no capítulo específico sobre a Recuperação Judicial, uníssono se apresenta o entendimento entre os estudiosos do tema, sobre a importância central dessa previsão para a atual sistemática concursal brasileira, que deverá orientar não apenas a aplicação daquele instituto, mas sim pautar a leitura e a interpretação de toda a referida lei.

Nessa ótica, percebe-se que a compreensão do instituto recuperacional perpassa, portanto, pelo entendimento acerca do conteúdo/sentido dado aos princípios que o fundamentam, ainda que de modo superficial, analisando especificamente os princípios da *preservação da empresa* e a *celeridade processual*, por possuírem previsão constitucional, como se fará a seguir.

2.4.1 O princípio da preservação da empresa

A compreensão acerca do princípio da *preservação da empresa* não se apresenta como tarefa de fácil realização, pois inúmeras discussões teóricas são travadas acerca dessa temática, pautadas na diversidade de visões econômicas e filosóficas existentes. Muito embora tenha sido esse expressamente enunciado no ordenamento jurídico pátrio apenas no art. 47 da Lei n.º

fundamentais, gerais e específicos. Há ainda aqueles que, fundamentados no relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, atribuem valor jurídico a todos os fundamentos elencados no relatório. Sobre o tema, vide, TOMAZETTE, 2012, p 49-50.

11.101/2005, sua origem normativa se encontra na Constituição da República brasileira de 1988.

Desde o advento da CRFB/1988, em virtude da visão garantista/democrática que fundamentou a sua elaboração, como sabido, a interpretação do texto constitucional tem seguido essa orientação, dando margem à debates sobre a existência de princípios constitucionais explícitos e implícitos, nos diversos ramos do Direito, que deveriam pautar a estruturação de cada um desses.

No que concerne ao princípio da *preservação da empresa*, sua origem constitucional decorre das previsões relativas à coordenação da ordem econômica nacional, encontradas no art. 170 da CRFB/1988 (COELHO, 2012, p 41), que assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Como se pode verificar, não há no mencionado dispositivo legal expressa menção àquele princípio, no entanto, a interpretação conjunta de dois outros ali presentes, especificamente os positivados nos incisos II e III do referido artigo, a saber, os princípios da *propriedade privada* e da *função social da propriedade*, possibilita o reconhecimento da sua existência.

Prevista no rol estabelecido pelo art. 5º da CRFB/1988,¹⁴ a propriedade privada pode ser vista não apenas como elemento sobre o qual se funda o sistema produtivo capitalista, (TAVARES, 2013, p 62-67), mas como eixo central para estruturação da ordem econômica

¹⁴ “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;” (BRASIL, 1988)

brasileira, não apenas por atribuir a determinado sujeito a exclusividade de obter proveito econômico, decorrente da utilização sobre determinado bem, mas também por expressar certa limitação/dever de observância geral ao modo pelo qual se dá a exploração dos meios de produção, que se destina a proteger aquele que os detém de possíveis atos que visem prejudicar o seu uso, permitindo que sejam esses fruídos e organizados livremente, em consonância com as particularidades decorrentes do exercício da atividade empresarial, desde que observados os parâmetros legais.

Desse modo, o princípio da *propriedade privada* possui caráter duplo: constitui um *privilégio* ao proprietário, ao atribuir-lhe o direito de utilizar determinado bem e institui, ao mesmo tempo, *limitação* a todos os demais membros da sociedade, impedido que se criem obstáculos à livre exploração desse bem.

Importante notar que, dentre as diversas acepções empregadas para se compreender a empresa, deve-se considerar que ela também pode ser vista como bem, patrimônio¹⁵ e, desse modo, também se encontraria abarcada pela proteção concedida ao direito à propriedade privada.

Nesse mesmo sentido, registrem-se as palavras de Tavares (2013):

[...] a propriedade passou a ser concebida como a relação entre um sujeito ativo (proprietário) e um sujeito passivo, que seria universal, uma vez que constituído por todas as demais pessoas (não proprietárias quanto ao objeto em apreço). De fato, todos os integrantes da comunidade passam a ter o dever de respeitar o direito de propriedade reconhecido a cada indivíduo particularmente. Esse é o caráter civilista do direito de propriedade, ao qual deve acrescentar-se o regime de Direito Público que consta da própria Constituição.

Em síntese, a propriedade é o direito subjetivo de exploração de um bem, que todos os demais integrantes da sociedade devem respeitar [...] (TAVARES, 2013, p 63).

Desse modo, o princípio da *propriedade privada* evidência a necessidade de se reconhecer que a empresa, compreendida esta no seu aspecto patrimonial, deve ser respeitada por todos aqueles que com ela se relacionam – os sócios, os administradores, os fornecedores, os empregados, os consumidores e até mesmo o Estado –, impondo a compreensão do seu papel dúplice estruturante/limitante para as relações de mercado, em virtude da percepção que ela –

¹⁵ Conforme a visão de Asquini, a compreensão jurídica do conceito econômico de empresa envolve o fato de que essa pode ser vista por quatro perfis diferentes e complementares, caracterizando-a como um fenômeno jurídico poliédrico a saber: **subjetivo** – o sujeito de direito (o empresário) que exerce a atividade, assumindo o risco inerente a essa; **funcional** – a atividade, o empreendimento realizado, um conjunto de atos, racionais e organizados, praticados pelo empresário; **patrimonial (ou objetivo)** – o complexo de bens utilizados para o exercício da atividade, também conhecido como patrimônio azial e/ou estabelecimento; e **corporativo** – a instituição que une empresário e empregados, na persecução de certo objetivo econômico comum. Sobre o tema, vide ASQUINI, 1996, p 109-126.

a empresa – caracteriza-se como o elemento central da atividade negocial, sem o qual essa não poderá existir.

Noutro prisma, a adequada interpretação do texto constitucional acaba por obrigar que se relacione o exercício desse direito – e, portanto, da própria da atividade empresarial – à sua *função social*.

Destaque-se, primeiramente, que o princípio da *função social da empresa* foi concebido em virtude do papel central ocupado pelos meios de produção na sociedade moderna, principalmente no contexto econômico que propiciou o surgimento dos regimes políticos totalitários, notadamente os casos ocorridos até a primeira metade do século XX, que primavam pela intervenção do Estado no domínio econômico, reconhecendo a importância dessa atividade para consecução dos fins sociais, assim como no intuito de utilizar-se dessa área para realizar os objetivos traçados por seus dirigentes, como bem salienta Forgioni (2009, p 73), ao afirmar que “A empresa não é erigida ao centro do sistema jurídico por consequência da consagração da liberdade econômica, mas como instrumento para implementação do dirigismo estatal”, característica própria daqueles regimes.

Percebe-se, portanto, que a atividade empresarial foi interpretada, naquele contexto, como o instrumento hábil para se permitir a intervenção do governo no domínio econômico, impondo limites e atribuindo inúmeras tarefas que caberiam, inicialmente, ao próprio ente estatal – tais como o investimento em educação, saúde, infraestrutura –, àqueles que exerciam a empresa. No entanto, essa visão acerca da *função social* necessitou de novos contornos no Estado Democrático de Direito,¹⁶ a fim de deixar o seu caráter limitador/intervencionista anterior, para ocupar o papel de orientação da ação dos particulares e do Estado.

Desse modo, o princípio da *função social da empresa* perpassa pela compreensão do papel e da relevância – tanto econômica, quanto social – desempenhados pela atividade empresarial, no atual modelo de organização estatal e, por decorrência, da sua importância para a sociedade como um todo, não apenas para permitir a realização dessa atividade, mas também

¹⁶ Neste trabalho, em linhas gerais, o Estado Democrático de Direito será compreendido como o modelo de organização estatal que, superando as visões anteriores – o Estado de Direito e o Estado do Bem-estar Social, e a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, tido como princípio estruturador e orientador de todas as relações ocorridas em sociedade, adota a *constituição* como eixo central do ordenamento jurídico, o que implica a necessidade de que todos os direitos sejam interpretados/aplicados/criados em *conformidade* com os ditames constitucionais, não só no aspecto formal – procedimento de elaboração, mas também no material – correspondência do conteúdo à lógica do texto constitucional; além de permitir a *horizontalização dos direitos fundamentais*, ou seja, a oponibilidade e a observância dos direitos definidos como fundamentais – moradia, propriedade, liberdade, inocência, dentre outros – não apenas nas relações entre o Estado e os cidadãos, mas também nas relações privadas, entre os cidadãos; além de possibilitar participação popular nos debates políticos, através de instrumentos próprios. Sobre o tema, vide TRAVESSONI, 2011, p 171-176.

erigindo limites para o seu exercício e, conseqüentemente, para o próprio direito à propriedade privada.¹⁷

Nesse sentido são as palavras de Tavares (2013):

Com essas considerações acerca do direito de propriedade privada, nota-se a importância que esse instituto jurídico tem para a organização político-econômica do Estado brasileiro e para a regulação das atividades empresariais. Ao tratarmos dos limites à propriedade privada dentro do contexto dos princípios constitucionais econômicos, podemos reconhecer a nota social dada ao instituto pelo preceito constitucional da função social, que harmoniza seu caráter de direito individual, por um lado, e sua concepção coletiva, econômico-social, por outro (TAVARES, 2013, p 75).

Percebe-se, portanto, que o princípio da *função social da empresa* possui também um caráter dúplice, pois visa tanto permitir o livre exercício da atividade empresarial, quanto limitá-lo, em razão do desempenho dessa atividade propiciar o alcance de outros objetivos, que não estejam relacionados diretamente com o seu fim último, a partilha dos resultados econômicos decorrentes de seu funcionamento – a denominada *busca pelo lucro* –, que não podem ser impostos à atividade, sob pena, até mesmo, de torná-la inviável.

Em verdade, deve-se traçar regras e limites claros para o seu exercício, permitindo que esses outros objetivos sejam atingidos e que eles não impliquem custos desnecessários à realização da empresa.

As lições de Botrel (2009) corroboram com este entendimento:

Note-se, nessa ordem de ideias, que o empresário exerce a propriedade sobre os bens de produção cumprirá a função social mediante a observância dos parâmetros e limitações constitucionais, que objetiva, por sua vez, contribuir para a preservação e harmonização das liberdades de todos aqueles que direta ou indiretamente sentem os efeitos da empresa. E como a empresa exerce, naturalmente, uma função de relevo junto à sociedade, mediante a produção de empregos, oferta de bens e serviços necessários à dignidade dos consumidores, recolhimento de tributos etc., é adequado afirmar que o *exercício legítimo da empresa* (o que ocorre quando a atividade se conforma com a normativa constitucional) coincide com a *função social da propriedade sobre os bens de produção* (BOTREL, 2009, p 62-63).

Assim sendo, percebe-se que a empresa deve merecer lugar de destaque no contexto do Estado Democrático de Direito, o que justifica a necessidade da previsão, no texto constitucional, de princípios que objetivem estruturar a atividade negocial, no intuito de propiciar a manutenção/proteção da empresa, ao longo do tempo, pautando também o seu exercício.

¹⁷ Para maior compreensão acerca desse assunto, vide APOLINÁRIO, 2016, p 155-173.

Desse modo, ao se conjugar as noções de *propriedade privada e função social da empresa*, constata-se a necessidade de manutenção da atividade empresarial, em virtude da importância que lhe é atribuída pelo texto constitucional.

Infere-se, então, que o princípio da *preservação da empresa* decorre da conjunção daqueles outros dois princípios, como já dito, e encontra-se umbilicalmente ligado à ideia de *função social*. Entretanto, não se pode confundir essas duas noções, pois possuem elas sentidos diversos. Enquanto a *função social da empresa* relaciona-se com a importância do papel exercido pela atividade empresarial, na atual dinâmica social, a *preservação da empresa* demonstra a necessidade da manutenção da fonte produtiva, em virtude da relevância da atividade, ou seja, de sua função social.

No intuito de explicitar a relação existente entre esses princípios, interessantes se apresentam as palavras de Calças (2007):

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca do pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas (CALÇAS, 2007, p 40).

No que concerne ao sentido que deve ser atribuído a esse princípio, ao menos em linhas gerais, revela-se digno de nota apontar que o princípio da *preservação da empresa* foi construído jurisprudencialmente muito antes de sua previsão constitucional.

Conforme salienta Pimenta (2004, p 84), atribui-se ao jurista Nelson Abrão, em sua análise sobre os procedimentos concursais brasileiro, a defesa mais veemente e a demonstração contundente da necessidade de se empreender todos os esforços possíveis para se preservar a atividade empresarial, em virtude da sua evidente importância para o desenvolvimento econômico da sociedade.

Mas não apenas em matéria concursal o tema se demonstrou relevante. Em verdade, foi na seara societária que o *princípio da preservação da empresa* ganhou notoriedade, principalmente quando se tratavam sobre discursões relacionadas à dissolução de sociedade empresárias.

Antes da vigência da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, denominada de novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), não havia previsão legal para a dissolução parcial das

sociedades mercantis no ordenamento jurídico brasileiro,¹⁸ havendo apenas a possibilidade da dissolução total desse tipo de sociedade, conforme constava do art. 655 do Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, o chamado Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939).¹⁹ Não obstante a esse fato, coube à jurisprudência dos tribunais pátrios viabilizar a saída de um ou mais sócios do quadro societário, pela via judicial, sem que este ato implicasse o fim da sociedade empresária, utilizando-se como fundamento a necessidade de manutenção da atividade empresarial, em virtude da sua importância para a sociedade.²⁰

Verifica-se, portanto, que o conteúdo do princípio da *preservação da empresa* deve ser compreendido como um *imperativo*, que recomenda que sejam empreendidos todos os esforços, legais e necessários, no intuito de se manter a atividade econômica organizada, explorada para e em dado mercado, com o intuito de lucro – a definição econômica de empresa, em virtude dos seus reflexos – tanto positivos, quanto negativos – para o grupo social no qual ela se encontra inserida, decorrentes do seu exercício e/ou do seu encerramento, prematuro ou não.

Corroborando com este entendimento, registre-se os ensinamentos de Pimenta (2004, p 85):

Na tentativa de elaborar seu conceito, verificamos que princípio da preservação da empresa nada mais é que princípio desenvolvido especificamente no âmbito do Direito comercial, com vistas a instrumentalizar a consecução da já referida função social da empresa, que, por sua vez, parece como categoria genérica, admitida e invocada indistintamente em vários ramos do conhecimento humano, como a economia, a política e o direito.

Qualquer que seja a denominação dada, o que se pretende sempre é permitir a continuação do empreendimento, impedido seu término prematuro em virtude de problemas relacionados especificamente com seu titular (PIMENTA, 2004, p 85).

Nesse mesmo sentido, as palavras de Barbara e Baptista (2016):

Com uma análise aprofundada desse princípio, podemos observar que não se trata de um princípio exclusivo do direito empresarial, mas podemos retirar deste conceito, que a aplicabilidade do mesmo traz consequências de ordem prática, realizada pelo judiciário.

¹⁸ “**Art. 599.** A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e

II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou

III - somente a resolução ou a apuração de haveres.

§ 1º A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado.

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.” (BRASIL, 2015)

¹⁹ “**Art. 655.** A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei ou no contrato social, poderá ser declarada, a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial.” (BRASIL, 1939)

²⁰ Apenas a título de exemplo, cita-se os seguintes julgados sobre essa temática: vide BRASIL. STJ. Recurso Especial n.º 137767/AM, 13 de set. de 2016; _____. Recurso Especial n.º 1303284/PR, 13 de maio de 2013; e _____. Recurso Especial n.º 247002/RJ, 25 de mar. de 2002, dentre outros.

Este é o princípio norteador da recuperação de empresas, que deve ser lembrado na interpretação de todos os artigos do diploma legal que tratam da recuperação judicial. Como vimos, o interesse de preservar a empresa é do Estado, e este o faz para proteger a sociedade das consequências da falência [...]

[...] podemos entender que uma empresa gera muitos empregos diretos e indiretos. Caso a empresa venha a falir, seu fornecedor, por exemplo, que é quem lhe vende o produto, também poderá ser afetado com a falência da empresa, o que pode lhe ocasionar impactos em sua atividade, e a depender da representatividade da operação comercial existente entre esses dois agentes, causar-lhe inclusive o encerramento de suas atividades (o elo na imensa corrente do mercado).

A empresa em funcionamento gera riquezas ao mercado, tributos ao governo (tanto na esfera federal, estadual como também municipal), e fonte de empregos, portanto com o seu encerramento, com certeza teremos interrompida essa fonte, afetando não só empregos, mas também os investimentos do Estado na comunidade, diante da diminuição dos tributos arrecadados.

A empresa representa um dos principais pilares da economia moderna, proporcionando postos de trabalho, rendas tributárias e de fornecimento de produtos e serviços em geral, além de impulsionar o mercado da livre concorrência, estimulando a lei da oferta e da procura.

Como o próprio conceito de empresa citado acima, não há como uma companhia ativa economicamente encerrar suas atividades sem deixar sequelas na sociedade, por isso se faz necessário lutar pela sua preservação, aplicando-se o instituto da recuperação; e é esta a finalidade do artigo 47º da lei 11.101/2005, preservar a empresa para proteger a sociedade, e não somente os seus sócios (sic) (BARBARA; BAPTISTA, 2016).

No intuito de demonstrar a importância do princípio da preservação da empresa e sua utilização pelos tribunais pátrios, registrem-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE. PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS SÓCIOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.º 282 e 356/STF. EXCLUSÃO DO SÓCIO MAJORITÁRIO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Na ação de dissolução parcial de sociedade limitada, é desnecessária a citação da pessoa jurídica se todos os que participam do quadro social integram a lide. 2. A ausência de prequestionamento nas instâncias ordinárias inviabiliza o conhecimento de recurso especial fundado em violação de lei federal. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. 3. Em circunstâncias excepcionais, é possível a exclusão do sócio majoritário a pedido de minoritário, a fim de **prestigar o princípio da preservação da empresa**. Teoria do fato consumado que se adota como fundamento para manter o sócio minoritário no quadro societário. 4. Não se conhece de recurso especial por violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, naturalmente vagos e imprecisos. Somente quando os princípios jurídicos se apresentam como norma de direito positivo é que se abre espaço para o conhecimento do recurso constitucional fundamentado na violação da lei que os abriga. 5. Recursos especiais não conhecidos (REsp 1121530/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 26/04/2012) (**grifa-se**).

COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SOCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, **deve-se prestigiar o princípio da**

preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais. Recurso conhecido e provido. (REsp 61.278/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 06/04/1998, p. 121) (**grifado**).

Diante disso, constata-se que o princípio da preservação da empresa se apresenta como postulado de observância necessária, para que se obtenha sucesso na aplicação dos institutos concursais, notadamente a Recuperação de Empresas, em quaisquer de suas modalidades, sendo certo que a sua inobservância poderá impactar a efetividade e a eficiências desses institutos, acarretando em incontáveis prejuízos ao sistema econômico-produtivo e à própria sociedade.

2.4.2 O princípio da celeridade processual

De modo contrário ao que ocorre com o princípio da *preservação da empresa*, a compreensão acerca do princípio da *celeridade processual* não se demonstra tarefa complexa, no primeiro momento, como se verá. A sua complexidade se apresenta, em verdade, quando de sua aplicação aos casos concretos.

Deve-se registrar, inicialmente, que esse princípio consta explicitamente do rol estabelecido pelo art. 5º da CRFB/1988,²¹ contrariamente ao que ocorre com o outro princípio já estudado, sendo visto, portanto, como garantia fundamental a todos os indivíduos, assim como também pode ser considerado cláusula pétrea, na atual ordem constitucional brasileira.

Importante salientar que esse princípio foi introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional de n.º 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC n.º 45/2004), visando instituir meios que vinculassem à máquina judiciária estatal aos anseios da sociedade, impondo-se a necessidade de dar resposta às questões que lhe fossem submetidas, no tempo adequado e de modo eficiente para a sua resolução (BONÍCIO, 2016, p 168-169).

Diante desse fato, como bem evidencia Padilha (2014), poder-se-ia questionar se a celeridade processual pertenceria, efetivamente, à categoria de direitos e garantias fundamentais, já que não foi inserida pelo constituinte originário. No entanto, como não se trata

²¹ “**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988)

de inovação no rol constante do mencionado art. 5º, mas sim de desdobramento do princípio da *segurança jurídica*, este sim, presente desde o advento da atual Constituição brasileira, não restam dúvidas que aquele princípio deve ser elencado como fundamental.

Corroboram com este entendimento, as palavras de Agra (2014):

Pode-se dizer que esse princípio estava implícito na redação original da Constituição brasileira de 1988, através do desdobramento do princípio do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e eficiência (art. 37, caput). O desiderato de se explicitar a garantia da duração razoável do processo foi densificar sua eficácia e acabar com qualquer tipo de dúvida a respeito de sua existência jurídica.

[...] esse direito fundamental incide nos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário; exigindo que todos eles organizem de forma adequada à prestação jurisdicional, equipem de modo efetivo os seus órgãos, utilizem técnicas processuais adequadas e não pratiquem atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de forma injustificada (AGRA, 2014).

Percebe-se, também, que o princípio da *celeridade processual* deverá ser observado não apenas nos processos judiciais ou quando houver exercício da função jurisdicional, de modo típico ou não, mas toda a vez que o Estado se utilizar do meio processual para solucionar quaisquer questões que lhe sejam apresentadas, tais como a elaboração de leis, a contratação/prestação de serviços, tomada de decisões em âmbito administrativos, dentre outras, deverá esse mandamento constitucional ser observado.

Logo, aquele princípio preconiza que a duração do meio de resolução de controvérsias/tomada de decisão utilizado pelo ente estatal seja *proporcional* às necessidades daqueles que com ele lidam, submetendo suas questões/conflitos à análise do Estado, a fim de que se possa garantir a eficiência das respostas/decisões proferidas às demandas da sociedade que o compõe, no tempo devido, adequado à sua solução.

Nesse sentido, registrem-se as lições de Agra (2014):

Portanto, não basta a certeza que a prestação jurisdicional será realizada, mas igualmente importante é que ela ocorra em tempo hábil, dentro de um prazo adequado, apto para solucionar a demanda proposta. Em um país em que processos se arrastam por décadas, a prestação jurisdicional necessita ser célere, sob pena de sua ineficácia (AGRA, 2014).

Na seara processual infraconstitucional, esse princípio foi transposto e materializado no NCPC/2015, precisamente no seu art. 4º,²² sendo instituído como garantia basilar do processo civil brasileiro. Interessante notar que não foi estabelecido na referida disposição legal, objetivamente, o que se deve entender por *razoável duração do processo* ou mesmo por *celeridade processual*, o que dificulta a sua aplicabilidade, de modo geral, pois as nuances e a

²² “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” (BRASIL, 2015)

complexidade do caso real podem interferir diretamente no andamento processual, ocasionando disparidades no tempo adequado para solução do litígio em causas, em princípio, similares.

Desse modo, o dimensionamento ou a correta determinação da razoável e célere duração do processo será variável, dependendo de fatores, em muitos casos, externos ao órgão julgador, tornando-o um postulado de difícil aplicabilidade.

Corroboram com este entendimento as palavras de Theodoro Júnior (2018):

Por outro lado, *razoabilidade* do prazo de duração e *celeridade* da marcha processual são duas garantias distintas contempladas pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Ambas traduzem cláusulas gerais, cujo conteúdo se liga a fato dependente de termo indeterminado. A consequência é não ser possível, de antemão, predeterminar qual seja a duração razoável de todos os processos. Também a *celeridade processual* não é algo que se possa predeterminar por meio de um ritmo único e preciso. Influem na duração razoável fatores vários como a natureza e a complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades judiciárias e a necessidade de respeitar prazos para atos necessários à efetivação do contraditório e ampla defesa (THEODORO JÚNIOR, 2018, p 75).

Percebe-se, assim, que o grande desafio a ser enfrentado consiste na mensuração entre o *tempo processual* e o *tempo real*, a fim de evitar-se que a resposta do Estado à questão submetida a sua análise não seja *prematura* ou *tardia*, mas sim que seja proferida no lapso temporal adequado à solução da controvérsia.

No que concerne especificamente ao instituto concursal da Recuperação de Empresas, muito embora não este expressamente prevista na redação do art. 47 da Lei n.º 11.101/2005, a *celeridade processual* foi estabelecida como um dos fundamentos previstos no relatório da CAE, documento basilar para se compreender os contornos desse instituto, como já visto.

Nessa ótica, considerado o caráter imprescindível da decisão judicial para aplicação da Recuperação de Empresas, em qualquer de suas modalidades, por constituir essa mudança no *status* social da empresa, sem se descuidar das inúmeras repercussões decorrentes desse ato, constata-se que o princípio da celeridade processual também se apresenta como de observância obrigatória, para o sucesso do referido instituto jurídico.

Importante salientar, no entanto, que nem sempre o *tempo necessário* para a solução do processo judicial, que visa possibilitar o reerguimento das empresas em crise, será considerado *o adequado* para superação desse estado, pois a dinamicidade da vida negocial, muitas vezes, não pode aguardar demorado tramitação judícia desse mecanismo, cheia de etapas pensadas burocraticamente, para garantir a efetividade dos interesses de todos os envolvidos.

Logo, percebe-se que *o tempo do processo* nem sempre será o adequado ao *tempo do negócio*.

Em suma, a compreensão acerca dos princípios jurídicos da *preservação da empresa* e da *celeridade processual* perpassa pelo entendimento do contexto fático e normativo no qual esses estão inseridos, que precisam ser devidamente evidenciados, para que se possa entender a finalidade do instituto da Recuperação de Empresas, notadamente a Recuperação Extrajudicial, objeto deste estudo.

Importante ressaltar, por fim, que a sanção decorrente da inobservância daqueles princípios será extinção das empresas em crise, acarretando a baixa efetividade desse instituto jurídico, o que implicaria prejuízo para todo o sistema econômico.

3 AED E O TEOREMA DE COASE

3.1 A necessidade de uma teoria do comportamento humano

A relação entre o Direito e a sociedade pode ser definida como *interdependente*, pois é essa quem cria/delimita o sistema jurídico e compete àquele regular os fatos, estruturar os objetivos dos sujeitos que a compõe, além de solucionar os possíveis conflitos ocorridos.

Denota-se, assim, que para exercer devidamente a sua função, deve o Direito buscar entender a dinâmica da atuação dos sujeitos em sociedade, o que implica a necessidade da adoção de uma teoria cuja finalidade seja analisar e compreender o comportamento humano.

No entanto, muito embora tenha o Direito experimentado grandes avanços nos dois últimos séculos, principalmente no que concerne ao seu caráter científico, não foi desenvolvida ainda uma teoria jurídica própria para esse fim, o que tem prejudicado a adequada interpretação e a aplicação dos preceitos normativos, como bem salienta Gico Júnior (2012):

[...] os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito (GICO JÚNIOR, 2012, p 6).

Desse modo, percebe-se que a ausência dessa teoria jurídica comportamental afeta todo o processo hermenêutico realizado pelo sistema jurídico – processo este explicitado no capítulo anterior e de suma importância –, que se demonstra essencial para que o Direito possa cumprir devidamente a sua função, pois não há como se inferir as consequência jurídicas e práticas – seja inicial ou posteriormente – da interpretação/aplicação dada a certo instituto jurídico, sem a utilização de outras ciências cujo objeto consista, estritamente, em analisar o comportamento humano, sob determinado viés, tais como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, dentre outras.

Nesta senda, verifica-se que a inexistência daquela teoria comportamental prejudica a realização das tarefas de *diagnose* e *prognose* jurídica, necessárias para que o Direito possa, efetivamente, contribuir para o bem-estar do grupo social por ele regulado.

Corroboram com esse entendimento as palavras de Gico Júnior (2012):

Enfim, precisamos não apenas de justificativas teóricas para a aferição da intuição que nos auxiliem em juízo de diagnóstico e prognose. Precisamos de teorias que permitam,

em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano (GICO JÚNIOR, 2012, p 11).

Dessume-se disso, portanto, que o Direito se utiliza dessas outras ciências afins, tais como as mencionadas anteriormente, para conseguir analisar a sociedade por ele regulada e verificar as implicações de sua atuação. Essas ciências, muito embora possam gerar inúmeras contribuições para o conhecimento jurídico, acabam por restringir a sua visão à necessidade de reaproximação do Direito a questões filosóficas relacionadas a preceitos morais e éticos que, ao final do dia, pouco contribuem para solução de dilemas práticos.

Não obstante à importância dessa visão, como já visto e demonstrado no capítulo anterior, pouco podem aquelas ciências auxiliarem o Direito a compreender, realmente, a eficácia das previsões legais, averiguando se as normas jurídicas conseguem efetivamente alcançar os resultados sociais almejados, quando de sua elaboração.

Neste cenário, a Análise Econômica do Direito, também conhecida pela sigla AED, se apresenta como uma dentre as várias outras saídas possíveis, para que o sistema jurídico possa analisar, empiricamente, os feitos de sua atuação na sociedade, através da utilização dos modelos econômicos que tentam compreender o impacto da atuação jurídica.

Em breve síntese, segundo Gico Junior (2012):

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. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito (GICO JUNIOR, 2012, p 14).

Segundo Zylberztajn e Sztajn (2005):

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os feitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional [...] (ZYLBERZTAJN; SZTAJN, 2005, p 3).

Infere-se, portanto, que a AED se apresenta como interessante alternativa para se compreender o impacto da atuação jurídica na realidade fática, visando instrumentalizar a atuação daqueles que se utilizam do sistema normativo, a fim de evitar distorções/prejuízos na aplicação das normas jurídicas.

Mas para se compreender as possíveis contribuições decorrentes da adoção dessa visão, algumas questões se demonstram importantes para o seu entendimento, quais sejam: *como surgiu a AED? O que se define por AED? Quais são os seus fundamentos? Como é a sua metodologia de aplicação?*

Essas as questões, dentre várias outras, serão explicitadas a seguir, no intuito de se apresentar e se delimitar o marco teórico deste estudo.

3.2 A AED e os seus principais fundamentos

3.2.1 O surgimento da aed

A utilização de conceitos e/ou modelos econômicos para se entender as implicações reais de questões jurídicas, não se apresenta como ideia nova. Em verdade, remonta aos economistas clássicos – tais como Adam Smith, Jeremy Bentham, Maquiavel, Hobbes e Locke –, bem como aos seus contemporâneos do Século das Luzes, essa prática (MACKAAY, 2015, p 8). No entanto, não se pode atribuir a eles a criação do que se compreende, na atualidade, por Análise Econômica do Direito.

De fato, pode-se afirmar que a moderna visão da AED surgiu nos EUA, aproximadamente na década de 1960 (MACKAAY, 2015, p 8). No contexto histórico do Realismo Jurídico estadunidense²³, vários trabalhos publicados por economistas e juristas, professores do curso de Direito de grandes universidades daquele país – especificamente a Universidade de Chicago e Yale –, foram responsáveis pela criação do denominado *movimento da Análise Econômica do Direito*.

Conforme demonstram Cooter e Ullen (2010, p 17-18), atribui-se ao artigo *O problema do custo social*,²⁴ publicado em 1960, pelo professor da Universidade de Chicago e Economista Ronald Coase, o caráter fundamental de estruturação não apenas dessa corrente teórica, mas de

²³ Corrente do pensamento jurídico estadunidense, sendo um dos seus mais notáveis defensores/propagadores o juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes Jr., pode ser assim definida: “[...] Os realistas são críticos rigorosos do mito formalista, de acordo com o qual o papel dos juízes consiste em deduzir soluções para os casos concretos a partir das categorias abstratas contidas na lei e nos precedentes. O que oriente o juiz, na verdade, são considerações relativas aos efeitos tangíveis das suas sentenças – isto é, à forma como os litigantes são afetados, às consequências econômicas e políticas da decisão –, assim como elementos psicológicos, suas intuições, palpites, preconceitos, etc” (TRAVERSONI, 2011, p 350) Sobre o tema, vide TRAVERSONI, 2011, p 348-351).

²⁴ *The Problem of Social Cost*, no original (tradução livre).

todo a visão apresentada pela Nova Economia Institucional, ²⁵ pedra angular sobre a qual foi construída a moderna visão da AED. Somam-se a este trabalho, os textos dos também professores Guido Calabresi, *Algumas reflexões sobre distribuição de risco e responsabilidade civil* (1961) e Gary Becker, *Crime e Punição: uma abordagem econômica* (1968), ²⁶ que são considerados como a base teórica para aqueles que pretendem compreender e se utilizar dessa abordagem.

Importante destacar, também, o grande papel exercido por Richard Posner, com o seu livro intitulado *Análise Econômica do Direito*, ²⁷ de 1973. Esse texto é considerado como o principal marco teórico de aceitação e de divulgação da AED (COOTER; ULLEN, 2010, p 17-18). Neste mesmo período, são criadas por várias faculdades de Direito e Economia estadunidenses, publicações científicas específicas sobre essa temática, que muito contribuíram na divulgação e na reflexão do assunto, no meio acadêmico jurídico daquele país.

Nas décadas que se seguiram, conforme relata Mackaay (2015, p 8-18), a AED foi difundida e expandiu-se para todo o sistema de ensino jurídico estadunidense, reverberando também nas práticas judiciárias, notadamente a partir da nomeação de Posner como juiz da Corte federal de apelações, em 1981, difundindo-se para outros países, das mais variadas tradições jurídicas e regiões do globo, tais como Israel, Coreia do Sul, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Bélgica, Áustria, Portugal, Argentina, México, Peru e Brasil, dentre inúmeros outros, tornando-se um movimento capaz de influenciar toda a cultura jurídica mundial.

Essa propagação da AED, em nível mundial, possibilitou o surgimento segmentos diversos dentro dessa linhas de pensamento, divergentes da denominada *Escola de Chicago*, vista como a vertente original da AED, que se fundamentava nos textos de Posner e se preocupava com as relações de mercado (MACKAAY, 2015, p 14-16), tais como a corrente conhecida por *Neoinstitucionalista*, encabeçada por Oliver Williamson, que seguiu os estudos de Coase sobre os arranjos institucionais e o seu papel na redução dos custos de transação; há outra, inspirada pela *Escola Econômica Austríaca*, que a partir dos estudos de Menger, Shumpeter, Von Mises, Hayek e Kirzner, criou dissidência que privilegiava a inovação, o empreendedorismo ao invés do equilíbrio econômico, assim como acentuava o caráter

²⁵ Em breve síntese, a Nova Economia Institucional pode ser definida como linha do pensamento econômico que, a partir dos trabalhos de Coase, estuda a importância das organizações sociais como elemento de redução dos custos de transação, através da criação de arranjos institucionais, que possibilitam aos agentes econômicos tomar decisões mais eficientes sobre a alocação de recursos escassos. Sobre o tema, vide ZYLBERZTAJN; SZTAJN, 2005, p 1-59.

²⁶ *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* e *Crime and Punishment: An Economic Approach*, no original, respectivamente (tradução livre).

²⁷ *Economic Analysis of Law*, no original (tradução livre).

subjetivista dos valores envolvidos nas análises econômicas; surgiu também a escola denominada de *Escolha Pública*²⁸, orientada pelos trabalhos de Downs, Buchanan, Tullock e Olson, que se preocupava com o estudo do chamado *mercado da política*, analisando a eficiência e a pertinência das políticas públicas; houve ainda a linha reconhecida por *Economia Política Constitucional*, criada por Buchanan, que se dedicou a investigar os arranjos constitucionais que retratassem as escolhas da maioria dos cidadãos de dada sociedade, do modo mais fiel possível, afastando-se da vontade dos grupos sociais dominantes; por fim, já nos primeiros anos deste novo milênio, iniciou-se a vertente conhecida como *Análise Econômica Comportamental do Direito* ou *Direito e Economia Comportamental*²⁹, que tenta explicar as regras que impedem e/ou possibilitam os limites e os desvios de racionalidade dos agentes econômicos, no processo de tomada de decisão.

Importante registrar que todas essas dissidências, em verdade, acabaram por convergir para o caminho da *Escola de Chicago*, mantendo cada uma as suas particularidades científicas estruturantes, mas todas são consideradas como pertencentes ao *movimento da Análise Econômica do Direito*.

Em especial no Brasil, a AED encontrou nas faculdades de Direito dos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, São Paulo e no Distrito Federal, terreno fértil para sua proliferação no meio acadêmico, sendo amplamente divulgada por juristas de expressão, tais como João Bosco Leopoldino, Rachel Sztajn, Luciano Benneti Timm, Alexandre Bueno Cateb, Ivo Gico Jr, Márcia Carla Pereira Ribeiro, Bruno Meyerhof Salama, Cristiano Carvalho, Eduardo Goulart Pimenta, Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Jairo Saddi, dentre inúmeros outros, sendo hoje estudada praticamente em quase todas as universidades.

Desse modo, percebe-se que a Análise Econômica do Direito, embora ainda recente na história jurídica, se apresenta como relevante vertente teórica, que se encontra em franca expansão, principalmente a partir do final do século passado e, caso se pretenda realizar estudo teórico jurídico de caráter inovador e vanguardista, impõe-se a sua utilização ou, ao menos, a sua menção.

Traçado os principais contornos históricos sobre o surgimento da AED, necessário se faz apresentar e compreender, efetivamente, quais são os seus principais fundamentos.

²⁸ *Public choices*, no original (tradução livre).

²⁹ *Behavioral Law and Economics*, no original (tradução livre).

3.2.2 A racionalidade econômica limitada e o processo de tomada de decisão humana

Para se compreender as premissas que embasam a Análise Econômica do Direito, importante se demonstra, primeiramente, refletir acerca da sua definição.

Na visão de Ribeiro e Klein (2011), a AED pode ser assim delimitada:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p 17-18).

Percebe-se, a partir disso, que entender os fundamentos da AED perpassa, logicamente, pela percepção da base teórica da própria Economia, pois é o seu ferramental analítico que será utilizado para auxiliar o Direito, na tarefa de enxergar/investigar a realidade social.

Necessário, portanto, perguntar-se: *o que é a Economia? Qual o seu objeto de estudo?*

Costuma-se apontar como objeto de estudo da Economia, questões relacionadas ao mercado financeiro e ao sistema econômico estatal, abarcando assuntos como emissão de moeda, mensuração do produto interno bruto – o PIB –, produtividade e crescimento econômico, índices de inflação, desemprego, desenvolvimento de determinado local, resultado das contas públicas, balança comercial, dentro inúmeros outros assuntos similares.

Importante esclarecer, neste momento, que essas também são questões afetas à Economia, mas este ramo do conhecimento não se reduz apenas a tais temas. Em verdade, o objeto de estudo daquela ciência é muito mais abrangente, podendo abarcar inúmeros outros assuntos que influenciam na dinâmica da vida em sociedade, como demonstra Gico Júnior (2012):

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros etc. assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual é o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? Essas barreiras são boas para os consumidores? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o rio Uruguai? Por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo?

Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5h e 8h30min da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão foi efetivamente prequestionada? Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravessasse na faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas

algumas peças específicas? Por que o governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?

Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudo por economistas ou cientistas sociais empregando o método econômico (GICO JÚNIOR, 2012, p 12-13).

Verifica-se, assim, que praticamente qualquer tema poderá ser analisado sob o viés econômico, mas esta afirmação pouco ou nada auxilia na delimitação do objeto de estudo daquela ciência.

Neste ponto, considera-se relevantes as palavras de Vasconcelos e Garcia (2008), no que concerne à definição de Economia:

Economia é a ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas (VASCONCELOS; GARCIA, 2008, p 2).

Do mesmo modo, a visão de Mankiw (2009) também contribui para elucidar aquele questionamento:

Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas. Assim sendo, os economistas estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam, e como investem suas economias. Estudam também como as pessoas interagem umas com as outras (MANKIW, 2009, p 4).

Constata-se, assim, que a Economia pode ser vista como a ciência dedicada ao estudo do comportamento humano em sociedade, preocupando-se em analisar, especificamente, o processo de tomada de decisão dos sujeitos e as relações destes, no intuito de sistematizar como é realizada a tarefa de alocação dos recursos existentes, com o objetivo de satisfazer aos desejos/problemas/necessidades/vontades daqueles que pertencem ao grupo social.

Nesta ótica, infere-se que o objeto de reflexão econômica reside em compreender a dinâmica mental e relacional dos sujeitos, a fim de identificar os fatores/condições/situações que levam a determinada decisão humana. Vê-se, portanto, que ela também pode ser classificada na categoria de teoria do comportamento.

Nota-se, ainda, que outros elementos importantes estão presentes nas definições acima apresentadas: as pessoas *decidem*, visando *alocar recursos escassos*, para *satisfazer as suas necessidades*, ou seja, os sujeitos expressam a sua vontade, em determinado sentido, analisando qual o melhor arranjo possível para que consigam, utilizando dos recursos existentes e

disponíveis, melhoria na sua condição inicial. Para bem se compreender essa dinâmica, necessária a observação de cada um desses termos.

Inicialmente, segundo a visão econômica de *recursos*, todo e qualquer bem/material/elemento, seja ele corpóreo ou incorpóreo, existente/disponível pode ser considerado como recurso, englobando não apenas moeda ou algo que possa ser expresso monetariamente, mas sim tudo aquilo o que pode ser utilizado pelo homem, direta ou indiretamente – o ar, o tempo, a luz, a inteligência, a fala, as relações, o ensino são exemplos de recursos –, para se realizar qualquer atividade, encontra-se nessa categoria. Mas esses *recursos*, neste raciocínio, são considerados *escassos*. O que se deve entender por escassez?

As lições de Nogami e Passos (2005) elucidam esse ponto:

A escassez existe porque as necessidades humanas a serem satisfeitas através do consumo dos mais diversos tipos de bens e serviços são infinitas e ilimitadas, ao passo que os recursos produtivos à disposição da sociedade e que são utilizados na produção dos mais diferentes tipos de produtos finitos e limitados [...] (NOGAMI e PASSOS, 2005, p 4).

Nesta ótica, infere-se que o termo *escassez* retrata o caráter limitado, finito dos recursos disponíveis para que o homem realize qualquer atividade em sociedade, objetivando a satisfação de certo desejo/problema/necessidade/vontade que possua. Assim, quando se trata de recursos escassos, segundo a visão econômica, aborda-se a impossibilidade de utilização por todos os sujeitos dos bens dos serviços, dos materiais existentes atualmente, para satisfação dos seus interesses, o que evidencia a necessidade de se escolher qual será a destinação dada àquele recurso.

Importantes são as reflexões trazidas por Mackaay (2015), no concerne à escassez:

Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso. Mas, na abundância que reinava antes, era perfeitamente supérfluo regular o uso. Quando a escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos. Isso ou a anarquia.
A concorrência de usos nessas circunstâncias é a fonte de disputas e conflitos [...] (MACKAAY, 2015, p 29).

Dessume-se, portanto, que a noção de *escassez* permite-se constatar que não será possível atender a todos os anseios dos sujeitos de dado grupo social, pois inexitem recursos – no sentido mais amplo cabível – suficientes para tanto. Logo, percebe-se que a maneira de melhor se utilizar os recursos existentes, segundo a visão econômica, será aquela que propiciar maior benefício para os sujeitos e para o grupo social ao qual eles pertencem ou, em termos econômicos, aquela que gerar a *maximização da riqueza/bem-estar*.

No que tange à *maximização de riquezas*, este termo representa o possível incremento da qualidade de vida e/ou do bem-estar, em relação à sua posição anterior, seja de certo sujeito em específico ou do grupo social como um todo, a depender da situação sob análise.

Sobre este assunto, esclarecedores se demonstram os ensinamentos de Cooter e Ullen (2010):

Escolher a melhor alternativa que as restrições permitem pode ser descrito matematicamente como *maximização*. Para perceber por que, leve em conta que os números reais podem ser classificados em ordem crescente, dos menores para os maiores, assim como o consumidor racional classifica as alternativas de acordo com o quanto elas lhe dão o que ele quer. Consequentemente, melhores alternativas podem ser associadas com números maiores (COOTER e ULLEN, 2010, p 37).

Note-se que o termo “*riqueza*” não deve ser compreendido unicamente como a expressão monetária de algo, mas, em verdade, como a melhor destinação dada a determinado recurso, pois há *maximização de riqueza* mesmo que não se tenha valores envolvidos, como ocorre, por exemplo, quando há aumento do tempo disponível de um pai para brincar com o seu filho, se isso for considerada uma necessidade. Para ambos, esse acréscimo de tempo poderá significar a melhora nas suas relações, na sua qualidade de vida, ainda que isso não implique, necessariamente, maior disponibilidade e/ou retorno financeiro para as partes envolvidas e, portanto, a alocação desse recurso – o tempo do pai – poderá ser considerada *eficiente*.

Quanto à ideia de *eficiência*, sem adentrar em discussões mais profundas sobre o tema, ³⁰ ela pode ser definida como “a propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos” (MANKIWI, 2009, p 5), ou seja, a capacidade inerente à organização social de se utilizar dos seus recursos – que como já visto são limitados – da melhor maneira possível, alcançando a satisfação de certas necessidades humanas, de modo mais adequado.

Para satisfazer as suas necessidades, sejam elas quais forem, os sujeitos devem realizar *escolhas* ³¹ que, conforme explica Mankiw (2009, p 4):

Certamente você conhece o provérbio: “nada é de graça”. Ele expressa uma grande verdade, para conseguirmos algo que queremos, geralmente, precisamos abrir mão de outra coisa de que gostamos. A tomada de decisões exige escolher um objetivo em detrimento de outro.

[...]

³⁰ Em termos econômicos, a eficiência pode ser mensurada de diversas maneiras. Há três teorias que se destacam sobre esse tema: a eficiência de Pareto, de Kaldor-Hics e segundo Posner. Cada uma dessas teorias contribui para a definição de eficiência, entretanto, a complexidade de sua enunciação dificulta, em alguns casos, a sua aplicação. A eficiência na visão de Pareto, a título de exemplo, envolve a noção subjetiva de melhora/piora da condição inicial dos agentes, mediante a alocação de recurso que favoreça alguns dos sujeitos, em detrimento de outros, sem que estes últimos se sintam lesados com esse ato. Sobre o assunto, vide COOTER e ULLEN, 2010, p 36-38; e GICO, 2012, p 27-33.

³¹ Tradução livre do termo econômico *tradeoff*.

Quando as pessoas estão agrupadas em sociedade, deparam com tipos diferentes de *tradeoff*. O *tradeoff* clássico se dá entre “armas e manteiga”. Quanto uma sociedade gasta em defesa nacional (armas) para proteger suas fronteiras contra agressores estrangeiros, menos gasta com bens de consumo (manteiga) para elevar o padrão de vida interno (MANKIW, 2009, p 4).

Dessume-se que o processo de tomada de decisão humana terá sempre como finalidade a realização de *escolhas*. Parece óbvio esta conclusão, mas isso demonstra que não há, ao menos a princípio, relação humana sem a racionalização, pelos indivíduos envolvidos, do seu resultado, ou seja, determinar se essa relação poderá propiciar ou não o aumento do bem-estar, da riqueza desses sujeitos.³²

Para que essas *escolhas* sejam realizadas, as pessoas avaliam, dentre as soluções/caminhos possíveis, os fatores que poderão levar ao aumento ou à diminuição da riqueza final, resultante da ação realizada. Esses fatores, segundo a nomenclatura econômica, são conhecidos como *custos* e *benefícios*.

No que concerne aos *benefícios*, não se demonstra difícil entendê-los, pois são assim considerados todos os resultados positivos, mesmo que em hipótese, decorrentes daquela ação humana a ser realizada. Mas sobre os custos, certa confusão pode ser instaurada, em virtude da visão financeira monetária atrelada a esse tema.

Na percepção econômica, conforme demonstra Mankiw (2009, p 6), o termo *custo* deve ser compreendidos como “qualquer coisa de que se tenha de abrir mão para se obter algum item”, ou seja, se for considerado que existem várias escolhas possíveis de serem realizadas, mas como apenas uma delas poderá ser feita, já que as escolhas são excludentes, todas as demais serão excluídas e, portanto, serão o *custo* – ou *custo de oportunidade* - daquela escolha em específico.

Desse modo, verifica-se que todas as demais opções existentes para utilização de determinado *recurso*, diversas daquela escolhida pelo sujeito, constituem o *custo* de determinada ação. Se o *benefício* advindo dessa *escolha* for maior que o seu *custo*, ela será realizada, mas se o resultado for o inverso, o agente não procederá daquele modo.

³² Importante esclarecer que não se desconsidera, neste trabalho, as contribuições das ciências neurobiológicas, que investigam o pensamento humano, o funcionamento do cérebro e como as reações neurais ocorrem, seja mediante estímulo ou instinto. O que se pretendem evidenciar com afirmações como as realizadas até este momento, é o fato dos seres humanos analisarem, de modo consciente ou não, os custos e os benefícios advindos de cada situação, para decidirem como agirão. Seria leviano desconsiderar que existem fatores neurológicos e biológicos que influenciam na realização dessa reflexão, mas isso apenas complicaria, ainda mais, o estudo do tema, além de fugir completamente do foco deste trabalho. Assim, ressalva-se que as reflexões aqui apresentadas enunciam uma visão extremamente simplificada do fenômeno psíquico humano, apenas para facilitar a compreensão dos conceitos econômicos aqui trabalhados.

Importante salientar que a ideias de *custo e benefício não* compreendem apenas, como já dito, a expressão financeiro-monetária desses, mas sim todo o dispêndio/acréscimo realizado ao se proceder determinada escolha, como se verifica da situação exemplificada a seguir (MANKIW, 2009):

Consideremos, por exemplo, a decisão de ir à faculdade. Os benefícios principais são o enriquecimento intelectual e uma vida com melhores oportunidades de emprego. Mas qual é o custo? Para responder a essa pergunta, você talvez sinta-se tentado a somar os gastos que tem com anuidades, livros, moradia e alimentação. Mas, na verdade, esse total não representa aquilo que você sacrifica para passar um ano na faculdade.

Há dois problemas com esse cálculo. Primeiro, ele inclui algumas coisas que não são, na verdade, custos para frequentar a faculdade. Mesmo que você abandone os estudos, precisará de um lugar para dormir e de comida para se alimentar. Os custos de moradia e alimentação somente serão custos se forem mais caros na faculdade do que em outro lugar. Segundo, esse cálculo ignora o maior custo de cursar a faculdade – o tempo. Quando você passa um ano assistindo às aulas, lendo livros e fazendo trabalhos, não pode dedicar esse tempo a um emprego. Para a maioria dos estudantes, os salários que deixam de ganhar enquanto estão na faculdade são os principais custos de sua educação (MANKIW, 2009, p 5).

Corroboram com aquele entendimento, as palavras Gico Júnior (2015):

Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos agem normalmente como se ponderassem os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, traz-lhe mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora*. Mais sobre isso adiante.

A grande implicação desse postulado para a *juseconomia* é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá leva-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, *peçoas respondem a incentivos* (GICO JÚNIOR, 2015, p 20).

Outro aspecto que se demonstra relevante, está no fato que *as pessoas reagem a incentivos*. Na visão econômica, os sujeitos apenas realizarão determinada *escolha* se o *benefício* advindo desta compensar o *custo* respectivo, como explicitado anteriormente. No entanto, essa equação poderá ser alterada, dependendo do *incentivo* concedido aos sujeitos, para que eles adotem ou não determinado caminho.

Assim sendo, vê-se que existem fatores outros, que não dizem respeito diretamente aos sujeitos, mas que podem influenciar o processo de tomada de decisão desses, determinado as ações dos envolvidos, sendo também elemento de grande relevância para a compreensão da estrutura do processo decisório humano, conforme evidenciam as palavras de Mankiw (2009), ao afirmar que:

Incentivo é algo que induz a pessoa a agir. Como as pessoas racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a incentivos, que têm papel importante no estudo de economia. Certo economista sugeriu que todo o setor da economia poderia ser simplesmente resumido com a seguinte frase: “As pessoas respondem a incentivos. O resto são comentários” (MANKIW, 2009, p 7).

Desse modo, percebe-se a necessidade de observação da *estrutura de incentivos* existentes, conjuntamente com a relação de *custos e benefícios* decorrentes de cada escolha realizada, para se compreender não apenas o motivo pelo qual foi tomada certa decisão pelo sujeito, mas também se essa ação, efetivamente, ocasionou a maximização da riqueza, não só para aqueles envolvidos, mas também para o grupo social no qual ele se encontra inserido. Desse modo, denota-se a importância do contexto existente para a que as escolhas sejam realizadas, o que se denomina na linguagem econômica por *mercado*.

Sobre esse assunto, esclarecedores são as palavras de Gico Júnior (2012):

Os contextos sociais onde a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganha chamamos de *mercado*.

Mais uma vez, é importante esclarecer que dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de ideias, de políticos ou mesmo de sexo.

Essa distinção é importante, pois – não raro – ao se falar em mercado de alguma coisa, os ouvintes associam automaticamente à ideia de dinheiro e de desvalorização do bem barganhado. Esse preconceito não corresponde à realidade. Na *juseconomia*, a referência a mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação (GICO JÚNIOR, 2012, p 20-21).

Constata-se, então, que a definição de *mercado* consiste, em verdade, em se determinar o local, o ambiente, o âmbito no qual ocorrem as relações entre os sujeitos – também denominados como agentes econômicos –, propiciando a estruturação e o planejamento de como será realizada a alocação dos recursos, visando a maximização da sua riqueza.

Desse modo, quando se refere a decisão de mercado, como acima, está se afirmando que a escolha realizada pelos sujeitos se deu em certo ambiente maior, no qual as suas ações possuem certo contexto.

Neste cenário, demonstra-se interessante perceber que as decisões dos agentes econômicos podem gerar efeitos, que poderão atingir outros terceiros e influenciar determinadas escolhas, não relacionadas àquelas feitas inicialmente, pois essas decisões são tomadas mercado.

A esse efeito das decisões humanas é dado o nome de *externalidade*, visto por Mankiw (2009, p 11) como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomam parte da ação”, que tanto podem acarretar em *benefício externo* aos sujeitos envolvidos em determinada relação – o que se denomina como *externalidade positiva* –, quanto pode acarretar em *custo externo* à relação, prejudicando a alocação de recursos – conhecida por *externalidade negativa*.

Sobre esse tema, interessantes são as lições de Cooter e Ullen (2010):

A troca ou intercâmbio dentro de um mercado é voluntária e mutuamente benéfica. Normalmente, as partes envolvidas na troca captam todos os benefícios e assumem todos os custos, tendo, portanto, as melhores informações sobre a desejabilidade da troca. Mas às vezes os benefícios de uma troca poderão se refletir em outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas nela. Além disso os custos a troca também poderão se refletir em outras partes. O primeiro caso é um exemplo de um *benefício externo*; o segundo, de um *custo externo*. Um exemplo de benefício externo é a polinização que um apicultor oferece a seu vizinho que tem um pomar de maçãs. Um exemplo de custo externo é a poluição do ar ou da água (COOTER; ULLEN, 2010, p 61).

Diante dessas constatações, denota-se que as decisões humanas, na visão econômica, não são tomadas isoladamente, ou seja, o sujeito/agente econômico não determina sozinho como serão alocados os recursos escassos. Em verdade, esta decisão pode ser considerada como *social*, pois é tomada dentro do ambiente de interação dos agentes – o *mercado* –, em consonância com os incentivos que lhe são dados, podendo ser impactadas pelos efeitos causados pelas decisões de outros – as *externalidades*.

Logo, percebe-se que é não apenas o mero resultado da subtração entre *custos e benefícios* que determinará como serão alocados os recursos pelo agente, mas sim essa complexa teia de relações econômicas que influenciarão na tomada de todas as decisões em sociedade, visando alcançar a saída alocativa que possa propiciar a *maximização da riqueza/bem-estar* dos agentes econômicos envolvidos em cada relação e, até mesmo, para o próprio grupo social.

Importante notar, no entanto, que nem sempre a decisão de *mercado* poderá alocar, eficientemente, a alocação de determinado *recurso*, pois existem situações em que as influências do mercado serão insuficientes para que decisão tomada maximize a riqueza. Tais situações são conhecidas como falhas de mercado, definida por Mankiw (2009, p 11) como “uma situação em que o mercado, por si só, fracassa ao alocar recursos com eficiência.”

O combate a essas falhas, decorrentes das *externalidades negativas* geradas pelas decisões tomadas no mercado, são o grande desafio a ser enfrentado pelas ciências econômicas, na busca pela *maximização da riqueza*, pois elas impedem que os agentes tomem decisões alocativas *eficientes* e, assim, o *equilíbrio de mercado*.

Sobre a definição de *equilíbrio de mercado*, a sua importância e suas consequências, relevante são as lições de Gico Júnior (2012):

Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em *equilíbrio*. Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável

de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico, até que o equilíbrio seja alcançado. Esse resultado poderá ser diverso se estivermos tratando de um contexto hierárquico no qual a livre barganha não ocorre. O padrão de comportamento da coletividade se depreende da ideia de equilíbrio das interações dos agentes individuais.

Como o equilíbrio decorre da livre interação dos agentes até que todas as possibilidades de trocas benéficas se esgotem, diz que um mercado em equilíbrio tem uma propriedade socialmente valiosa: o seu resultado eliminou todos os desperdícios, ou seja, é eficiente [...] (GICO JÚNIOR, 2012, p 21).

Nesta ótica, percebe-se que o *equilíbrio de mercado* se apresenta como fato desejável, cabendo aos sujeitos sempre buscá-lo, em razão dos benefícios econômicos e alocativos dele decorrentes. Para tanto, deve-se combater a existência de *falhas de mercado*, que impediram que o *mercado* alcance aquele ponto.

Para realizar essa tarefa, a Economia se utiliza da atribuição de *direitos de propriedade*, definidos, segundo a visão de Mankiw (2009, p 10), como “habilidade de um indivíduo para possuir e exercer controle sobre recursos escassos”.

Esse último fundamento econômico deve ser compreendido com a atribuição de direito na categoria mais ampla possível e imaginável – seja como restrição, limitação, exclusividade ou outro modo. A noção central a ser adotada aqui, consiste na possibilidade desses denominados *direitos de propriedade* – que não se confundem com os direitos reais previstos no Código Civil – possam gerar incentivos suficientes, para que os agentes econômicos possam superar as *falhas de mercado*, voltando a decidir eficientemente sobre a alocação de determinado recurso, o que fará com o que o mercado retorne ao seu equilíbrio.

Em suma, a Economia busca entender as interações e o processo de tomada de decisão humana, realizada pelos os agentes econômicos (as pessoas em geral, que agem racionalmente), que visam a satisfação de suas necessidades, utilizando-se dos recursos existentes na sociedade, recursos esses que são escassos. Essa escolha é feita considerando-se os custos e os benefícios – não necessariamente monetários – envolvidos, no intuito de propiciar a alocação mais vantajosa (eficiente) para os recursos escassos e maximizando a riqueza da sociedade. Importante salientar que essa decisão é tomada dentro determinado ambiente, chamado mercado, que gera incentivos para a atuação dos agentes ocorram em determinado sentido, propiciando o equilíbrio de mercado. As escolhas realizadas pelos sujeitos impactam também outras relações ocorridas no mercado, podendo contribuir para essas ou, o que não é desejável, prejudica-las, originando a falha de mercado, que deve ser combatida sempre.

Delineados tais conceitos econômicos fundamentais utilizados pela Análise Econômica do Direito, impõe-se o estudo sobre o do Teorema de Coase, formulação central para a compreensão da AED, com já exposto, e marco teórico deste trabalho.

3.3 O Teorema de Coase

As contribuições de Ronald Coase para o *movimento da Análise Econômica do Direito* são consideradas de suma importância, pois foi a partir de seu trabalho que essa linha de pensamento se desenvolveu, o que evidencia a necessidade de sua análise

O artigo *O problema do custo social*³³, escrito e publicado na década de 1960, pelo economista e professor da Universidade de Chicago Ronald Henry Coase, é apontado como o trabalho mais citado por juristas e economistas, na segunda metade do século XX (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p 71), podendo ser considerado como um dos mais relevantes textos jurídicos pós-modernos.

Esse trabalho consiste, em verdade, na crítica às ideias defendidas pelo também economista Arthur Cecil Pigou, em seu artigo *A economia do bem-estar*,³⁴ no qual foi analisado o impacto das externalidades econômicas na determinação das regras de responsabilidade civil (MACKAAY, 2015, p 201). Na visão de Pigou, em síntese (COASE, 2010, p 1), essas regras seriam essenciais para as relações de mercado, pois sem a intervenção do Direito, os sujeitos não encontrariam modo adequado de compensação/retribuição dos danos causados a terceiros. Desse modo, o Direito poderia ser considerado instrumento de eficiente alocação dos recursos escassos e de redução das externalidades.

Após grande reflexão e análise dos argumentos pigovianos, verificou Coase que, independentemente da estipulação legal sobre o dever de indenizar a outrem, no cenário ideal em que as relações humanas ocorressem sem custos de transação, as partes envolvidas conseguiriam barganhar, firmando acordo que melhor fixasse o dever/direito à indenização, reduzindo os custos totais envolvidos e alocando eficientemente os recursos, o que geraria a maximização da riqueza. Em suma, ideia coaseana demonstrava o equívoco do argumento de Pigou.

Acerca do raciocínio desenvolvido por Coase, interessantes são as palavras de Mackaay (2015):

³³ Esta é a tradução mais aceita do título do referido artigo originalmente intitulado *The Problem of Social Cost*.

³⁴ Tradução livre do autor. O título original do trabalho é *The Economics of Welfare*.

Refletindo sobre a questão, pareceu-lhe que as externalidades constituíam, no fundo, diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso. Espetacularmente, concluiu que a solução a que as partes chegariam para resolver tais diferenças, *não depende da forma pela qual os direitos são atribuídos*, mas é sempre a utilização mais valorizada (a mais proveitosa) a que prevalecerá. Se a parte que deseja empreender não tem, no início, o direito de seu lado, ela o “adquire” e indeniza a outra parte, garantindo para si certo lucro. O inverso não é verdadeiro porque a outra parte, cuja utilização é menos rentável, seria incapaz de indenizar a primeira pela perda do lucro que sofreria se devesse se priva de exploração em questão. A regra de responsabilidade, ou outra regra corretiva, que Pigou considerava essencial, seria desnecessária para fazer respeitar a veracidade dos preços (MACKAAY, 205, p202).

Para chegar a esta conclusão, Coase realizou no seu artigo a análise de vários casos oriundos da jurisprudência dos tribunais ingleses e norte-americanos, nos quais a questão central abrangia a ocorrência de possíveis danos causados entre propriedades vizinhas, decorrentes da utilização normal dessas, evidenciando os custos envolvidos nessas relações, assim como as decisões proferidas pelos órgãos judicial que os julgaram e qual seria processo decisório, em termos econômicos, utilizado para resolução desses conflitos.

Constatou ele que o cerne da questão debatida nesses casos, contrariamente ao que se imaginava, não reside na determinação jurídica de quem tem o *dever de indenizar* outrem, mas sim qual das partes envolvidas tem o *direito de causar dano* à outra. Isso ocorre em razão de fato verificado por Coase: em situação como as discutidas em seu trabalho, ambas as partes envolvidas são, simultaneamente, autores e vítimas dos danos ocorridos e, portanto, haveria em para ambas o dever de indenizar o outro, em virtude dos danos sofridos, como se denota do seguinte trecho (COASE, 2010, p 1):

A questão é normalmente pensada como uma situação em que *A* inflige um prejuízo a *B*, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir *A*? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a *B* implicaria causar um prejuízo a *A*. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: *A* deveria ser autorizado a causar prejuízo a *B*, ou deveria *B* ser autorizado a causar um prejuízo a *A*? O problema é evitar o prejuízo mais grave (COASE, 2010, p 1).

Para exemplificar a análise realizada por Coase, interessante citar um dos vários casos presentes em seu texto. Escolhe-se o caso *Sturges v. Bridgman* (COASE, 2010, p 7-9), que versou sobre conflito existente entre um confeitiro e seu vizinho médico. Conforme relata o autor, versava o caso sobre a possibilidade de o confeitiro ser obrigado a paralisar suas atividades profissionais, exercidas em determinada localidade há muitos anos, em virtude do excesso de ruídos e das vibrações produzidas pelo maquinário por ele utilizado, que atrapalhavam seu vizinho médico, que havia construído a pouco tempo seu consultório, em área mais próxima da confeitaria, de realizar o exame de seus pacientes.

Assim como nos outros diversos casos analisados por Coase, abordados no seu estudo, a questão central permanece sempre a mesma: qual o prejuízo maior a ser evitado entre as partes – neste caso, a cessação das atividades do confeitiro ou a queda na remuneração do médico – e como se poderia chegar a solução mais eficiente alocativa do *dever de indenizar*, em termos econômicos?

Para esclarecer esses questionamentos, relevantes são as palavras de Cooter e Ullen (2010, p 102), analisando os ensinamentos presentes naquele artigo:

Quando uma atividade estorva outra, a lei precisa decidir se uma das partes tem o direito de estorvar ou se a outra parte tem o direito de ficar livre do estorvo. Aparentemente, a justiça exige que a parte que causa o dano pague por ele. Em contraposição a isso, a eficiência exige que se aloque o direito à parte que mais o valoriza. Quando as partes seguem a lei de maneira cooperativa, a alocação jurídica de direitos afeta a eficiência. Quando as partes negociam com sucesso, a alocação jurídica de direitos não importa para a eficiência. Pressupondo-se uma negociação exitosa, o uso de recursos (a colocação de uma cerca, o número de cabeças de gado, a área de terra plantada em campos de milho, e assim por diante) é eficiente, independentemente da regra jurídica (COOTER; ULLEN 2010, p 102).

Desse modo, percebe-se que Coase concluiu que independentemente da intervenção do Direito, se os agentes envolvidos em qualquer tipo de litígio, puderem construir o acordo que verse sobre a determinação dos direitos e deveres, há tendência de que elas possam, eficientemente, determinar a melhor alocação para os recursos, desde que não existam custos de transação a prejudicar a realização da barganha pelas partes.

Para melhor se compreender o pensamento, um questionamento se demonstra central: *O que são custos de transação?*

Importantes se apresentam as lições de Cooter e Ullen (2010) sobre esse tema:

O que são custo de transação? Será que eles alguma vez são realmente desprezíveis? Não podemos usar o Teorema de Coase para entender o direito sem responder essas perguntas. Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação comercial: (1) custos da busca para realização do negócio, (2) custos da negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado (COOTER; ULLEN 2010, p 105).

Constata-se, desse modo, que os custos de transação podem ser definidos como todos os custos envolvidos no processo de tomada de decisão, principalmente quando se faz necessário o acordo (barganha) entre as partes, compreendendo tanto os custos *pré-contratuais*

– decorrentes do processo de formação/negociação do pacto –, os *contratuais* – aqueles que originam na própria construção do acordo – e os *pós-contratuais* – os custos necessários para se fazer cumprir o pacto, que impactam na eficiência da decisão construída pelas partes.

Registre-se que o estudo coaseano considerou uma realidade em que os custos de transação fossem iguais a zero, ou seja, esses não se encontram presentes. Neste cenário, efetivamente, existe a tendência que as partes consigam negociar e chegar, conjuntamente, a melhor decisão alocativa. No entanto, essa é uma condição que não é possível ocorrer no mundo real, o que acarreta na percepção que todas as decisões tomadas possuem custos de transação. Logo, se os custos forem positivos, haverá a possibilidade que os agentes aloquem o recurso da pior maneira possível ou, até mesmo, nem consigam negociar.

Importante salientar esse aspecto do estudo promovido por Coase, pois a principais críticas ao seu trabalho são exatamente nesse sentido. Mas ele não desconhece essa realidade, como se perceberá a seguir.

Sem desconsiderar as demais reflexões procedidas por Coase acerca dos demais casos mencionados em seu trabalho, a sua principal contribuição para o mundo acadêmico foi o denominado *Teorema de Coase*, presente implicitamente no seu texto, mas que, curiosamente, não foi por ele formulado. Em verdade, coube ao também economista e professor George Stigler a sua enunciação (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p 71), que pode ser assim vista, em linhas gerais:

O Teorema foi expresso por Stigler da seguinte forma: “sob concorrência perfeita, os custos sociais e privados serão iguais”. A formulação mais conhecida, entretanto, pode ser assim enunciada: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem”. O teorema de Coase, portanto, depende de uma suposição inicial: de que os custos de transação sejam iguais a zero (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p 71).

Percebe-se que o *Teorema de Coase* evidencia, em síntese, os efeitos dos custos de transação sobre o comportamento racional dos agentes econômica. Nas relações entre esses, quando não se fizerem presentes custos de transação, há a tendência que as partes consigam, através de negociação, alcançar o resultado alocativo para determinado recurso escasso, do modo mais eficiente possível, além de permitir que eles encontrem, pela via consensual, a solução para eventuais controvérsias existentes no caso, não importando qual seja a previsão normativa em a questão.

Outro aspecto interessante presente no teorema, reside no fato que a estipulação inicial de direito de propriedade aos agentes econômicos, envolvidos em qualquer relação, poderá incentivá-los a proceder a negociação e a encontrar a solução mais eficiente para o caso, desde

que se considere o cenário em que custos de transação sejam iguais a zero, como se pode verificar (COASE, 2010):

É necessário saber se a atividade nociva é ou não responsabilizável pelos prejuízos que causa, uma vez que, sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos, não poderá haver transações no mercado para transferência ou recombinação desses direitos. No entanto, o resultado final (que maximiza o valor da produção) independe do posicionamento legal, desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos (COASE, 2010, p 7).

Nota-se, então, que o papel exercido pelo Direito, neste cenário em específico, deveria se restringir a tentar manter/propiciar as condições de mercado necessárias para que os agentes possam tomar as suas decisões eficientemente, realizando as trocas e a alocação dos recursos escassos, independentemente do sentido expresso pela norma jurídica.

Deve-se registrar, também, que as conclusões apresentadas no teorema coseano não dizem respeito apenas a situações relacionadas à responsabilidade civil, pois existem dois elementos – as denominadas *hipóteses de eficiência e de invariância* – que demonstram veracidade e de aplicabilidade dos postulados presentes no trabalho de Coase, para toda e qualquer situação humana, encontradas no mundo real, conforme demonstram as palavras de Ribeiro e Klein (2011):

O Teorema de Coase pode ser dividido em duas hipóteses [...] a hipótese da eficiência e a hipótese da invariância. A hipótese da eficiência afirma que as partes sempre são capazes de chegar a um acordo que corresponde a solução eficiente para a situação. A hipótese da invariância afirma que essa solução será sempre alcançada, não importando como a responsabilidade legal seja disposta (2011, p 74).

Ante tais constatações, poderia se chegar a conclusão equivocada que o Direito não deveria exercer outra função, senão aquela. No entanto, deve-se considerar que a realidade humana não possui situações em que os custos de transação sejam iguais à zero. Assim, a intervenção do Direito para auxiliar na alocação eficiente dos recursos será imperiosa, como destacam as lições de Mackaay (2015):

O direito da responsabilidade não tem mais nenhum papel? Essa conclusão seria prematura, pois, na sua demonstração inicial, Coase avança a hipótese de que as partes possam, sem custo, chegar a um entendimento. Mas, em seguida no artigo, abandona tal hipótese simplificadora e mostra que, havendo custos para a conclusão de um acordo, e por isso certos acordos que parecem proveitosos não serão concluídos, a configuração dos direitos tem influência sobre o uso preciso que será dado aos recursos escassos. O saber do jurista é reabilitado (MACKAAY, 2015, p 203).

Como já visto acima, praticamente inexitem situações, no mundo real, nas quais os custos de transação sejam iguais a zero e/ou negativos. Logo, a decisão dos agentes econômicos, nessa situação, tende a ser a pior provável, prejudicando a realização da barganha pelas partes, impedindo que elas cheguem ao resultado economicamente eficiente.

Nesse cenário, se demonstram relevantes às palavras de Cooter e Ullen (2010, p 103), que ao analisar o Teorema de Coase, constataram que:

O teorema afirma abstratamente o que nosso exemplo mostrou concretamente: se os custos de transação são iguais a zero, não precisamos nos preocupar com a especificação de regras jurídicas referentes à propriedade para alcançar a eficiência. A negociação privada vai cuidar de questões como quais coisas podem ser possuídas, o que os donos podem e não podem fazer com sua propriedade e assim por diante. Ao especificar as circunstâncias sob as quais o direito da propriedade não é importante para o uso eficiente de recursos, o Teorema de Coase especifica implicitamente quando o direito de propriedade é importante. Para tornar este aspecto mais explícito, propomos o seguinte corolário para o Teorema de Coase:

Quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos (COOTER; ULLEN, 2010, p 103).

Os denominados *direitos de propriedade*, como explanado anteriormente, devem ser compreendidos no modo mais amplo possível, pois eles guardam relação com a atribuição de direito em qualquer sentido.

Nesta ótica, o sistema jurídico deverá atuar, atribuindo *direitos de propriedade* aos sujeitos envolvidos nas relações cujos custos de transação sejam positivos, a fim de propiciar a redução desses, para que os agentes possam, através da barganhar, conseguir encontrar a melhor solução alocativa possível.

Corroborando com este entendimento, registrem-se as palavras de Mackaay (2015):

Do que antecedeu decorre que o papel do direito, e o escopo sobre o qual as regras devem ser escolhidas, variam em função dos custos de transação. Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos como relativa indiferença – com a condição de que o façam com precisão – sabendo que a má atribuição será corrigida pelo “mercado”, segundo as necessidades das transações das partes. À medida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que cada vez mais se façam boas formulações de direitos.

Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis. Demais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transações forem baixos a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil (MACKAAY, 2015, p 2015).

Percebe-se, portanto, que o Direito possui duas maneiras de influenciar as relações humanas, a saber, pode tanto exercer o papel de *reduzir*, diretamente, os custos de transação; quanto *incentivar* os envolvidos a realizar a barganha, para encontrar a solução mais eficiente para aquela situação.

Infere-se que o Direito exerce papel central para a alocação eficiente dos recursos nas interações humanas, pois poderá ele interferir na relação entre os agentes econômicos, atribuindo-lhes direitos e deveres – sejam obrigações contratuais e/ou responsabilidade pelo descumprimento do pacto – de forma diferenciada, objetivando reduzir os custos de transação

envolvidos naquela situação, propiciando às partes as condições de realizarem a escolha que se evidencie como a mais eficiente para aquele caso, alcançando, assim, a maximização do bem-estar dos participantes.

Importante registrar, por fim, que a principal crítica ao pensamento coaseano reside na hipótese de invariância, pois consiste na afirmação que o Teorema de Coase seria meramente uma tautologia, pois todas as falhas que usualmente poderiam ser neles apontadas seriam, em verdade, a indicação de custos de transação que estariam envolvidos na relação analisada (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p 75).

Em resumo, pode-se afirmar que o Teorema de Coase demonstra a importância da Direito para as interações dos agentes econômicos, a existência do elemento que dificulta, em demasia, a adoção da solução mais eficiente para alocação dos recursos: os custos de transação e a relação entre estes e o sistema jurídico.

Assim sendo, deduz-se que o Direito pode assumir a função de instrumento para a redução dos custos de transação, quando necessário, aprimorando a dinâmica das relações sociais e possibilitando que os agentes econômicos tomem as melhores decisões possíveis, para se alocar recursos escassos, propiciando a maximização da riqueza e o bem-estar dos envolvidos, bem como de toda a sociedade.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

4.1 Breves antecedentes históricos

Não há como se determinar na história evolutiva humana, com exatidão, quando o homem percebeu que poderia se utilizar dos recursos à sua volta para sobreviver, ocasião em que também entendeu como satisfazer suas necessidades, produzindo os itens de que carecesse, tais como: comida, utensílios, vestuário, dentre inúmeros outros. Do mesmo modo, não se pode definir o instante em que ele realizou a troca de mercadorias que possuía em excesso por outras, que não sabia ou não conseguia produzir. Mas, a partir desses eventos, as lógicas de produção e de troca de mercadorias fizeram-se presentes na vida humana e, posteriormente, originaram o que se conhece por atividade comercial.

Assim como se remonta a criação das antigas práticas mercantis à épocas distantes, o não cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor e a necessidade de superar eventuais crises, decorrentes do exercício da atividade comercial, datam também desse momento histórico.

Neste cenário, verifica-se que os institutos concursais, e notadamente a falência, sempre tiveram grande importância no meio jurídico e mercantil, pois possuíam a séria finalidade de resguardar a higidez do sistema econômico, corrigindo/prevenindo eventuais distorções causadas pela incapacidade do devedor de cumprir, a tempo e modo, com suas obrigações patrimoniais.

No caso brasileiro, com o advento da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei n.º 11.101/2005, denominada de Lei Recuperação de Empresas e Falência (LREF), o sistema concursal experimentou grande evolução, adequando-se os seus institutos à dinâmica econômica do final do século XX e à tendência normativa de sistemas concursais mais complexos, como o caso dos Estados Unidos e da França, por exemplo.

Para se compreender o papel desses institutos, notadamente a Recuperação de Empresas necessário se faz analisar, ainda que brevemente, as suas bases e as suas influências históricas, tarefa essa que será realizada a seguir.

4.1.1 A antiguidade e o direito romano

Nas sociedades rudimentares da Antiguidade, marcada pela incipiente e quase inexistente atividade mercantil, não havia qualquer dissociação entre a pessoa do devedor e o seu patrimônio. Em decorrência disso (REQUIÃO, 1998, v.1, p 6-8), o próprio corpo desse respondia pelo não pagamento ao credor em tempo hábil, ou seja, existia a previsão de penas corporais – tais como mutilação, escravidão, privação de ritos fúnebres e, até mesmo, a morte – para os casos de inadimplemento.

Neste cruel cenário, coube ao Direito Romano romper com essa visão, o que só foi procedido em virtude da edição da *Lex Poetelia Papiria*, entre os anos de 441 e 428 a.C., que reestruturou a ideia da execução por dívida naquela sociedade (REQUIÃO, 1998, v.1, p 8).

Dentre as principais contribuições trazidas por essa disposição normativa, conforme ensina Requião (1998, p 8), encontram-se (I) a separação e a diferenciação entre a execução singular e a execução concursal; (II) a submissão da execução extrajudicial à esfera pública; (III) a abolição do instituto da *manus injectio*³⁵; e (IV) a alteração do objeto de garantia do credor, que passou do corpo do devedor para os bens deste.

Foi em razão dessas distinções, que foram criados procedimentos distintos para arrecadação e a alienação dos bens dos diferentes tipos de devedores – os que não cumpriam suas obrigações por vontade própria e aqueles cujo inadimplemento decorria de infortúnios, ocorridos no exercício de sua atividade –, a saber, os institutos da *missio in bona* e da *bonorum cessio*, respectivamente (REQUIÃO, 1998, v.1, p 9-10).

Conforme destacam Franco e Sztajn (2008, p 214), ainda nesta época, foram criados outros institutos jurídicos, que possibilitavam a moratória do devedor, considerados como o embrião da futura ideia da concordata e, portanto, também da recuperação, quais sejam, a *praescriptio moratoria*, que facultava ao devedor maior tempo para pagamento de suas dívidas; a *pactum remissorium*, que consistia no perdão dos credores, em percentual acordado, das dívidas do devedor; a *pactum ut minus solvatur*, que ocasionava o abatimento proporcional das dívidas do devedor falecido; e a *quinquennales induciae*, que se caracterizava como a moratória total das dívidas, concedida pelo próprio imperador.

³⁵ Instituto do Direito Romano, que possibilitava ao credor a manutenção do devedor em cárcere, sua alienação e morte (REQUIÃO, 1998, p 7-10).

4.1.2 A idade média

Se a Antiguidade é marcada pela quase inexistência da atividade mercantil, foi na Idade Média, sem dúvida, que o comércio floresceu e ganhou importância. Segundo Oliveira (2004, p 18-19), a prática da atividade mercantil ao longo dos séculos foi se tornando cada vez mais complexa, o que fez surgir enorme quantidade de modos de agir, gerais e uniformes, vistos como obrigatórios por vários mercadores – os chamados *costumes do comércio/mercantis*. O rápido aprimoramento que propiciavam às operações realizadas no meio negocial; a pureza técnica e profissional que os caracterizavam, assim como a difusão dessas práticas no âmbito mercantil, elevou esses costumes ao status de verdadeiras normas jurídicas mercantis.

Conforme demonstra Oliveira (2004, p 20-21), os denominados *Tribunais do Comércio*, os conhecidos órgãos judiciais constituídos no âmbito das *Corporações de Artes e de Ofícios* e das *Corporações de Mercadores*, se utilizavam desses costumes para dirimir os conflitos existentes e, em razão disso, ocasionaram grande evolução ao Direito Comercial consuetudinário vigente à época, devido às interpretações dadas à norma, presentes em suas decisões.

Neste cenário, conforme relatam Franco e Sztajn (2008, p 215), objetivando a melhor satisfação dos credores e a agilização dos meios de liquidação patrimonial em face do devedor inadimplente, as sanções decorrentes das execuções privadas foram substituídas pela decisão coletiva dos credores, submetendo-os ao concurso. No entanto, o instituto falimentar ainda possuía marcante cunho penal, dispensando aos falidos, fossem eles comerciantes ou não, tratamento semelhante aos delinquentes e aos ladrões comuns, ou seja, aplicando-lhe penas vexatórias e degradantes, além da privá-los de sua liberdade.

4.1.3 A modernidade

Sob a influência das revoluções liberais ocorridas no século XVIII, fundamentadas nos pensamentos humanista e individualista da época (REQUIÃO, 1998, p 12), conjuntamente com a difusão das práticas mercantis no meio social, profundas alterações foram procedidas no Direito Comercial e, conseqüentemente, no instituto falimentar.

Conforme ensina Oliveira (2004, p 28-30), o *Código Comercial Francês*, datado de 15 de setembro de 1807, também conhecido por *Código Napoleônico* ou *Código de Napoleão*, que recebeu essa nomenclatura por ter sido promulgado pelo imperador francês Napoleão Bonaparte, inspirado nas Ordenações francesas de 1673, é considerado divisor de águas na

história do Direito Comercial, pois foi o primeiro diploma jurídico a sistematizar esse conhecimento, de modo teórico, racional e completo.

Nesse contexto, a importância dada à procura de meios que possibilitassem a liquidação do negócio em crise, com a consequente satisfação do direito dos credores persiste (FRANCO; SZTAJN, 2008, p 215) e, em razão das influências e relevância do Código Comercial Napoleônico, são proliferadas por diferentes normas concursais pelo mundo.

Conforme denota Requião (1998, p 12), com o passar dos anos, percebeu-se o acentuado desgaste sofrido pelo instituto falimentar quando confrontado com a realidade, em virtude da possibilidade de falha do instrumento de repressão à fraude nele contido. Em razão disso, os preceitos e fundamentos da falência passaram por inúmeras reformas, nas mais diversas legislações, sempre visando coibir a prática fraudulenta, além de aperfeiçoá-la, tentando dar-lhe conformidade com a realidade socioeconômica em que se inseria.

Surge, assim, o Direito Penal Falimentar, visando combater o uso daquele instituto como meio de fraudar o direito creditório estabelecido, bem como se buscou a simplificação do procedimento, na tentativa de torná-lo mais célere, para evitar que a demora na prestação jurisdicional ocasionasse a diluição do patrimônio do devedor desonesto (REQUIÃO, 1998, p 12), mas essas constantes reformulações não foram capazes de abarcar por completo as necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa.

Neste cenário, percebeu-se a necessidade de modernização dos institutos concursais, que não deveriam se preocupar com a delimitação/higienização do meio empresarial, taxando empresários de capazes ou incapazes, mas, em verdade, objetivar e contribuir para a manutenção da atividade produtiva, em virtude do impacto e custo socioeconômico de seu encerramento forçado. Assim, nasce a ideia de recuperação de empresas.

4.1.3.1 A relevante experiência do sistema concursal estadunidense

Durante o século XX ocorreram significativas alterações no instituto falimentar em todo o mundo, sempre pautadas na visão de recuperação econômico-financeira da fonte produtiva e da necessidade de sua manutenção. Dentre os inúmeros sistemas concursais existentes, o modelo estadunidense se destaca, pois foi o primeiro historicamente a ser alterado, adequando-se às necessidades da complexa estrutura socioeconômica daquele povo, marcando sua posição de vanguarda no moderno Direito Empresarial.

Como registra a história mundial, no período entre guerras, em virtude da recessão econômica causada pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, instaurou-se conturbada

conjuntura para a economia dos Estados Unidos da América - EUA, em razão da falta de crédito disponível no mercado, que dificultava o investimento e o desenvolvimento da atividade mercantil, acarretando na falência de inúmeras sociedades empresariais, o que causou expressivo aumento na taxa de desemprego, assim como total desequilíbrio social.

Nesse contexto, como relata Requião (1998, p 13), a edição do *Chandler Act* de 1938 demonstrou-se de grande relevância, pois auxiliou na superação dessa situação de caos em que se encontrava aquela economia, em virtude da completa reformulação promovida no instituto falimentar daquele país, criando a figura da *society reorganization* que, em linhas gerais, afastava das sociedades anônimas de grande capital a Concordata, possibilitando a completa reorganização administrativa e financeira dessas, visando a superação da crise, desde que comprovados o sucesso e a viabilidade da medida, antes de sua concessão. Posteriormente, o *Bankruptcy Reform Act* de 1978 alterou aquela Lei, estendendo os seus benefícios a toda sociedade empresarial em crise.

O sistema falimentar dos EUA, conforme demonstram Franco e Sztajn (2008, p 224), prevê duas diferentes vias concursais para satisfação do direito creditório: a ***Bankruptcy Liquidation***, prevista no capítulo 7 do *Bankruptcy Code*; e a ***Bankruptcy Reorganization***, presente nos capítulos 11, 12 e 13 daquela lei federal.

Conforme demonstra Souto Júnior (2006), a ***Bankruptcy Liquidation***, que poderia ser traduzida como *liquidação falimentar*, meio mais danoso ao devedor para satisfação do direito do credor, constitui-se, em suma, na extinção da sociedade empresarial, alienação de seus bens e pagamento dos créditos de acordo com a ordem de preferência legalmente estabelecida. Ponto interessante dessa modalidade é a criação de uma barreira *erga omnes*, ou seja, contra todos, que impossibilita o ajuizamento de nova ação ou, até mesmo, o prosseguimento de uma já em curso em face da pessoa do devedor, quando do deferimento da medida. Esse fica desobrigado de pagar os débitos societários anteriores à liquidação.

Já a ***Bankruptcy Reorganization***, cuja tradução próxima seria *reorganização falimentar*, ainda consoante Souto Júnior (2006), centrados nos princípios fundamentais da *necessidade de continuação da atividade e da fonte produtora* e da *economia de custos no procedimento falimentar*, estabelece três procedimentos possíveis para a reestruturação da fonte produtiva em dificuldade financeira, divididos de acordo com a probabilidade de sucesso do plano de recuperação do devedor. Não obstante à concessão de qualquer desses instrumentos, há possibilidade de o credor não contemplado ou insatisfeito postular, por meio de ação nova, o seu direito creditório, durante ou posteriormente ao processamento da reorganização da sociedade.

Importante destacar, que nessa modalidade (FRANCO; SZTAJN, 2008, p 224-225), poderá o devedor propor plano de pagamento, total ou parcial dos seus credores, em prazo a ser estipulada, que geralmente não ultrapassa três anos. Vale destacar também, que esse plano não é submetido à aprovação pelos credores, embora estejam eles vinculados ao plano e possam apresentar objeções aos seus termos, demonstrando apenas que esse não preenche os requisitos legais, sem discutir o conteúdo elaborado pelo devedor.

Dois outros institutos interessantes encontram-se regulados dentro da **Bankruptcy Reorganization**: *prepackaged bankruptcy* e o *workout agreements*. O primeiro, caracteriza-se como uma simplificação do *Bankruptcy Reorganization*. Consiste na possibilidade de o devedor firmar acordo extrajudiciais com seus credores, prévia ou conjuntamente com o pedido da *Bankruptcy Reorganization*, abordando questões referentes à sua reorganização, tais como descontos da dívida, alienação de ativos, sem limitação sobre o conteúdo desse acordo, passíveis de homologação pela Corte judicial, vinculando as partes envolvidas, além de possuir o benefício de uma espécie de suspensão das ações em face do devedor, a chamada *automatic stay* (MARTINS, 2012, p 206-207).

O instituto *workout agreements*, por sua vez, permite uma espécie de reorganização informal das dívidas do devedor, sem a necessidade de sua homologação pelas Cortes do pacto celebrado. Diferentemente do *prepackaged bankruptcy*, esse transcorre apenas extrajudicialmente, tendo sua utilização sido estimulada, em virtude da grande redução de custos que propicia – algo próximo a 80% (oitenta por cento), além de ser muito mais célere (MARTINS, 2012, p 203-205).

Tanto o *prepackaged bankruptcy*, quanto o *workout agreements* têm sido extremamente utilizados nos EUA, em virtude da rapidez que propiciam aos procedimentos de reorganização, elemento necessário para a reestruturação e superação das constantes crises econômico-financeiras, seja das sociedades empresárias ou das pessoas naturais (MARTINS, 2012, p 207).

A preocupação com a manutenção da empresa e a busca pela celeridade na utilização dos seus procedimentos, além da incessante atenção às mudanças de natureza sócio-político-econômicas ocorridas ao longo do tempo, são pilares centrais que promoveram adequação do Direito Falimentar estadunidense, e concederam o caráter vanguardista a este modelo, que muito influenciou a modernização de diversos sistemas concursais pelo mundo – como é o caso brasileiro –, devido aos bons resultados advindos de sua aplicação.

4.1.4 A evolução do instituto falimentar brasileiro

Durante o Período Colonial brasileiro, conforme relata Requião (1998, p 15), em virtude de sua submissão à metrópole portuguesa, vigorou no Brasil a mesma legislação vigente em Portugal, a saber, as denominadas Ordenações do Reino, classificadas e nomeadas de acordo com o monarca que governava à época e as editava, sendo certo que elas pouco ou quase nada cuidavam acerca do instituto falimentar, com raras exceções³⁶.

No Período Imperial, após longo período de pouca ou quase inexistente atividade legislativa, foi promulgado o Código Comercial Brasileiro, de 25 de junho de 1850, que cuidava da Falência, ou mais precisamente “Das Quebras”, em seus artigos 797 a 913, tendo sua parte processual regulada pelo Decreto n.º 738, de 25 de novembro de 1850 (REQUIÃO, 1998, p 21).

Segundo Lacerda (1959, p 36), em virtude da demasiada lentidão, da complicação e do dispendioso procedimento estabelecido naquela lei, que prejudicava as partes envolvidas nos processos falimentares, foi o Código Comercial de 1850 alterado e revogado, no tocante à matéria em análise, pelos Decretos 3.308 e 3.309, ambos de 1864, e pelo Decreto 3.516, de 30 de setembro de 1865.

Após a Proclamação da República, o Decreto 917, de 24 de outubro de 1890, fruto do trabalho de Carvalho de Mendonça e Macedo Soares, destacou-se por introduzir maior quantidade de instrumentos preventivos à decretação da falência (LACERDA, 1959, p 38), fato esse que também foi considerado o seu maior defeito, pois dificilmente conseguia-se chegar à falência do devedor, dando azo à proliferação de expedientes fraudulentos por parte dos comerciantes em crise (ANDRADE, 1995, p 14).

Em razão disso, foi ele substituído pela Lei n.º 859 de 16 de agosto de 1902, que acabou por comungar do mesmo destino do seu antecessor, pois nasceu eivada de erros graves, no que tange ao “discutível” procedimento de escolha dos síndicos, além da confusão no processo de produção legislativa por ele causada (ANDRADE, 1995, p 14-15).

Em sua substituição, foi editada a Lei n.º 2.024, de 17 de dezembro de 1908, preocupada, principalmente, em estabelecer bom procedimento de verificação, de classificação dos critérios e procedimentos para decretação da falência e concessão da concordata, tanto suspensiva

³⁶ Dentre essas raríssimas exceções, encontra-se o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, que criou e estruturou uma espécie de processo falimentar, de cunho marcadamente mercantil, delineado o regime jurídico penal falimentar, além da falência culposa e inocente. Previa também a destinação de parcela do patrimônio líquido do devedor, para os casos de falência culposa, que deveriam ser destinados ao devedor, para socorrê-lo e sua família da indigência. Sobre tema, vide REQUIÃO, 1998, p 17-21 e ALMEIDA, 2006, p 7.

quanto preventiva. Fruto, também, do eminente jurista Carvalho de Mendonça, foi essa lei considerada excelente na regulamentação da matéria falimentar, não obstante merecesse alguns reparos pontuais, sendo reformulada essa última pelo Decreto n.º 5.746, de 09 de dezembro de 1929 (ANDRADE, 1995, p 15).

Em virtude da abundância de crédito, tanto externo quanto interno, disponível no mercado para a reconstrução dos países envolvidos na II Guerra Mundial, conforme demonstra Trovão (2005), fez-se completa revisão dos institutos falimentares em todo o mundo, objetivando proteger o sistema econômico, em reerguimento, dos efeitos danosos oriundos do desenvolvimento irresponsável e irregular da atividade mercantil.

Nesse contexto, surgiu em 21 de julho de 1945, o Decreto-Lei n.º 7.661, que vigorou por quase sessenta anos e contemplava dois institutos concursais: a *Falência* propriamente dita, regulada pelos artigos 1º a 138; e a *Concordata*, nos artigos 139 a 185. Segundo Roque (2005, p 85-95), o primeiro instituto, pilar central dessa lei, tratava a questão falimentar com demasiado rigor, estabelecendo condições específicas para caracterização do estado de insolvência do devedor; além de destinar ao falido severo tratamento, principalmente no âmbito penal falimentar. Já a *Concordata*, segundo Costa (2005, p 57-88), dividia-se em duas modalidades distintas: a *Concordata Preventiva*, que visava o pagamento de determinados credores, dentro de prazo legalmente fixado de vinte e quatro meses, evitando-se o ajuizamento do pedido de falência; e a *Concordata Suspensiva*, que objetivava suspender o procedimento falimentar mediante pagamento parcial de alguns credores e a negociação quanto ao valor restante, dentro do referido prazo. Em ambos casos, ela deveria ser vista como meio de composição entre os credores e o devedor, buscando alternativas para possibilitar a continuação da atividade empresarial (REQUIÃO, 1995, p 16). Vale salientar, no entanto, que não ocorria à participação dos credores na elaboração dessa composição, o que levou aquele instituto a ser considerado como “*favor legal*”, benefício concedido pelo Juiz ao devedor honesto, que não cumprisse suas obrigações em tempo hábil.

Com o passar dos anos, conforme ensina Requião (1995, p 5-6), o processo judicial de Falência e da Concordata, regulados pelo Decreto-Lei n.º 7.661/1945, tornou-se meio para que empresários sem escrúpulos se furtassem de suas obrigações, assim como se demonstrou instrumento eficaz para que credores inconsequentes conseguissem a satisfação do seu direito creditório, sem analisar os efeitos danosos oriundos do encerramento prematuro das atividades de devedor empresário honesto, que passava por dificuldades.

Nesse cenário, impunha-se a necessidade de reformulação do instrumento concursal brasileiro, como evidencia Saddi (2012):

Com a edição da Lei de Falências, Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, mais uma vez, verifica-se uma tentativa de minimizar o impacto da inadimplência e das incertezas de recebimentos de créditos legítimos nos custos de produção e juros dos agentes econômicos. Além disso, a Lei anterior, Decreto-Lei n.º 7.661, de 1945, foi instituída num período em que o parque industrial no Brasil ainda era incipiente e a economia era predominantemente agrária; em resumo, nossa lei falimentar estava completamente obsoleta e superada. [...] Se o Brasil de 1945 era muito diferente daquele que existe hoje, como se afirmou (o que por si só justificaria uma ampla reforma legal), onde o pequeno comerciante era o principal destinatário da norma, é preciso entender, com base nos princípios de Direito e Economia, o que inspira uma eficiente lei falimentar. E sempre nos lembrar, como fizemos nesse preâmbulo, que a falência é o modo de solução, mas é também imposição de um custo de transação. (SADDI, 2012, p 342)

como instrumento de aprimoramento do instituto concursal brasileiro, foi promulgada em 09 de fevereiro de 2005, a Lei n.º 11.101, que introduziu a Recuperação de Empresas no ordenamento jurídico pátrio e modernizou as diretrizes da Falência, como se verá a seguir.

4.2 Uma visão sobre o instituto da recuperação de empresas

Pensada no contexto de modernização do sistema econômico pátrio, a atual Lei concursal brasileira representa grande avanço no modo de se entender a finalidade dos seus institutos, pois trouxe visão econômica conjugada à sua elaboração jurídica.

A Lei n.º 11.101/2005, em consonância com as tendências concursais contemporâneas, alterou não apenas a sistemática legal relacionada à falência, mas propôs verdadeira revolução na cultura jurídica relacionada à crise, visando possibilitar a negociação entre credores e devedor, no intuito de conseguir encontrar alternativas viáveis para superação das crises empresárias.

Sobre a lógica e os objetivos central da lei concursal, demonstram-se interessantes as reflexões trazidas por Lisboa (2005):

A nova Lei cria dispositivos que estimular a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras. O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa, enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. Caso os credores entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda. Em última instância, se o negócio não mais for viável, a Lei cria condições factíveis para que haja uma liquidação eficiente dos ativos, permitindo assim que se maximizem os valores realizados e, conseqüentemente, se minimizem as perdas gerais (LISBOA et al, 2005, p 42).

Nota-se que, sob a ótica econômica, a Lei n.º 11.101/2005 foi estruturada como instrumento de redução de custos de transação, no intuito de permitir não apenas o diálogo entre as partes envolvidas, mas a cooperação entre credores e devedores, em qualquer de seus institutos, para se conseguir, efetivamente, uma solução que maximize o bem-estar dos sujeitos e possibilite a menor perda de riqueza social possível.

Para se realizar essa tarefa, foram regulamentados dois institutos concursais, a saber, a *Falência*, estruturada para se alcançar a rápida liquidação patrimonial do devedor insolvente, cujo reerguimento seja inviável, através de mecanismos que auxiliam na célere satisfação dos direitos creditórios; e a *Recuperação de Empresa*, sendo seu objetivo a construção, através do debate entre credores e devedor, de saídas coordenadas, que propiciassem a superação da crise econômico-financeira momentânea, ou seja, superável, minimizando, assim, os efeitos danosos do encerramento prematuro da atividade empresarial, decorrentes da aplicação da falência, preservando-se, desse modo, a empresa.

No que concerne especificamente a esse último instituto, objeto deste estudo, foi ele construído inspirado na exitosa experiência do Direito Falimentar dos EUA, como visto anteriormente, mas buscando a sua adequação à realidade jurídico-econômica brasileira.

Pautada nos princípios constitucionais da *preservação da empresa* e da *celeridade processual*, foram criadas modalidades distintas do instituto concursal da *Recuperação de Empresas*, ambas com objetivos e finalidades diversas, mas balizadas pelo mesmo interesse: a manutenção da fonte produtiva, em razão de sua função social, visando a proteção/prevenção/superação das crises empresárias e aprimoramento do sistema econômico nacional.

Assim, surgiram a *Recuperação Judicial* e a *Recuperação Extrajudicial*, que apesar de possuírem algumas regras estruturais em comum, como já salientado, são institutos bem diferentes.

Regulada pelos artigos 161 a 167, da Lei n.º 11.101, a Recuperação Extrajudicial possibilita a realização de acordos privados entre credores e o devedor, no intuito de renegociar as dívidas existentes, antes do ajuizamento do pedido de falência ou de recuperação judicial.

De certo modo, ela resgata o canal de diálogo existente entre as partes, previsto nos já revogados Decreto n.º 917/1980 e Lei n.º 2.024/1908, conferido legalidade a denominada “Concordata branca” ou “amigável”, prática usualmente realizada sob a vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/1945 (ROQUE, 2005, p 185).

Para melhor se compreender o fundamento que embasa essa modalidade de Recuperação Empresa, importantes são os ensinamentos de Lisboa (2005):

A criação da recuperação extrajudicial não apenas autoriza a realização dessas negociações privadas e informal entre o devedor e seus credores, reduzindo o custo de transação envolvido no procedimento anterior, como confere maior transparência e segurança com a possibilidade de homologação judicial do plano de recuperação que resulte dessas negociações. A presença do Judiciário é demandada para verificar se os requisitos legais estão sendo cumpridos, homologando o acordo em caso afirmativo, o que torna o processo mais ágil e flexível. Embora pequena, essa participação do Poder Público mostra-se necessário como forma de legitimar e conferir maior segurança ao acordo, minimizando a possibilidade de disputas nos tribunais, o que prejudicaria a celeridade e a confiabilidade que se buscou com o novo instituto (LISBOA et al, 2005, p 44-45).

Em linhas gerais, consiste a Recuperação Extrajudicial em acordo feito entre o devedor com um ou vários credores, da mesma ou de diversa classe, objetivando a satisfação do direito creditório desses, com condições e prazos a serem pactuados, sujeito tal acordo, entretanto, a homologação judicial (ROQUE, 2005, p 185-186). Sob o enfoque econômico, a Recuperação Extrajudicial visa criar espaço para que a barganha entre o devedor e seus credores possa ocorrer, no intuito de reduzir os custos de transação envolvidos no processo de Recuperação Judicial, possibilitando às partes envolvidas a construção de saídas mais céleres e eficientes para superação da crise empresária. Vale salientar que os créditos trabalhistas, decorrentes de acidente de trabalho, os créditos com garantia real, constantes do art. 49, § 3º da Lei n.º 11.101/2005³⁷ e os fiscais não se incluem, obrigatoriamente, na Recuperação Extrajudicial (ROQUE, 2005, p 186). No entanto, caso os credores aceitem se submeter a esse procedimento, seria sim viável a sua utilização, excetuando-se os créditos fiscais.

Interessantes se apresentam as palavras de Saddi (2012) acerca desse tema:

A recuperação extrajudicial é um acordo celebrado entre o devedor e seus credores, no âmbito privado, que deve ser homologado judicialmente quando da adesão de todos os credores ao plano, mediante certos critérios aprovados na assembleia de credores. No entanto, não podem ser objeto de negociação os créditos de natureza tributária, trabalhista, de contratos de adiantamento de crédito, de alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, ou de contrato de venda com reserva de domínio. Isso é questão polêmica e há muitas críticas. De um lado, estão os que argumentam que houve a descaracterização do instituto, cujo objetivo seria reunir todos os credores. Do outro, os que defendem a necessidade de haver certeza na recuperação do crédito. [...] Entretanto, será possível haver negociação direta com os credores, já que, na prática, é exatamente o que ocorre atualmente nas concordatas, quando se negocia com esses

³⁷ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3o 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 irretroatividade, 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 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 § 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).

credores, embora, legalmente, eles não se submetam à moratória [...] (SADDI, 2012, p 342-343).

De outro lado, no Decreto-Lei n.º 7.661/1945, no inciso III, do artigo 2º, havia vedação expressa a essa prática, que se vedação justificava, na visão de Requião (1995, p 6), em virtude dessa modalidade viabilizar excessivas fraudes e prejuízos ao interesse dos credores; bem como à moralidade pública, pois, contrariamente ao que ocorre com a atual Recuperação Extrajudicial, a “*Concordata amigável*” não passava pelo crivo do Poder Judiciário, não havendo, portanto, meios de sua fiscalização efetiva.

Insta salientar que a Recuperação de Empresas, em qualquer de suas modalidades, e principalmente na Extrajudicial, permite maior diálogo entre os credores e devedor em relação à Concordata, facilitando a elaboração de plano de recuperação que beneficie, efetivamente, os dois lados: satisfazendo tanto os interesses dos credores, quanto a manutenção da fonte produtiva, minimizando, ao máximo possível, o impacto para o devedor (ROQUE, 2005, p 33-37), no intuito de reduzir os custos de transação envolvidos, para que as partes possam efetivamente buscar a melhor solução possível; ao passo que a Concordata, nos moldes em que estava regulada, caracterizava-se como “*favor legal*”, concedido pelo juízo falimentar para o devedor em estado de insolvência (REQUIÃO, 1995, v.2, p 16).

A Recuperação Judicial, por sua vez, foi considerada como a evolução do antigo instituto concursal “parceiro” da falência: a Concordata (ALMEIDA, 2006, p 301) e, de fato, analisando-se detidamente ambos os institutos, percebe-se que há entre eles profundas diferenças e grandes similaridades, mas são extremamente ligados na sua essência, pois possuem finalidades e objetivos bem próximos, como ensina Almeida (2006, p 302), ao afirmar que “a recuperação judicial tem, a rigor, o mesmo objetivo da concordata, ou seja, recuperar, economicamente, o devedor, assegurando-lhe, outrossim, os meios indispensáveis à manutenção da empresa, considerando a função social desta”.

No que concerne aos seus fundamentos, importantes são as palavras de Lisboa (2005):

Em linha com o modelo extrajudicial, a principal característica da recuperação judicial é o incentivo à negociação entre o devedor e seus credores, aliado à criação de instrumentos de cooperação.

Um dos principais problemas da concordata era o fato de ela ser solicitada pelo devedor e deferido pelo Juiz, sem qualquer consulta aos credores. A ausência de meios de participação dos credores no processo impedia a criação de um ambiente de cooperação entre as partes. Sem qualquer mecanismo de coordenação formal, com regras claras e previamente definidas, estimulava-se cada credor a agir isoladamente, para maximizar seus interesses, o que acabava abortando quaisquer perspectivas de seguimento da empresa (LISBOA et al, 2005, p 46).

Percebe-se que principal diferença entre os institutos da Concordata e da Recuperação Judicial consiste na existência de efetivos canais de participação do devedor, na construção de saídas para a crise empresarial, o que possibilita a cooperação e coordenação de esforços dos credores e do devedor, característica própria da Recuperação Judicial.

O instituto da Concordata, por sua vez, era regulado pelos artigos 139 a 185 do Decreto-Lei 7.661/1945, possuía duas modalidades bem distintas: a *Concordata Preventiva*, presente nos artigos 156 a 176; e a *Concordata Suspensiva*, previstas nos artigos 177 a 185 (COSTA, 2005, p 57-60). Ambas, segundo Requião (1995, p 7), abrangiam apenas os créditos quirografários e possuíam finalidades bem diversas, pois a primeira visava prevenir a decretação da falência, com o pagamento desses credores, dentro de um prazo legalmente fixado, qual seja, dois anos; enquanto a segunda, por sua vez, objetivava suspender o procedimento falimentar, no qual já se houvesse sido decretada a quebra do devedor insolvente, restabelecendo as suas atividades, mediante o pagamento parcial daqueles e negociação quanto ao restante, dentro do referido prazo.

Importante ressaltar, que o instituto da concordata, apesar de também ter sido criado sobre a égide de preservação da empresa e recuperação do empresário, foi mal utilizado ao longo dos anos, visto que os credores, que eram os principais interessados, exerciam um papel apenas figurativo na sua operacionalização, sendo esses relegados a segundo plano, pois o juiz falimentar tinha total controle sobre o instituto e decidia, sobre sua conveniência, o que seria melhor para a fonte produtiva, empresários e credores (ALMEIDA, 2002, p 380-382).

Vale salientar que os institutos da Concordata e da Recuperação de Judicial, segundo Costa (2005, p 57-60), estabelecem requisitos bem próximos entre si, para que o devedor pudesse usufruir tanto do primeiro, cujos critérios estavam inscritos nos artigos 140 e 158 do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, quanto possa utilizar-se do segundo, sendo que os requisitos para sua concessão estão previstos no artigo 48 da Lei n.º 11.101/2005, em qualquer uma de suas modalidades, como se vê, em relação à Concordata, o Decreto- Lei n. 7.661/45, estabelece o seguinte:

Art. 140. Não pode impetrar concordata:

I – o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

II – o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º;

III – o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;

IV – o devedor que há menos de 5 (cinco) anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

[...]

Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições:

I – exercer regularmente o comércio há mais de 2 (dois) anos;

II – possuir ativo cujo valor corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia será computado tão-somente pelo exceder da importância dos créditos garantidos;

III – não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades;

IV – não ter título protestado por falta de pagamento. (BRASIL, 1945)

Já a Lei n. 11.101/2005, relativamente à recuperação judicial, prevê o seguinte:

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

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

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

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

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

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente (BRASIL, 2005).

Note-se que há duas outras condições essenciais para concessão da Recuperação de Judicial que não estão expressos nesse artigo 48 da Lei n. 11.101/2005. A primeira delas é a condição de ser empresário ou sociedade empresária, como preconizado no artigo 1º da Lei n.º 11.101/2005 em estudo, pois, como já dito anteriormente, aplica-se essa norma apenas àquelas pessoas (naturais ou jurídicas) que exploram atividade mercantil/empresária (ALMEIDA, 2006, p 303-306). A segunda condição que não consta, expressamente, do mencionado artigo 48, é a viabilidade da atividade empresarial que se quer recuperar, pois, como ensina Coelho:

somente as empresas *viáveis* devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial (2017, p 179-180).

No que concerne ao prazo de aplicação daqueles institutos e aos credores por eles abrangidos, é importante frisar que a Recuperação Judicial possui duração máxima de dois anos, a partir da sua concessão, no entanto, os prazos para pagamento previsto no plano de recuperação podem estender-se além desse, ou seja, é possível a previsão de pagamento dos credores em prazo superior àquele determinado para duração do procedimento de reerguimento

da atividade produtiva supramencionado (BEZERRA FILHO, 2014, p 184-185), o que também pode significar maior eficiência em relação ao custo de transação da recuperação judicial em relação à Concordata, haja vista as características de diversos negócios, cuja consolidação e/ou recuperação, exigem prazos bem maiores do que os dois anos previstos no Decreto-Lei n. 7.661/45, como acontece, por exemplo, no setor de infraestrutura.

Quanto aos credores, a Recuperação Judicial contempla todas as categorias de credores. Entretanto, vale registrar que são exceções a essa regra os crédito constituídos após ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação, pois eles poderão auxiliar, em sua maioria, no próprio procedimento de reerguimento da atividade produtiva (COELHO, 2017, p 183-184); e, em princípio, os créditos com garantia real, muito embora, não haja qualquer determinação expressa na lei que impeça sua inclusão no plano de recuperação, desde que haja anuência desse tipo de credor (BEZERRA FILHO, 2014, p 150-152), o que também contribui para redução dos custos de transação envolvidos nessa procedimentos, pois permitem o comportamento colaborativo dessas modalidades de credores para o sucesso da recuperação, sendo concedidos aos primeiros, tratamento diferenciado ao seu crédito, conforme o disposto no art. 67 da Lei n.º 11.101/2005, considerando-os como crédito extraconcursal, na eventualidade de decretação da falência, o que lhe concederá prioridade no recebimento. No caso dos créditos com garantia real, como se perceberá à frente, assegurou-se a não submissão a aquele procedimento concursal, visando a futura redução dos encargos financeiros decorrentes desse tipo de operação, para os devedores em situação de crise, o que viabilizaria a eficiência do instrumento recuperacional.

Por fim, outra distinção importante entre os dois institutos são os meios previstos para utilização desses. Enquanto a Concordata limitava-se a estipular porcentagem de pagamento dentro de um prazo de, no máximo, dois anos (ALMEIDA, 2002, p 400-438); a Recuperação de Empresas, principalmente na sua modalidade ordinária, qual seja, a judicial, estabelece várias vias para se alcançar a sua finalidade: a manutenção da atividade produtiva (ROQUE, 2005, p 109-115), possibilitando que as partes – os credores e o devedor – possam negociar e encontrar saídas eficientes para solução da crise empresária, o também propicia a redução dos custos de transação envolvidos.

Nesse sentido, o artigo 50 da Lei n.º 11.101/2005 enumera, exemplificativamente, como leciona Roque (2005, p 109-115), dezesseis modos diversos para realizar-se a recuperação da empresa, todos possibilitando a arrecadação do capital necessário para alavancar o procedimento de reerguimento da fonte produtiva, colocando-a, novamente, no caminho da estabilidade financeira, com a maior eficiência e sustentabilidade possíveis, a partir da análise

econômica (análise dos custos gerais de transação) da(s) estratégia(s) jurídico-negocial(ais) escolhida(s), quais sejam:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (BRASIL, 2005).

Em relação a esse artigo que enumera algumas estratégias jurídicas possíveis para a recuperação da empresa, com fundamento nos princípios da *eficiência* e da *preservação da empresa*, e considerando-se sempre a interpretação jurídica sistemática, teleológica e finalística, essa relação de estratégias jurídicas deve ser considerada como meramente exemplificativa, podendo a empresa em recuperação adotar outras, desde que não vedadas expressamente pelo ordenamento jurídico.

Dessume-se, portanto, que a Recuperação de Empresas, em qualquer uma de suas modalidades, não é meramente uma reedição do instituto da Concordata, mas sim um instituto totalmente novo, que objetiva não só o pagamento das obrigações contraídas pelo devedor dentro de prazos fixos, como também agrega à sua finalidade uma preocupação com o reerguimento efetivo e sustentável da atividade empresarial, garantindo-se os direitos dos devedores e dos credores, de maneira igualitária. Daí, então, as vantagens econômicas teóricas do instituto da recuperação, relativamente à Concordata.

Com a edição da Lei n.º 11.101/2005, buscou-se não apenas a evolução da sistemática legal concursal brasileira, mas também se objetivou a mudança na mentalidade e na postura daqueles envolvidos em casos abarcado pela norma, no intuito de propiciar melhores condições econômicas para superação das crises empresárias. Para tanto, foi adotada diferenciada estrutura de incentivos para os sujeitos que se utilizam dos institutos concursais vigentes.

Os credores foram os mais beneficiados pela Lei n.º 11.101/2005, pois encontram-se no centro da moderna concepção de Direito Concursal, cabendo-lhes efetiva e ativa participação nos procedimentos concursais, para que possam obter satisfação do seu direito creditório, assim como deverão colaborar para o sucesso da Recuperação Judicial.

Os institutos da Assembleia-Geral de Credores e do Comitê de Credores garantem ao credor, na atualidade, o papel de agente fiscalizador da falência e da recuperação judicial, como bem salienta Roque (2005, p 368-369), pois é ao se utilizar desses instrumentos do procedimento concursal que eles poderão deliberar sobre todos os assuntos atinentes ao desenvolvimento das atividades do devedor, bem como fiscalizar, de maneira efetiva o andamento do processo judicial, na busca pelo reerguimento da atividade produtiva e escolhendo os melhores meios para realizá-lo, a fim de alcançarem a satisfação de seu direito creditório.

Desse modo, conforme salienta Saddi (2012, p 345) “a despeito das dificuldades que porventura venhamos a enfrentar, a assembleia de credores pode ser considerada como uma das maiores inovações da Nova Lei de Falências, devendo, portanto, ser tratada como tal”.

Outro ponto importante alterado pela Lei n.º 11.101/2005 diz respeito à modificação procedida na ordem de preferência dos créditos, que elevou os créditos com garantia real para o segundo lugar na ordem de recebimento e a sua não sujeição à Recuperação Judicial, o que gera controvérsias desde a edição dessa norma. Definido como crédito de natureza eminentemente bancário, os créditos com garantia real, decorrentes de operação com alienação fiduciária, contratos de arrendamento mercantil, compra e venda com reserva de domínio, dentre outros, consoante expressa previsão do art. 49, § 3º,³⁸ da lei concursal, assim como a

³⁸ “**Art. 49.** Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º 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 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 § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a

sua classificação na falência, abaixo apenas do créditos trabalhistas (art. 83, inciso II, da Lei n.º 11.101/2005)³⁹, no entendimento de Bezerra Filho (2014, p 150-152), essas previsões caracterizariam benefícios acentuados às instituições financeiras, que se utilizam desse tipo de operação para aumentarem as suas garantias de recebimento. Todavia, essas medidas foram introduzidas na Lei n.º 11.101/2005, sob argumento de que esse tratamento diferenciado dado ao crédito bancário, acarretaria a diminuição dos custos de transação normalmente envolvidos nas operações financeiras, pois haveria maior probabilidade que aquelas instituições conseguiriam satisfazer o seu direito creditório e, portanto, isso facilitaria a disponibilização de recursos para o mercado.

Importante registrar as palavras de Saddi (2012) acerca desse assunto:

[...] muito se discute do verdadeiro interesse dos credores com garantia real na participação tanto da recuperação quanto da execução concursal.

A qualidade e a proteção oferecidas pela legislação aos credores são um dos mais importantes fatores não só na determinação da taxa de juros, como também do tamanho e da composição do mercado de crédito. Para que se configure um cenário ideal, o certo é procurar um equilíbrio entre os incentivos oferecidos ao devedor para que busque recursos, e estimular o credor a emprestar, de forma que haja empréstimos disponíveis em quantidade e condições apropriadas. Evidências empíricas provam que a boa proteção legal aos credores leva a taxas de juros mais baixas e a um mercado de crédito mais ativo. Há estudos que mostram, por exemplo, que a taxa de juros é mais alta nos estados americanos cuja legislação protege mais os devedores; que estados brasileiros em que o judiciário funciona melhor têm maior razão crédito/PIB; e o mesmo se observa na comparação entre países. Também há indicações de que o fato de a Lei de Falências americana favorecer os acionistas em relação aos credores, comparado ao que se observa na Europa, ajuda a explicar por que nos EUA os *spreads* de risco são mais altos do que na Europa. Daí é incorreto entender que a Lei cria incentivos para “favorecer” o banqueiro (ou o credor, já que a atividade bancária é, via de regra, atividade de intermediação de recursos de terceiros). Juros come se a certeza de recebimento do crédito for maior – e não é outro sentido o conceito de precificação da garantia que está implícito no custo do dinheiro (SADDI, 2012, p 348).

As palavras de Abraão e Toledo (2012), corroboram com este entendimento:

Destarte, a Lei n. 11.101/2005, ao referir-se, no art. 49, § 3o, a “proprietário fiduciário de bens móveis”, e, no art. 85, a “proprietário de bem arrecadado”, abrange tanto o proprietário fiduciário, que adquiriu essa qualidade por força de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quanto o proprietário fiduciário, que ostenta essa posição em decorrência de contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, ambos espécies de negócio fiduciário ou “venda para garantir” e institutos de Direito Econômico, que têm a finalidade precípua de servir de instrumentos, a serviço do Estado e dos particulares, do desenvolvimento econômico e social do país, daí serem regulados por princípios jurídicos próprios, que não seguem a ideia de justiça, mas de eficácia técnica, o que explica, justifica e fundamenta a sua exclusão dos processos de recuperação judicial e de falência do devedor-fiduciante (ABRÃO; TOLEDO, 2012, p 204).

retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.” (BRASIL, 2005)

³⁹ “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

[...]

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;” (BRASIL, 2005)

Após mais de uma década de vigência da lei em estudo, percebeu-se que o argumento das instituições financeiras não se demonstrou válido, pois não houve redução no custo do crédito ou, muito menos, maior disponibilização de recursos.

Não obstante a isso, ainda existem vozes que defendem essa modificação, afirmando que a exclusão desses créditos dos procedimentos concursais possibilita, nas palavras de Coelho (2017, p 184), “[...] a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico”, pois visa tal determinação garantir às instituições financeiras meios ágeis para o recebimento de seu crédito, viabilizando a elas atrativos para concederem créditos às fontes produtivas em processo de recuperação.

Interessante notar que essa questão, embora ambas correntes apresentam bons argumentos a seu favor, ainda não foi debatida nos tribunais pátrios, não havendo como se saber qual entendimento que se demonstra mais adequado.

Se no pólo ativo de uma relação jurídica obrigacional está o credor, no pólo passivo, via de consequência, encontra-se o devedor, figura também relevante para o presente estudo, pois é sobre a sua pessoa que incidirão todos os efeitos, tanto da recuperação de empresas, quanto da falência, como previsto na Lei n.º 11.101/2005.

O aspecto que mais beneficia o devedor, na atual sistemática concursal introduzida pela Lei n.º 11.101/2005, diz respeito a não sucessão das obrigações tributárias e trabalhistas do recuperando/falido pelo adquirente dos seus bens. O inciso II, do artigo 141 veda, expressamente, a ocorrência dessa sucessão. E isso tem importância significativa em uma análise econômica da questão.

A justificativa para tal previsão encontra-se no relatório final apresentado pelo Senador Ramez Tebet, relator do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) n.º 071/2003, denominação dada ao Projeto de Lei n.º 4.376/1993 no Senado Federal, à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), que afirmava:

Definiu-se que não haverá sucessão tributária para o adquirente, como forma de melhor garantir os direitos dos trabalhadores e do fisco e permitir maior eficiência econômica nesses processos. A razão é que a alienação da empresa em bloco, ou por unidades produtivas nos casos menos favoráveis, mantém a organicidade dessas estruturas e, por isso, preserva o patrimônio intangível.

Ao estabelecer a oferta para a compra da empresa, os interessados evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a empresa oferecida leva consigo a carga das obrigações tributárias anteriores à venda, não pode haver dúvidas de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. No entanto, como essas obrigações estão cercadas de incertezas quanto a seu valor, é bastante comum que a estimativa dessa dívida potencial seja superestimada. Com isso, os valores de venda podem ser sistematicamente rebaixados. Como é a venda dos ativos, em conjunto ou em separado, que garante os créditos trabalhistas e tributários, é do interesse do fisco e dos trabalhadores que o

valor de venda seja maximizado. Assim, embora pareça contrário à intuição, a sucessão não traz vantagens aos cofres públicos **ou aos trabalhadores** (BRASIL, 2004).

Sobre esse assunto, interessantes se demonstram as palavras de Saddi (2012):

A nossa lei avança? Acreditamos que sim. Primeiro, no conjunto de medida *ex ante*, que implicou a mudança da sucessão trabalhista e tributária. Ou seja, quem adquirir uma empresa em estado de falência não assumira a responsabilidade por ações judiciais ou créditos não honrados pelo valor pago pela companhia, o que vai facilitar também a compra de empresas como problemas.

A sucessão resolve um problema sério no Brasil por um mecanismo *ex ante* legal e institucional de maior relevância. Isso pode ser classificado como a “blindagem” das empresas na fase de falência, ou seja, um mecanismo de proteção. Essa blindagem, no caso da falência, é desejável a fim de permitir que haja certa segregação do risco da sucessão de obrigações, sequência de pessoas jurídicas que se substituem, umas às outras, ininterruptamente ou com pequenos intervalos nos casos de alienação, cisão ou incorporação. Corretamente, o termo é emprestado do direito de família, como “herdeiro” de direitos ou obrigações, e é assim que a doutrina o entende. Mesmo que tais atos sejam realizados na mais absoluta boa-fé, há o risco de o comprador de tais ativos se defrontar com a obrigação de assumir os compromissos que foram celebrados pelo falido (ou pelo vendedor), ou até mesmo de perder todo o seu investimento em função das ações revocatórias iniciadas na falência (SADDI, 2012, p 355).

Inferese, portanto, que tal determinação visa, antes de tudo, propiciar condições para a real satisfação do direito dos credores nos procedimentos concursais, pois a não sucessão das obrigações tributárias e trabalhistas podem contribuir para alienação dos bens do devedor, despertando maior interesse na aquisição desses pelos possíveis adquirentes, entendimento este que prevaleceu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 3.934, pelo Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrentes de falência ou recuperação judicial. II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III – Iguamente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível a preservação dos postos de trabalho. V – Ação direta julgada improcedente. (BRASIL, STF, 2009)

No que concerne especificamente a não sucessão trabalhista e tributária, importantes as razões expressas pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, pois demonstram como as previsões constantes da Lei n.º 11.101/2005 foram organizadas, visando a maximização do bem-estar social, por intermédio da manutenção da fonte produtora:

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inocorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores

constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria. (BRASIL, STF, 2009)

Para se compreender a importância econômica dessa decisão e suas contribuições para o sistema concursal brasileiro, registrem-se as palavras de Cavalli e Ayoub (2017, p 250):

Para além da definição da regra de competência para o pagamento de crédito trabalhista de empresa em recuperação judicial, o STF afirmou a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da LRF, ao julgar a ADI 3.934.76. Dois dos aspectos centrais do voto vencedor, de lavra do Min. Ricardo Lewandowski, assentavam no parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, elaborado pelo Senador Ramez Tebet, relator do projeto de lei que resultou na Lei 11.101/2005. De acordo com o referido parecer, “[o] fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos”. Com base na decisão proferida pelo STF, o STJ tem reconhecido a não sucessão no passivo trabalhista em caso de alienação de unidade produtiva isolada, e, conforme registram Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, o TST “também afasta a sucessão trabalhista nas alienações judiciais no processo de recuperação judicial” (CAVALLI; AYOUB, 2017, p 250).

Percebe-se, assim, que ao excluir tanto a sucessão trabalhista, quanto a sucessão tributária, na venda de ativos das empresas em recuperação, a Lei n.º 11.101/2005 introduz outro elemento que visa reduzir os custos de transação envolvidos nos processos de Recuperação Judicial, pois ao isentar o adquirente dos passivos trabalhista e tributário, tornou-se a aquisição dos bens do devedor mais atrativa, o que viabiliza a continuação da atividade daquela empresa em recuperação, evitando-se os prejuízos sociais decorrentes de seu encerramento prematuro.

O tratamento dispensado ao crédito do ente público, ou seja, o crédito tributário, considerado por Santos (2005) como um dos principais avanços trazidos pela Lei n.º 11.101/2005, foi substancialmente alterado pelo novo sistema concursal brasileiro, em relação ao Decreto-Lei n.º 7.661/1945, demonstrando a real preocupação do Estado com o reerguimento da atividade produtiva em crise, na busca pela redução dos custos de transação envolvidos.

Todavia, esse entendimento não é uníssono na doutrina, como demonstra o ensinamento de Bezerra Filho (2014, p 84) que, em pesada crítica à sistemática adotada pela nova legislação concursal brasileira, afirma:

Se de um lado o capital financeiro não abriu mão de seus privilégios, de outro o fisco se posicionou da mesma forma. Tanto que, segundo o art. 57, a recuperação judicial apenas poderá ser concedida se o devedor apresentar certidão negativa de tributos. Segundo o § 1º do art. 161, o crédito tributário não é abrangido pelo plano de recuperação extrajudicial (2014, p 84).

Entretanto, analisando-se a Lei n.º 11.101/2005 e a legislação correlata ao tema, constata-se que esse pensamento não deve preponderar no estudo do instituto concursal brasileiro, pois as alterações realizadas, muito embora possam parecer simplórias, visam, realmente, possibilitar a recuperação da atividade produtiva em crise (SANTOS, 2005), tornando-a sólida e resistente a novas crises.

Concomitante à edição da Lei n.º 11.101/2005, promulgou-se a Lei Complementar n.º 118/2005, que trouxe profundas alterações à Lei n.º 5.172/1966, denominada Código Tributário Nacional, para adequá-lo paradigma concursal vigente no Brasil. Dentre as principais inovações trazidas por tal norma, encontra-se a não sucessão tributária, no caso de alienação dos bens do recuperando a terceiros, inscrita no § 1º, do artigo 133 do CTN e no inciso II, do artigo 141, da Lei n.º 11.101/2005. Essa alteração, nas palavras de Santos (2005):

Em primeira análise, pode parecer que tal medida é contrária aos interesses do credor da empresa em recuperação, mas, na verdade, não é. Se a lei não ressaltasse de modo expreso a sucessão do adquirente, o mais provável é que simplesmente ninguém se interessasse por adquirir a filial ou unidade posta à venda. E, nesse caso, a recuperação não seria alcançada e perderiam todos os credores (2005).

Não é difícil perceber-se que a eficácia dos procedimentos concursais, principalmente a recuperação de empresas, no que diz respeito aos custos de transação envolvidos, está estritamente ligada a real possibilidade de angariar-se fundos para custear as medidas de reerguimento da atividade produtiva e/ou satisfação do direito dos credores. A partir da inserção da não sucessão do adquirente nas obrigações tributárias do recuperando, expressamente no texto legal da sistemática concursal brasileira atual, aumentam-se as chances de alienação dos bens do devedor, viabilizando, assim, a recuperação desse e o pagamento dos credores, pois, como afirma Coelho (2017):

Se o adquirente da empresa anteriormente explorada pela falida tiver de honrar todas as dívidas dessa, é evidente que menos empresários terão interesse no negócio. Aliás, é provável que a própria alienação da empresa se inviabilize: se tiver de pagar tudo a que se obrigara o falido, o adquirente tende a falir também (2017, p 496-499).

De mais a mais, é de ver-se que, em tese, a ausência da sucessão tributária não prejudica significativamente os cofres públicos ou, muito menos, a arrecadação tributária, pois com o reerguimento e a continuidade da atividade produtiva haverá, por consequência lógica, a realização de novas operações mercantis que ensejarão a incidências de tributos e a necessidade

de seu pagamento ao ente público, o que não acarreta a diminuição da arrecadação estatal, fato esse que ocorria comumente, em virtude do encerramento prematuro de uma fonte produtiva em crise, como bem salientado pelo Senador Ramez Tebet, relator do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) n.º 071/2003, denominação dada ao Projeto de Lei n.º 4.376/1993 no Senado Federal, ao apresentar seu parecer à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE).⁴⁰

Ademais, como explicitado anteriormente, com a aplicação da não sucessão do passivo tributário, torna-se mais atraente a aquisição de bem do devedor, o que poderá acarretar em maior chance de sucesso, no caso alienação judicial de parte do seu estabelecimento empresarial. A venda desses bens importará em mais disponibilidade financeira para o devedor, o que lhe possibilitará cumprir as cláusulas estipuladas em seu plano de recuperação. Dessa maneira, a não sucessão tributária reduz os custos de transação envolvidos nessa operação, de modo geral.

No que concerne a exigência contida no artigo 57, da Lei n.º 11.101/2005, qual seja, a comprovação de regularidade fiscal, mediante apresentação de certidão negativa de débito tributário, para concessão da recuperação de empresas, considerada por alguns doutrinadores como um dos pontos que inviabiliza a aplicação desse instituto concursal (BEZERRA FILHO, 2005, p 167), importante demonstra-se, nesse caso, a alteração trazida pela Lei Complementar n.º 118/2005, ao introduzir no Código Tributário Nacional o artigo 155-A, que preconiza:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multa.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (BRASIL. *Código tributário nacional*. Organização dos textos, notas e índices por Roque Antônio Carrazza e Vera Helena de Mello Franco. 2007).

Esse dispositivo, mesmo com a complementado realizada pela Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014, não alterou a sistemática e os prazos previstos na Lei n.º 10.522/2002, com redação dada pelo artigo 24, da Lei n.º 10.637/2002, considerada a lei geral mencionada pelo indigitado § 4º, que preconiza no seu artigo 10, o prazo máximo de 60 (sessenta) meses para o parcelamento da dívida tributária (SANTOS, 2005). Ocorre, no entanto, que os programas de

⁴⁰ Sobre o assunto, vide (BRASIL. Senado Federal. *Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE – sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 71 / 2003*. 2004)

refinanciamento dos débitos tributários – os denominados REFIS -, disponibilizados pela Fazenda Pública, possuem geralmente prazos de pagamento maiores que os previstos nessa lei, embora oferecidos por períodos restritos. Logo, os devedores optam por esses tipos de refinanciamentos e não se utilizam do parcelamento especial.

Importantes para esse assunto, as palavras de Cavalli e Ayoub (2017):

Empresa que se encontra em situação de crise econômico-financeira, entretanto, frequentemente possui passivo tributário acima de suas forças econômico-financeiras. Se for esse o caso, a empresa devedora não terá condições de apresentar ao processo certidões negativas de débitos tributários. Como consequência, não poderá ser concedida a recuperação judicial, ante o não atendimento da exigência legal (art. 191-A, CTN). Para não inviabilizar o atingimento do soerguimento da empresa, que é o objetivo do processo de recuperação judicial de empresas, o art. 68 da LRF autorizou ao devedor que apresente nos autos da recuperação judicial certidão positiva com efeitos de negativa, a ser obtida mediante a realização de parcelamento do passivo tributário. Esse parcelamento, a ser obtido nos termos da legislação específica, é aquele referido pelo art. 155-A, § 3º, do CTN, que dispõe: “Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”. A competência para a concessão do parcelamento, bem como sua suspensão, é da autoridade fazendária competente para a exação, e não do juízo recuperacional.

A necessidade de lei específica a regular o parcelamento do passivo tributário de empresa em recuperação judicial decorre do fato de que os programas de parcelamento tributário comumente são restritos a determinada esfera de competência fiscal e são oferecidos durante um período igualmente restrito.

Com efeito, o sistema recuperacional envolve o tripé legislativo formado pela Lei 11.101/2005, pela Lei Complementar 118/2005 e pela Lei de Regulamentação do Parcelamento Especial do Passivo Tributário. Entretanto, por quase dez anos o sistema recuperacional andou de pé quebrado, uma vez que não houve a promulgação das leis de regulamentação do parcelamento do passivo tributário de empresa em recuperação judicial.

A solução que foi jurisprudencialmente construída reside em conceder-se a recuperação judicial ao mesmo tempo que se dispensa à empresa devedora apresentar as certidões a que se referem os arts. 57 e 68 da LRF. Em pesquisa realizada pelas Escolas de Direito do Rio de Janeiro e de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas,⁴⁰ por solicitação da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, verificou-se que a integralidade das decisões acerca do tema lavradas pelos Tribunais Estaduais em grau recursal foi no sentido de dispensar o devedor de apresentar certidões negativas de débitos tributários.⁴¹ Os fundamentos que embasam essa linha jurisprudencial remontam aos casos paradigmáticos das recuperações judiciais da Varig e da Parmalat, nos quais que se decidiu, em síntese, que não se pode exigir a apresentação de certidões negativas de débitos tributários ante a inexistência de regulamentação legislativa acerca do parcelamento especial para empresas em recuperação⁴² e, além disso, que do confronto entre a exigência contida no art. 57 da LRF e a enunciação do princípio da preservação da empresa no art. 47 da LRF, a orientar todo o sistema de recuperação judicial, deve prevalecer este último, em detrimento daquela.

A solução jurisprudencial, dispensando a empresa devedora de apresentar CND para a concessão da recuperação judicial, foi a forma mais eficiente pela qual se obteve contemplar equitativamente os interesses do erário com os das empresas em situação de crise econômico-financeira. O parcelamento especial do passivo tributário de empresa em recuperação, consoante destaca Paulo Penalva Santos,⁴³ constitui *direito* da empresa em recuperação, por estar expressamente previsto na legislação ordinária e complementar.⁴⁴ Nesse sentido, seguindo a lição de Paulo Penalva Santos, consolidou-se o Enunciado 55, lavrado por ocasião da I Jornada de Direito Comercial do CJP, no qual lê-se que: “O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda

Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN” (CAVALLI; AYOUB, 2017, p 53).

Desse modo, percebe-se que a previsão do parcelamento especial para os débitos fiscais, embora não regulamentado ainda, assim como a evolução jurisprudencial que permitiu a dispensa da apresentação de Certidão Negativa de Débitos tributários para concessão da Recuperação Judicial, são elementos que visam propiciar maior efetividade desse instituto concursal, permitindo a recuperação do devedor em crise, mediante a redução dos custos de transação decorrentes desse processo.

Infere-se, portanto, que tais dizeres normativos, interpretados e aplicados conjuntamente, podem ser apontados como “*incipiente flexibilização*” do direito creditório fiscal, pois viabiliza para o devedor/recuperando, mesmo que rasamente, o pagamento do débito tributário e o seu possível reerguimento, contrariamente ao que ocorria, comumente, quando da vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, que dispunha, em seu artigo 174, a necessidade de comprovação do pagamento de todos os impostos, sob pena de falência, para que fosse a concordata julgada cumprida. Tal determinação, de tão absurda, inviabilizava a própria aplicação desse instituto.

Dessume-se que, ante todo o exposto e não obstante às críticas feitas a vários dispositivos da norma em comento, pode-se afirmar que, ao menos no plano teórico, a Lei n.º 11.101/2005 está em consonância com os ideais de reerguimento e manutenção da fonte produtiva em dificuldades, assim como os seus objetivos econômicos, de ser instrumento concursal hábil a facilitar a barganha entre o devedor e os seus credores, envolvidos no procedimento de superação da crise, pois possui vários mecanismos, como os mencionados acima, buscam reestruturar a atividade por ele explorada, auxiliando-o no cumprimento de seus compromissos, reduzindo os custos de transação que os impedem de tomar as melhores decisões, sob o aspecto colaborativo necessário, minimizando os impactos negativos decorrentes socioeconômicos do encerramento daquela atividade, garantindo o pleno emprego, a satisfação, à sociedade como um todo, dos direitos dos credores e a realização dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, cumprindo o papel a ser exercido pelo Direito, na perspectiva coseana, ou seja, ser meio de redução dos custos de transação envolvidos em todas as relações em sociedade, a fim de permitir que os agentes consigam tomar as decisões mais eficientes possíveis.

4.3 Dados, algumas críticas e a necessidade de reforma

Decorridos mais de dez anos desde a edição da Lei n.º 11.101/2005, vários foram os desafios práticos e teóricos surgidos, principalmente em virtude do caráter inédito das alterações promovidas no sistema concursal brasileiro, que demandaram grandes esforços e reflexões para serem devidamente aplicadas.

Não obstante os vários avanços promovidos por essa lei na dinâmica concursal brasileira (conforme evidenciado no item anterior desse trabalho), os dados apurados após essa primeira década de vigência dessa lei demonstram uma realidade totalmente diversa daquela almejada, quando de sua promulgação. Conforme apurou Gazzoni (2013), em reportagem publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, na qual divulgou levantamento realizado pela consultoria Corporate Consulting e do escritório de advocacia Moraes Salles, desde o advento da Lei n.º 11.101, em 9 de fevereiro de 2005, até 10 de outubro de 2013, aproximadamente quatro mil empresas postularam no Brasil, perante o Poder Judiciário, a sua recuperação judicial, entretanto, apenas quarenta e cinco conseguiram voltar às suas atividades regularmente. Em termos proporcionais, esse número representa aproximadamente 1% (um por cento) das empresas que pediram a sua recuperação (GAZZIONI, 2013).

Verificou-se, também, no mesmo estudo, que 23% (vinte e três por cento) daquelas empresas que se submeteram ao procedimento da recuperação, vieram a ter a sua falência decretada ao final deste.

Constata-se nesta enquete, a partir da realização de simples operação aritmética, que 76% das empresas ainda não conseguiram a análise dos seus pedidos de recuperação, estando esses pendentes de julgamento, por motivos diversos, há pouco mais de oito anos.

A comparação com o sistema falimentar dos EUA, embora pertencente a tradição jurídica diversa, faz-se inevitável, ainda mais se considerando que esse é a inspiração do atual sistema concursal brasileiro. Conforme demonstrado por Gazzoni (2013), o índice de efetividade dos processos semelhantes à Recuperação Judicial brasileira, encontra-se na casa dos 30% (trinta por cento).

Diante desses dados, inegável o fato de que os processos de Recuperação Judicial no Brasil possuem níveis extremamente baixos de efetividade, chegando a serem considerados pífios, o que prejudica, na prática, a conclusão da viabilidade econômica desses processos, apesar de existir, teoricamente, a indicação positiva do seu papel de instrumento de redução dos custos de transação, se comparado aos outros procedimentos previstos na Lei n.º 11.101/2005, ou seja, em tese, os custos de transação são menores nos procedimentos de recuperação judicial

em relação à falência. Mas na prática, como eles não se efetivam, os custos da ineficiência da norma acabam sendo maiores, haja vista os prejuízos suportados pela sociedade com a não recuperação das empresas. Deve-se registrar, obviamente, que esse levantamento já não está tão atualizado, pois foi realizado há quase cinco anos, mas a grandeza dos números, e considerando que poucas mudanças relevantes ocorreram neste período, possivelmente as proporções permanecem inalteradas.

Importante registrar que, a partir da análise dos dados apresentados pela SERASA Experian, relativos ao número de Recuperações Judiciais ajuizadas, entre junho de 2005 e março de 2018, e as concedidas – aquelas que tiveram a sentença de concessão desse instituto, consoante o previsto no art 58 da Lei n.º 11.101/2005 –, pode-se entender que o cenário, na realidade, é diverso daquele apresentado pelo jornal *O Estado de São Paulo* (GAZZIONI, 2013).

Conforme o levantamento da SERASA Experian, foram ajuizados 10.017 (dez mil e dezessete) pedidos de Recuperação Judicial ao longo dos treze anos da vigência da atual lei concursal, dos quais 2.816 (dois mil oitocentos e dezesseis) foram concedidos, demonstrando que aproximadamente 28% (vinte e oito por cento) dos processos envolvendo esse instituto encontraram seu fim, número bem próximo àquele relativo ao Direito Falimentar estadunidense.⁴¹

No entanto, esses dados não apontam quantos processos foram efetivamente encerrados, decorrido o prazo de fiscalização de dois anos, previsto no art. 61 da Lei n.º 11.101/2005, ou ainda qual o número dos que foram convolados em falência, em virtude de descumprimento de cláusulas do plano de recuperação judicial – art. 73 da referida lei –, dados relevantes para se apurar o índice de efetividade da Recuperação Judicial.

Em outro levantamento procedido por aquele órgão, publicado no jornal *Folha de São Paulo*, constatou-se que aproximadamente 23% (vinte e três por cento) das empresas que ajuizaram pedido de Recuperação Judicial, entre junho de 2005 e dezembro de 2014, conseguiram efetivamente sair da crise (BRANT, 2016). No entanto, os dados apresentados por essa publicação destoam dos constantes no sítio eletrônico da própria SERASA Experian, o acarreta a possibilidade acerca da precisão confiabilidade dessa pesquisa.

Noutro vértice, os dados coletados pelo Juiz de Direito titular da 1ª Vara de Falência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que analisa os pedidos de Recuperação Judicial ajuizados naquela unidade judiciária entre fevereiro de 2011 e agosto de 2015, apontou que

⁴¹ Dados coletados em: <<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>>. Acesso em 2 de abr. de 2018.

70% (setenta por cento) dos casos em que foi realizada perícia prévia de viabilidade do devedor, ato instituído pelo referido magistrado, as empresas tiveram sucesso e conseguiram ter o plano de recuperação judicial aprovado (GRILLO, 2016).

Note-se que, neste caso, não há dados sobre a efetividade da recuperação dos devedores em crise, decorrido o prazo de fiscalização e/ou a quantidade dessas que foram convoladas em falências, assim como os dados apresentados pela SERASA Experian, fato que prejudica a aferição do real índice de efetividade do instituto concursal em estudo.

Desse modo, verifica-se a possibilidade de os dados apresentados pelo jornal *O Estado de São Paulo* (GAZZIONI, 2013) serem os mais próximos à realidade, em razão dos vícios que prejudicam os demais levantamentos, conforme exposto.

Nesta senda, outro dado interessante e que deve ser lido conjuntamente com esse, consiste no tempo médio de duração de processo em 1ª instância de julgamento no Brasil, conforme o relatório “*Justiça em números 2017*”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p 130).

Assustadoramente, em 1ª instância os processos tramitam, aproximadamente, 7 (sete) anos e 5 (cinco) meses (BRASIL, 2017, p 130), antes de serem julgados e baixados.

Não obstante os esforços empreendidos pelo Poder Judiciário para dar vazão à demanda jurisdicional que lhe é submetida, lidos esses dados dessa maneira, pode-se concluir que o processo judicial se demonstra extremamente ineficiente, o que também parece ser verdade quando se trata do processo de Recuperação Judicial. E mais, ao que tudo indica, um dos principais prováveis fatores da ineficiência dos processos de recuperação consiste na demora de sua tramitação.

Ressalte-se que, em virtude de sua própria natureza, esses processos podem ser considerados de alta complexidade, pois além de versarem sobre matéria extremamente especializada, as nuances procedimentais a eles inerentes, previstas na própria Lei n.º 11.101/2005, demandam maior conhecimento técnico especializado para o seu trâmite e julgamento, o que se sabe que não está disponível em todo o território nacional, em virtude das dimensões continentais do Brasil, somadas às diversos níveis sócio-político-cultural-econômicos existentes.

Percebe-se, ainda, que a baixa efetividade dos processos de Recuperação Judicial pode ser vista como consequência da inobservância dos princípios que regem esse instituto. Conforme exposto anteriormente, os princípios constitucionais da *preservação da empresa* e da *celeridade processual* são estruturantes dos institutos concursais existentes na Lei n.º 11.101/2005.

Viu-se também que esses princípios, em razão de sua força normativa, possuem a denominada *sanção indireta/implícita*, ou seja, o descumprimento das normas jurídicas originadas a partir desses princípios terá, por consequência, a não consecução dos objetivos pretendidos, ao se estruturar determinado objetivo juridicamente.

Denota-se, portanto, que a inobservância do princípio da *celeridade processual*, conforme demonstrado pelo relatório “*Justiça em Números*” (BRASIL, 2017, p 130), ocasiona o descompasso entre o *tempo do processo* e o *tempo do negócio*, fazendo com que o lapso temporal da tramitação dos processos de Recuperação Judicial não seja o adequado para a solução da crise empresária. Decorre, como consequência disso, a baixa efetividade dessa categoria específica de processo judicial, que tem acarretado ou aprofundado a situação de crise dos devedores que a ele recorrem; ou o encerramento prematuro dessas empresas, descumprindo-se, assim, o postulado constitucional que visa a sua preservação.

Ademais, sob o ponto de vista econômico e teórico, o instituto concursal da recuperação judicial foi pensado como instrumento de redução dos custos de transação, no intuito de permitir que os credores e o devedor pudessem barganhar, mesmo que no restrito âmbito processual, visando possibilitar a construção de saídas para superação do estado de crise das empresas e, assim, propiciar a maximização da riqueza/bem-estar envolvidos nessas situações. Todavia, infere-se que, em razão da sua baixa efetividade, o processo de recuperação não tem cumprido os seus objetivos teóricos e econômicos da forma devida.

Em verdade, ao invés de reduzir os custos de transação envolvidos e possibilitar a saída do estado de crise das empresas, pode-se afirmar que o referido instituto concursal (a Recuperação Judicial) tem contribuído para o aumento dos custos de transação, impossibilitando, assim, a devida negociação entre as partes e a eficiente alocação dos recursos.

Desse modo, o processo de recuperação judicial não tem apenas prejudicado a barganha entre credor e devedor, mas tem também descumprido o seu papel precípua, a saber, a estruturação/proteção do sistema econômico pátrio.

Em poucas palavras, ao invés de contribuir para o avanço estrutural do sistema econômico brasileiro, os processos judiciais de recuperação auxiliam na deterioração desse sistema.

Corroboram com este entendimento as palavras de Paiva (2016, p 647):

E a pergunta que parece pertinente nesse momento, muito mais do que a de ser ou não o momento para reformas, reside em se saber, antes de mais nada, se os incentivos contidos na LRE estão adequados para atingir os propósitos da própria LRE, em especial no que diz respeito aos processos de recuperação judicial. E a resposta é um sonoro não. A lei é omissa em relação a diversos aspectos essenciais a regimes de insolvência, resultando em insegurança jurídica e na consequente dificuldade de

obtenção de investimentos e financiamentos tão necessários às empresas em crise. A LRE contém também incentivos errados e outros contraditórios aos princípios por ela estabelecidos ou discrepantes de outras normas legais ou infralegais que impedem a efetiva e rápida recuperação das empresas e a recuperação dos créditos (PAIVA, 2016, p 647).

Neste passo, faz-se necessário encontrar caminhos para que o instituto concursal da Recuperação Judicial possa voltar para os trilhos e, efetivamente, contribuir para o aprimoramento da sociedade. Vê-se, no fim deste túnel, duas saídas possíveis.

Primeira delas, consiste na reforma desse instituto, readequando suas previsões normativas, buscando dar-lhes mais eficiência.

Assim sendo, a partir da vasta experiência prática adquirida nesta primeira década de vigência da Lei n.º 11.101/2005 e nos inúmeros debates realizados, consegue-se identificar alguns pontos daquela lei, que necessitam de pequenos reparos, para se garantir a efetividade, principalmente, do instituto da Recuperação Judicial. O primeiro aspecto que merece atenção consiste no entrave formado pelo elevado passivo fiscal acumulado pelas empresas brasileiras. Conforme demonstra Paiva (2016, p 651-653), existe a tendência de os empresários acumularem alto passivo de débitos tributários, que não são submetidos ao processo da Recuperação Judicial. A razão disso, além da falta ou da deficiência do planejamento da atividade empresária, combinada com a significativa carga tributária brasileira, decorre do poder de pressão que é atribuído ao devedor, para aprovação do plano de recuperação por ele apresentado.

O devedor, durante a Assembleia-Geral de Credores, poderá pressionar os demais participante para aprovar o Plano de Recuperação apresentado, ainda que esse não se demonstre razoável, sob a alegação de que, caso seja decretada a falência, o montante das dívidas fiscais poderia esvaziar por completo o seu acervo patrimonial, frustrando, assim, qualquer esperança de satisfação do direito creditório daqueles.

Para se corrigir tal distorção, como sugere Paiva (2016, p 652-653), seria interessante adotar-se a previsão de um teto de endividamento, por parte das empresas que recorressem à Recuperação Judicial, ou mesmo a submissão dos créditos públicos à esse instituto concursal, desde que previstos em lei os parâmetros passíveis de utilização nesses casos em específico, tais como o prazo máximo de parcelamento, possíveis descontos, limites de desconto dos juros moratórios etc, para não se ferir o princípio da normatividade (legalidade) e da indisponibilidade do interesse público, basilares do regime administrativo.

Outro ponto que merece atenção, na visão de Paiva (2016, p 653-655), reside na falta de financiamento para as empresas em Recuperação Judicial. Em virtude da alta possibilidade

de inadimplemento, são raros os agentes financeiros que disponibilizam linhas de créditos para devedores desse procedimento concursal.

Como não há dinheiro para essas empresas, impossível será a efetivação das previsões constantes do Plano de Recuperação Judicial aprovado e, logo, improvável a superação da crise. Saliente-se que, como visto anteriormente, o tratamento benéfico concedido ao denominado crédito bancário, fundamenta-se na disponibilização de recursos financeiros para o mercado, auxiliando no reerguimento das empresas em crise, o que não tem ocorrido.

No que concerne às questões processuais, segundo Paiva (2016, p 654-658), a falta de previsão de pluralidade de devedores no pólo ativo das Recuperações Judiciais, a imprecisão técnica do termo “*principal estabelecimento*”, que determina a competência do Juízo Falimentar, a extensiva burocracia e lentidão dos processos judiciais, são fatores determinantes, na visão daquele autor, para o insucesso desse instituto concursal.

As soluções para tais problemas, perpassariam pela readequação das previsões processuais, o que demandaria tempo e boa vontade do legislador, de realiza-las a tempo e modo, para garantir-se maior efetividades aos processos recuperacionais.

Ainda segundo Paiva (2016, 656-658), o marco temporal legal para suspensão das ações em face do devedor deveria ser alterado, passando do despacho que defere o processamento da recuperação, para a partir de seu ajuizamento, o que daria maior celeridade ao procedimento.

Defende também aquele autor (PAIVA, 2016, 658-659), mudanças na sistemática de votos da Assembleia-Geral de Credores e o fim do prazo de fiscalização, após a concessão do Recuperação Judicial.

Mas não é apenas esse autor que demonstra insatisfações com as previsões existentes na Lei 11.101/2005. Conforme no Jornal “*Valor Econômico*”, em março de 2017 (BACELO, 2017), já se encontra em estudo, por iniciativa do Ministério da Fazenda, medidas que visam aprimorar os instrumentos concursais brasileiros, visando lhes dar maior efetividade.

Dentre os pontos que serão possivelmente alterados, encontram-se: a inclusão dos créditos com garantia fiduciária passarem a ser abrangidos pelo processos de Recuperação Judicial; a extensão do rol das pessoas legitimadas para postular a recuperação, incluindo “agentes econômicos em geral”, tais como profissionais liberais, produtores rurais, cooperativas, consórcios, etc.; o aumento do prazo de prorrogação da suspensão das ações em face do devedor falido/recuperando; criação de prazo máximo para tramitação do processo de recuperação, visando maior celeridade, a criação de Varas e Câmaras Especializadas nas grandes cidades do país, para facilitar o julgamento desse tipo de ações, dentre outras medidas de cunho processual.

Não obstante os importantes aprimoramentos que se alcançaria através da efetivação dessas e outras propostas, porventura existentes, de reformas da Lei concursal, nenhuma dessas medidas não atingiram o cerne da questão: a demora na tramitação dos processos de recuperação e se demonstrariam, com o passar dos anos, também ineficientes, evidenciando a necessidade de reforma das reformas.

A segunda saída possível seria utilizar-se de outro instituto concursal, já presente na legislação brasileira, que se demonstrasse como o meio mais célere e eficaz para superação do estado de crise.

Necessário se faz, portanto, olhar com outros olhos, a Recuperação Extrajudicial.

4.4 Um olhar para a recuperação extrajudicial

A Recuperação Extrajudicial se apresenta como a segunda espécie do instituto concursal da Recuperação de Empresas, presente na Lei n.º 11.101/2005. Inspirada pelos institutos do direito falimentar estadunidense *prepackaged bankruptcy* e *workout agreements* (MELARÉ, 2005, p 155), prima essa modalidade pela realização de acordo entre credores e devedor, condicionado à homologação judicial (FRANCO; SZTAJN, 2008, p 256), possibilitando a repactuação das dívidas, condições, meios de pagamentos e procedimentos necessários para tanto.

A sua origem mais remota, como relata Paiva (2005, p 562), reside no instituto do Direito Romano da “*pactum et minus solvatur*” e sempre foi relacionada à solução rápida, econômica e célere de eventuais problemas e em dificuldade financeira do devedor empresário.

Sobre as vantagens da utilização da Recuperação Extrajudicial, interessantes são as palavras de Paiva (2005):

A principal vantagem dessa primeira modalidade foi retirada do texto do Projeto da Nova Lei por emenda apresentada no plenário do Senado Federal e – conforme mencionado acima – consistia na proteção que seria dada ao acordo homologado em juízo contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia de atos contemplados no plano homologado em juízo, salvo nas hipóteses de fraude. Por meio dessa proteção esperava-se dar maior segurança aos negócios jurídicos celebrados com devedores em dificuldades financeiras, estimulando a celebração de acordos que evitassem demorados e custosos processo de recuperação judicial ou falência (PAIVA, 2005, p 570).

Registrem-se, também, as palavras de Vilas Boas (2013):

A diferença principal para a recuperação judicial está no fato de que, na modalidade extrajudicial, o empresário pode manipular com mais desenvoltura o programa de reestruturação do equilíbrio econômico-financeiro é que, nesse sistema, nem todos os credores precisam ser envolvidos; pode o empresário pretender que os efeitos de seu

plano só atinjam certas classes, o que se mostra suficiente para o fim da superação da crise (VILAS BOAS, 2013, p 33).

Percebe-se, portanto, que essa espécie de instituto concursal propicia maior possibilidade de negociação entre o devedor e seus credores, viabilizando a criação de pactos que pretendem ser adequados e permitam, efetivamente, o seu cumprimento.

A partir da análise de sua previsão legal, constata-se que há duas modalidades de Recuperação Extrajudicial: a denomina *facultativa*, previsto no art. 162 da LREF; e a chamada *obrigatória*, regulada no art. 163 dessa lei.

Na Recuperação Extrajudicial *facultativa*, há total liberdade para que o devedor e os seus credores pactuem sobre questões que permitam a superação da dificuldade financeira, satisfazendo o direito creditório desses, sendo desnecessária a homologação judicial, para que acordo surta seus efeitos legais.

Note-se que, nesta modalidade, cabe ao devedor escolher quais serão os credores submetidos ao procedimento de recuperação, não sendo esses obrigados a concordar com o plano apresentado. Não se instaura, nesse caso, o concurso dos credores, contrariamente o que ocorre na Recuperação Judicial, em que todos os credores *devem* se submeter ao procedimento, salvo algumas exceções legais.

Na sua modalidade *obrigatória*, o devedor pode impor o plano estabelecido à minoria de seus credores que não queiram a ele aderir, desde que consiga a concordância de, no mínimo, $\frac{3}{5}$ (três quintos) do valor dos créditos das espécies por ele estipuladas naquele pacto, sendo possível a conversão de crédito em moeda estrangeira, pelo câmbio do dia, apenas para fins de cômputo do percentual necessário para sua homologação.

Importante notar, neste caso, a homologação judicial do acordo se apresenta como condição de validade, para que possa esse gerar seus efeitos, obrigando àqueles credores, pertencentes às espécies abarcadas pelo plano, que com ele não concordaram.

No que concerne aos créditos abrangidos pela Recuperação Extrajudicial, os créditos tributários, de natureza trabalhistas e decorrentes de acidentes do trabalho, assim como os créditos com garantia real, previsto no art. 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/2005, encontram-se excluídos do seu âmbito, conforme previsão do art. 163, § 1º, dessa lei.

Quanto ao conteúdo do Plano de Recuperação Extrajudicial, ele não poderá prever tratamento diferenciado aos credores cujas espécies de crédito estejam nele englobadas, assim como tão pouco poderá estipular pagamento antecipado de determinados créditos. No entanto, é possível a determinação de venda de ativos pertencentes ao devedor, pela via estabelecida na lei concursal (art. 142).

O procedimento para homologação do acordo celebrado, necessário no caso da modalidade obrigatória, foi construído sobre as ideias de rapidez e simplicidade. Firmado o pacto, deverá o devedor requerer a sua homologação, no juízo competente, que publicará edital, convocando todos os credores submetidos a esse procedimento, para que apresentem impugnação, se houver, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação desse.

O mérito da impugnação deve ser restrito, podendo ser alegado apenas: a) o não preenchimento do percentual necessário para homologação do plano apresentado; b) a prática de qualquer ato fraudulento, previsto no art. 94, III, da Lei n.º 11.101/2005,⁴² ensejador da decretação da falência; e/ou c) o descumprimento de qualquer outra disposição legal.

Caso haja a apresentação de impugnação por qualquer credor, o devedor terá o prazo de 5 (cinco) dias para se manifestar e, findo este, deverá o juiz proferir sentença, em igual prazo, que homologará ou não o plano. Essa sentença constituirá título executivo judicial.

Importante registrar que, contrariamente ao que ocorre com a Recuperação Judicial, a não homologação do plano apresentado pelo devedor na Recuperação Extrajudicial não acarreta a decretação de sua falência, ao contrário, poderá o devedor apresentar novo plano para análise.

Para se utilizar desse instituto, além de observar os requisitos previsto no art. 48 da Lei n.º 11.101/2005⁴³, não poderá o devedor ajuizar pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, na pendência de processo de Recuperação Judicial, assim como não

⁴² “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.” (Brasil, 2005)

⁴³ “**Art. 48.** Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

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

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

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

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

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.” (BRASIL, 2005)

poderá apresentar novo plano, se já lhe foi concedido esse benefício, no prazo inferior a 2 (dois) anos.

Registre-se, também, que o ajuizamento de pedido de homologação de Recuperação Extrajudicial *não suspende* o curso das ações existentes em face do devedor, mas impede que o credor que deu o seu consento se retrate.

Por fim, importante salientar que a Recuperação Extrajudicial não impede a realização de outros acordos privados entre o devedor e seus credores, versando também sobre temas afetos à superação da crise instaurada.

Como se denota, a regulamentação desse instituto concursal se apresenta muito mais simples e direta que a Recuperação Judicial, não aparentando grandes dificuldades ou possibilidade dúvidas quando aplicação.

Sob o viés econômico, ao se analisar esse instituto, percebe-se que o pressuposto para o seu funcionamento é a cooperação entre o devedor e seus credores, que deverão negociar, barganhar sobre os termos do plano a ser homologado, de maneira a viabilizar a efetiva recuperação e preservação da empresa, de acordo com todas as vicissitudes às quais está a empresa recuperanda submetida em cada caso concreto.

Em razão dessa necessidade de diálogo entre as partes, a possibilidade que elas consigam encontrar saídas inovadoras, sustentáveis e mais adequadas à sua realidade é aumentada; e como foram elas que construíram a solução, existe o incentivo ao cumprimento do acordo firmado.

Denota-se, assim, que esse instituto contribui, efetivamente, para redução dos custos de transação envolvidos nesse tipo de relação, ao incentivar a barganha /negociação entre as partes, o que viabilizaria a melhor alocação de recursos, o que significaria, neste caso, a superação das dificuldades financeiras, por parte do devedor, e a satisfação do seu direito crédito, no que diz respeito ao credor.

Diante disso, já se observa que a Recuperação Extrajudicial se demonstra mais eficiente, ao menos em tese, no que concerne a possibilitar a redução dos custos de transação e realização da negociação entre as partes.

Ante essa constatação, interessantes e passíveis de reflexão se demonstram as palavras de Martins (2012):

Para finalizar esta exposição acerca da importância do tema, destacamos um aspecto relacionado com a aplicação do instituto: o escasso número de planos de recuperação extrajudicial levadas ao Poder Judiciário para homologação até o presente momento, em comparação com o número de recuperações ajuizadas. Tal constatação, numa análise superficial e preliminar, poderia vir a ser interpretada como desinteresse pela

utilização do instituto ou inadequação do instituto à tradição jurídica pátria (MARTINS, 2012, p 21).

Qual seria a justificativa para a alegada desproporcionalidade? Se, como constatado até este momento, a Recuperação Extrajudicial se demonstraria mais eficiente, ao menos em tese, como instrumento de redução de custos de transação, nessa relação específica, que a Recuperação Judicial, a única resposta possível diz respeito à estrutura de incentivos presentes, em sua regulamentação, que não estariam sendo suficientes para que as pessoas se utilizassem daquele instituto.

Assim, no intuito de verificar quais os incentivos e os entraves para aplicação de Recuperação Extrajudicial, necessária a análise, mais detidamente, a sua regulamentação na Lei n.º 11.101/2005.

4.5 A recuperação extrajudicial sob a visão econômica

A partir de análise mais apurada das regras constantes da Lei n.º 11.101/2005, no que concerne à Recuperação Extrajudicial, pode-se alguns pontos, que podem caracterizar entraves à utilização desse instituto, como se verá.

O primeiro ponto que merecer destaque, consiste nos créditos submetidos à Recuperação Extrajudicial. Conforme disposto no § 1º do art. 161 da lei em estudo, os créditos trabalhistas, tributários e algumas modalidades de créditos com garantia real – os denominados créditos bancários, não podem ser abarcados por esse instituto.

No que concerne aos créditos tributários, em virtude da natureza puramente negocial da Recuperação Extrajudicial e a restrição imputada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, aparenta ser compreensível a sua exclusão, muito embora, assim como dito anteriormente, ao analisar a sua não inclusão nos processos de Recuperação Judicial, seria possível a edição de ato normativo que trouxesse parâmetros dentre os quais, poderiam ser trabalhados os créditos fiscais. Mas como isso depende da atuação do legislador, em futuro momento oportuno, possa a referida lei ser elaborada.

No que concerne aos créditos de natureza trabalhistas e oriundos de acidente de trabalho, não há justificativa plausível para a sua não inclusão, pois o art. 8º, inciso III, da CRFB/1988 confere aos sindicatos o dever de defender os direitos da categoria que representa. Neste prisma, desde que representados pelo seu órgão sindical, não haveria óbice para a inclusão desses créditos, na Recuperação Extrajudicial.

No que diz respeito aos créditos bancários, segue-se a mesma lógica utilizada na Recuperação Judicial: a sua exclusão se deu para que, munidos da certeza da satisfação do seu direito, disponibilizariam eles crédito, com encargos financeiros mais baixo, permitindo a circulação de maior quantidade de dinheiro mercado e, por consequência, maior possibilidade de financiamento e capitalização do devedor em dificuldades.

Assim, a sua exclusão da Recuperação Extrajudicial, em verdade, caracteriza apenas incentivo negativo à utilização desse instrumento.

Importante salientar que, segundo a previsão legal, não poderiam tais créditos ser incluídos pelo devedor, no plano de recuperação a ser homologado, mas não há obstáculos para que, com a anuência e incentivo dessas categorias de credores, possam eles sim ser abarcados pelo plano de Recuperação Extrajudicial.

Outro tema que merece algumas considerações, consiste na impossibilidade de suspensão das ações promovidas, em face do devedor, em razão do ajuizamento do pedido de homologação, conforme previsto no § 4º do art. 161 da Lei n.º 11.101/2005. Assim como ocorre com a Recuperação Judicial e a Falência, essa previsão possibilita tranquilidade para que o devedor possa exercer a sua atividade, sem ser surpreendido com decisão e/ou medidas judiciais que esvaziem o seu acervo patrimonial, o que impossibilitaria o desenvolvimento regular de sua atividade e, conseqüentemente, o seu reerguimento.

Desse modo, essa previsão constitui empecilho, que atrapalha a utilização daquele instituto. Seria recomendável, mesmo que apenas durante o tempo de tramitação do pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial, que fosse concedida essa suspensão. Como se verá a seguir, a lei propõe prazo relativamente curto para a análise daquele pedido - em tese, quarenta dias, sem considerar-se o prazo de validade do edital convocatório a ser expedido e a morosidade judicial ao despachar o pedido e nos tramites burocráticos necessários - que nenhum prejuízo, inicialmente, causaria as partes a suspensão dessas ações.

Corroboram com este entendimento as palavras de Martins (2012):

Considerada uma das grandes inovações trazidas da Lei n.º 11.101/2005, a suspensão das ações movidas individualmente contra o credor em recuperação judicial (art. 6º, § 4º) tem o objetivo de oferecer as condições necessárias para que o devedor atinja seu objetivo e impedir que a ação individual de um credor prejudique a recuperação. Sua duração, nas recuperações judiciais, limita-se a 180 (cento e oitenta) dias, sua adoção na recuperação extrajudicial - ainda que em um período de tempo menor e compatível com a maior celeridade do procedimento homologatório - impediria que a ação individualizada dos credores dissidentes pudesse inviabilizar a recuperação judicial (MARTINS, 2012, p 263).

O quórum determinado pelo art. 163, para imposição do plano homologado à minoria dos credores que não se sujeitassem a ele também prejudicial, pois foi fixado em elevado

patamar, correspondente a 60% (sessenta por cento) dos valores dos créditos compreendidos em cada espécie, determinada pelo devedor.

Difícilmente conseguirá o devedor, em condições normais e sem utilizar-se de expediente escusos ou ilegais, a anuência para impor o plano deliberado às minorias. A redução desse quórum poderia facilitar a utilização daquele instituto.

Corroboram com esse as palavras de Felsberg e Campana Filho (2016):

O quórum é distinto daquele exigido no processo de recuperação judicial: neste, a lei exige aprovação de mais da metade dos créditos em cada classe, computados por valor e por cabeça, ou somente por cabeça, dependendo da classe, dentre os presentes em assembleia-geral de credores, e descontados aqueles que se abstiverem de votar. [...] Essa existência de quóruns distintos pode ser criticada pelo seu potencial de gerar distorções, ao incentivar devedores a adotar o mecanismo que lhes seja mais conveniente tendo em vista a facilidade na obtenção das aprovações necessárias (FELSBURG; CAMPANA FILHO, 2016, p 611).

Os prazos processuais estipulados pelo art. 164, também, demonstram-se inadequados. O § 1º do art. 7º da Lei n.º 11.101/2005, estipula o prazo de validade geral de quinze dias, para todos os editais publicados nos procedimentos de Recuperação Judicial e Falência. Impor à Recuperação Extrajudicial o dobro desse prazo demonstra-se, estranhamente, injustificável.

Necessária, portanto, a readequação dessa disposição legal.

No que tange à restrição das matérias cabíveis de alegação pelo credor, em sua impugnação ao pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial, seria necessário adequar-se a redação do inciso III do § 4º do art. 164 da Lei n.º 11.101/2005, pois as demais previsões constantes desse dispositivo legal, foram concebidas objetivando restringir os assuntos possíveis de discussão, em sede de impugnação, a fim de evitar objeções descabidas e/ou manifestamente protelatórias.

No entanto, ao estipular o cabimento da impugnação em caso de descumprimento de qualquer outra exigência legal, possibilitou-se a discussão de qualquer outro assunto cabível.

Interessante seria, portanto, readequar essa disposição, restringindo o seu cabimento a hipóteses de descumprimento de exigência legal, relativas especificamente às condições estipuladas no plano de Recuperação Extrajudicial.

Nesta esteira, as palavras de Martins (2012):

Independentemente da sapiência e razoabilidade que se espera que os juízes brasileiros tenham ao apreciar concretamente tais requisitos, retoma-se aqui o problema da insegurança gerada nos interessados com a adoção de fórmulas genéricas e que podem servir de apoio para que credores dissidentes, ou até mesmo juízes, invoquem qualquer matéria como justificativa para a negativa de homologação do plano (MARTINS, 2012, p 261).

Por fim, a não extensão do parcelamento tributário previsto para a Recuperação Judicial às Extrajudiciais, inviabilizam a possibilidade de satisfação do crédito fiscal e, por consequência, prejudica a efetividade desse instituto. Assim, adequado seria que também se pudesse obter, com amparo em previsão legal, o parcelamento dos créditos tributários, em razão da homologação do plano de Recuperação Extrajudicial.

Neste sentido, o entendimento de Martins (2012):

Conquanto não haja ainda lei específica disciplinadora de tal parcelamento, seria conveniente que ele se aplicasse também as empresas que pleitearam homologação de plano de recuperação extrajudicial, já que não há justificativa razoável para que isso não ocorra. Tal medida não somente equipararia, nesse particular, as recuperações judiciais e extrajudicial, como também promoveria certa aproximação do direito brasileiro com o português, em que a participação dos credores públicos no procedimento extrajudicial de conciliação é obrigatória, caso tal fato contribua para a superação da crise do devedor (MARTINS, 2012, p 262).

Após essa análise, verifica-se que todos esses entraves apresentados, caracterizam desincentivos à utilização do instituto concursal da Recuperação Extrajudicial e que, indiscutivelmente, necessitam de alteração no plano legislativo, para que esse instrumento, pensado como ferramenta de efetiva redução dos custos de transação envolvidos nessas situações de crises empresariais, possa realizar efetivamente as tarefas para as quais foi pensado: garantir a preservação das empresas, em razão de sua importância social; e permitir que os agentes econômicos consigam alocar, eficientemente, os recursos escassos, a fim de satisfazer às suas necessidades.

5 CONCLUSÃO

Durante todo este estudo, várias constatações foram obtidas em cada capítulo, no intuito de auxiliar na busca pela solução do problema pesquisado. Neste derradeiro momento, demonstra-se importante apresentá-las, a fim de verificar a veracidade da hipótese inicialmente apresentada.

No que concerne à força normativa dos princípios jurídicos, verificou-se, sob o aspecto formal, que os princípios jurídicos são elementos do sistema normativo, possuindo características próprias das normas jurídicas. Revestem-se eles, expressa ou implicitamente, de regras de conduta que, embasadas nos valores sociais escolhidos pela sociedade em dado tempo e lugar, regulam a vida dos sujeitos que a compõe, especialmente após a realização da melhor hermenêutica possível (sistemática e teleológica).

Os princípios, assim como as regras, precisam atingir os três âmbitos de validade das normas: a existência, a validade e a eficácia, para que possam gerar plenamente os seus efeitos. Foi constatado, também, que eles são dotados de estilo linguístico próprio – proposições prescritivas – que visam influenciar/modificar o comportamento das pessoas em sociedade. São eles também dotados de coerção, neste caso, implícita/indireta, ou seja, no caso de seu descumprimento, não se conseguirá alcançar os resultados almejados/esperados pelos sujeitos, quando do planejamento da estratégia jurídica que deveria ser utilizado.

No que concerne ao seu conteúdo, viu-se que os princípios jurídicos são instrumento que permitem a areação do sistema normativo, possibilitando que a mudança dos valores sociais possa reverberar naquele sistema, o que viabiliza o aprimoramento da interpretação das disposições desse, sem que seja necessária a realização de alterações legislativas sequenciais.

Constatou-se também que, dentre os princípios aplicáveis ao instituto concursal da Recuperação de Empresa, destacam-se dois deles: o princípio da preservação da empresa e o princípio da celeridade processual, pois visam influenciar a interpretação e aplicação da efetiva recuperação da empresa, objetivando a manutenção desta, em razão de sua importância para a sociedade, e a adequação do tempo processual necessário à análise de determinada questão, ao tempo dos negócios.

No capítulo 3, foi estudada a Análise Econômica do Direito - AED, traçando-se e demonstrando-se a sua importância, bem como as contribuições para o conhecimento jurídico. Viu-se, inicialmente, que o Direito não possui uma teoria do comportamento humano e que, para realização do seu objetivo precípua – estruturar estratégias para realização dos objetivos

sociais, com o menor custo de tempo, de dinheiro e de desgaste psíquico possíveis – necessário seria se utilizar de outros ramos do conhecimento humano que se dedicassem a esse estudo. Inferiu-se que a AED se utiliza do ferramental econômico para auxiliar o Direito, na compreensão de como as pessoas tomam as suas decisões.

Constatou-se que o ser humano pode ser definido como um ser racional, que toma maioria das suas decisões visando a alocar os recursos escassos existentes, utilizando-se da análise de custos envolvidos em cada situação, ante o benefício teórico ou prático correspondente, respondendo aos incentivos que lhe são dados, e quase sempre primando pela maximização da sua riqueza.

Percebeu-se também, após o delineamento histórico da AED, a importância do Teorema de Coase, que objetiva compreender o papel do Direito enquanto instrumento de atuação humana, para redução dos custos de transação envolvidos em todas as relações. Verificou-se, assim, que o Direito deve contribuir para a redução desses custos, propiciando aos agentes econômicos atuar em dado cenário, que lhes permita barganhar e alocar, mediante as suas próprias escolhas, qual a melhor utilização para os recursos escassos existentes, alocando-os de modo eficiente e viabilizando a maximização da riqueza social como um todo.

No capítulo 4, foi analisado o instituto concursal da Recuperação de Empresas, momento em que se possibilitou verificar quais foram as suas inspirações no Direito Comparado, bem como as principais inovações que a Lei n.º 11.101/2005 trouxe para o sistema concursal brasileiro, sem falar na relação entre as suas previsões e o seu papel como agente de redução dos custos de transação.

Inferiu-se, ainda, que o instituto da Recuperação Judicial, muito embora tenha representado grande avanço na sistemática concursal até então vigente, tem se demonstrado ineficiente, pois não tem conseguido propiciar, efetivamente, a reestruturação de empresas em crise, sendo apresentados pífios resultados nos seus mais de treze anos de vigência. Percebeu-se, também, que a elevada demora no seu trâmite processual pode ser indicado como o principal fator de relevância no seu baixo índice de efetividade.

Diante desse cenário, buscou-se saídas para que os devedores empresários, em situação de crise financeira, conseguissem equacionar os problemas do seu patrimônio, objetivando superar essa situação. Nesta ótica, foi analisado o instituto da Recuperação Extrajudicial, também presente na Lei n.º 11.101/2005, verificando-se as previsões legais que o regulam, bem como a estrutura de incentivos que ele constitui e sua capacidade de se demonstrar como saída viável e eficaz à Recuperação Judicial.

Percebeu-se, ao final, que embora possa ser visto como instituto concursal muito mais eficaz do que a Recuperação Judicial, existem pontos de sua regulamentação legal que atrapalham a sua utilização e que precisam ser revistos, para que ele possa contribuir, efetivamente, para redução dos custos de transação dos devedores que se encontram em situação de crise empresária superável.

Contatou-se, portanto, que a hipótese inicial deste trabalho, a saber: tendo como marco teórico o teorema de Ronald Coase, no qual são explicitados os custos de transação envolvidos nas interações humanas e a relação existente entre esses e a eficiência na alocação de recursos escassos, pode-se afirmar que o instituto concursal da Recuperação de Extrajudicial Empresa pode ser visto, teoricamente, como o instrumento adequado para a redução dos custos de transação envolvidos na relação credor x devedor em situação de crise, permitindo a rápida superação desta e o reerguimento da fonte produtiva. Nesse sentido, verificou-se parcialmente confirmada a hipótese segundo a qual a Recuperação Extrajudicial é econômica e teoricamente mais eficiente do que a Recuperação Judicial, Todavia, viu-se que a regulamentação da Recuperação Extrajudicial ainda precisa ser aprimorada, para que ela consiga, efetivamente, permitir a recuperação sustentável da atividade empresária, com a maior eficiência possível.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique, TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 661p. [E-Book].
- AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [E-Book].
- ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n.º 11.101/2005**. 22.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 407p.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995. 368p.
- APOLINÁRIO, Bruno Alves. Reflexões e inflexões: a função social da empresa sob a ótica constitucional. p 155-173. In. MORATO, Gil (coord). **Pelos corredores da faculdade de direito**. 2.v. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 522p.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 104, out/dez 1996, p 109-126.
- BACELO, Joice. Proposta amplia lista de setores aptos à recuperação. **Valor Econômico**, São Paulo, 06 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4888242/proposta-amplia-lista-de-setores-aptos-recuperacao>>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- BARBARA, José Antônio da; BAPTISTA, Fernando Pavan. A lei de recuperação de empresas e falência e os princípios do direito de Ronald Dworkin. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, V, 2016. Montevideo, p 58-76. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4221v3i3/5mZARqY38G2i2vcs.pdf>. Acesso em: 2 out. 2017.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada: lei 11.101, de 9 de janeiro de 2005, comentário artigo por artigo**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 406p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2005. 192p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. 174p.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Os princípios do processo no novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. 264p. [E-Book].
- BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009. 184p.

BRANT, Danielle. Só uma em cada quatro empresas sobrevive após recuperação judicial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1820669-so-uma-em-cada-quatro-empresas-sobrevive-apos-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. 189p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm#art214>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. (falecomacae@senado.gov.br). **Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE – sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 71 / 2003**. Relator: Ramez Tebet. 2004. Mensagem recebida por bruno.apolnario@gmail.com em 14 dez. de 2017.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 137767/AM. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 de set. de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1536913&num_registro=200901713020&data=20161021&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 1303284/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1225685&num_registro=201200066915&data=20130513&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 247002/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 de mar. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=21582&num_registro=200000087750&data=20020325&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 1121530/RN. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 de abr. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20355460&num_registro=200900203228&data=20120426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 61278/SP. Ministro César Asfor Rocha. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 de nov. de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500083817&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Supremo tribunal federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3934. Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605415>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, Brasília, vol. 73, n.º 4, out/dez 2007, p 39-54.

CAMPOLINA, Antônio Carlos. **S.P.Q.R. - Latim jurídico**. 3. ed. 2005. 127p.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Recuperação extrajudicial: inovação ou retrocesso? **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 937, p. 377-390, nov. 2013.

CAVALLI, Cássio, AYOUB, Luiz Roberto. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3.ed. Forense, 2017. 322p [E-Book].

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy code. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, v. 48, n. 151/152, p. 164- 186, jan./dez. 2009.

COASE, Ronald Harry. O Problema do Custo Social. **Journal of Law and Economics**. v.3. Chicago, Illinois. out. de 1960. Disponível em: <http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco de Araújo Costa. 5.ed. Porto Alegre, RS: Bookman, 2010. 560p.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à lei de falência e recuperação de empresas**. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 559p

COELHO, Fábio Ulhôa. **Princípios do direito comercial**: com anotações ao código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. 245p.

COSTA, Luiz Antônio Silva. **A lei de recuperação de empresas**: Lei n.º 11.101, de 9 de janeiro de 2005 anotada e confrontada com o DL n.º 7.661, de 21 de junho de 1945. São Paulo: Lex Aduaneira, 2005. 248p.

CSERES, Katalin Judit. **Competition law and consumer protection**. v. 49 de European monographs. Kluwer Law Internacional, 2005. 450p

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 568p.

FELSBERG, Thomas Benes; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A reestruturação de dívidas por meio da recuperação extrajudicial. p 621-644. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2016. 674p.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 314p.

FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271p.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Uma proposta de superação do paradigma JP – jusnaturalismo/positivismo jurídico e de inserção do direito no paradigma pragmático da linguagem**. 2013. 277 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito**. Belo Horizonte: Universidade Fumec – FCH, 2010. 254p. [E-Book].

GABRICH, Frederico de Andrade. **O Princípio da Informação**. Belo Horizonte: Universidade Fumec – FCH, 2010. 197p

GAZZONI, Marina. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. p 1-33. In TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. 416p.

GRILLO, Brenno. Com perícia prévia, juiz reduz em 30% número de casos de recuperação judicial. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 19 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-19/pericia-previa-juiz-reduz-recuperacoes-judiciais-30>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

HOTCHKISS, Edith S. et al., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1086942>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 524p.

LISBOA, Marcos de Barros. et al. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. p 61-60. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin: 2005. 735 p.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 808p.

MANKIWI, Nicholas Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 5.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. 838p.

MARTINS, Glauco Alves. **A recuperação extrajudicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 280p.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. A recuperação extrajudicial. p 155-162. In. MACHADO, Rubens Approbato (coord). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 480p.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de direito público da economia**, v. 13, n. 50, p. 229- 243, abr./jun. 2015.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto M. **Princípios de economia**. 5.ed. São Paulo: Pioneira. 2005. 289p.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito empresarial**. v.1. Campinas, SP: LZN, 2004. 651p.

PACHECO, José Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 510p. [E-Book]

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. [E-Book]

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Da recuperação extrajudicial. p 561-594. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin: 2005. 735 p.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Dez anos de vigência da lei n.º 11.101/2005: é hora de mudança? p 561-594. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2016. 674p.

PANTANO, Tânia. O judiciário na recuperação extrajudicial. p 536-551. In: DE LUCCA, Newton (coord.); DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quatier Latin, 2009. 551p.

PERELMAN, Chaïm; OBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O princípio da preservação da empresa sob a ótica da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. **Revista do Curso de Direito (Nova Lima)**, Belo Horizonte, v. 3, p. 75-85, 2004.

POSNER, Eric A. and ZINGALES, Luigi, The Housing Crisis and Bankruptcy Reform: The Prepackaged Chapter 13 Approach (February 25, 2009). Chicago Booth School of Business Research Paper No. 09-11; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 459. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1349364>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 708p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva; 2002. 391p

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 1998. 411p.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14.ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 1995. 353p.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 182p.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005. 471p.

SADDI, Jario. Análise econômica da falência. p 340-356. In TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. 416p.

SANTOS, Paulo Penalva. Aspectos polêmicos da recuperação extrajudicial. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, v. 12, n. 73, p. 24-33, set./out. 2011.

SANTOS, Thiago Carvalho. A viabilidade de recuperação judicial em decorrência das alterações ocorrida no Código Tributário Nacional – Lei Complementar 118/05. **DireitoNet**, Sorocaba, SP, 27 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/76/2376/>>. Acesso em: Acesso em: 17 mar. 2018.

SOUTO JÚNIOR, Carlos. Nova lei de recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005). Alguns aspectos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.º 1.096, 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8587>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013. 269p.

TELLECHEA, Rodrigo; Spinelli, Luis Felipe; Scalzilli, João Pedro. Notas críticas ao regime jurídico da recuperação extrajudicial. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, v. 51, n. 161/162, p. 47-71, jan./ago. 2012.

TELONI, Foteini, Chapter 11 Duration, Preplanned Cases and Refiling Rates: An Empirical Analysis in the Post-BAPCPA Era (September 15, 2014). 23 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 571 (2015). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2601755>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59ª. ed. 1.v. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1.239p. [E-Book].

TRAVESSONI, Alexandre (coord). et al. **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011. 422p.

TROVÃO, Antônio de Jesus. A lei de recuperação de empresas – algumas considerações. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 3, n. 129, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=665>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação judicial**. 2.ed. v.3. São Paulo: Atlas, 2012. 602p.

VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 332p.

VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. **Recuperação de empresas após a falência**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. 136p.

YOST, Keven. The choice among traditional chapter 11, prepackaged bankruptcy, and out-of-court restructuring. p 1, nota 1. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.217.944&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 315p.