
**A DISTANÁSIA JUDICIAL DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE DO
COMPORTAMENTO JUDICIAL NOS PROCESSOS DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS**

***THE JUDICIAL DYSTHANASIA OF COMPANIES: AN ANALYSIS OF
JUDICIAL BEHAVIOR IN BANKRUPTCY CASES***

VALCIR GASSEN

Pós-doutorado na Universidade de Alicante na Espanha e na Thomas Jefferson School of Law nos EUA. Doutor e Mestre pela UFSC. Professor Associado da Universidade de Brasília (UnB) em Colaboração Técnica na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: vgassen@gmail.com

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC/Coimbra). Doutor em Direito (UGF/Rio) Professor dos Programas de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT). Promotor de Justiça. E-mail: henrique@mpse.mp.br

JOSÉ LEITE DOS SANTOS NETO

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Procurador da Fazenda Nacional. Professor de pós-graduação *latu sensu* da Faculdade Estácio de Sergipe. E-mail: joseleitesneto@hotmail.com



RESUMO

Objetivos: Este trabalho tem por objeto a análise do comportamento decisório de juízes que atuam em varas empresariais, em que se constata uma regularidade decisória na negativa de direitos dos credores de empresas em recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005). Mais precisamente, investiga fatores extrajurídicos nos entendimentos judiciais de: (1) prorrogação do prazo de suspensão de ações de execução (*stay period*) além do 180 dias em prejuízo do universo de credores privados; (2) homologação de plano de recuperação judicial dispensando-se a exigência de regularidade fiscal, com prejuízo dos credores públicos.

Metodologia: Para tal pesquisou os elementos empíricos na forma de incentivos, condicionantes e constrangimentos sob perspectivas teóricas das ciências políticas, notadamente os modelos de comportamento judicial jurídico, atitudinal e estratégico. A metodologia utilizada foi de entrevistas qualitativas a magistrados de varas empresariais para, de maneira indutiva, testar empiricamente esses modelos.

Resultados: Verificou-se que o desenho jurídico dessa lei se ressentia da explicitação do conceito jurídico de recuperabilidade da empresa. Isso permite: (a) o afastamento ideológico dos direitos de credores; (b) uma crença sincera e equivocada de que a única finalidade da lei é recuperar empresas, o que acarreta uma hiperbólica proteção de empresas inviáveis, aqui chamada de “distanásia judicial de empresas”.

Contribuições: A comprovação empírica da deficiência do desenho da lei, com as duas consequências decorrentes disso, permite discutir modificação legislativa para reduzir a discricionariedade desses juízes e obrigar a decretação de falências de empresas inviáveis.

Palavras-chave: Empresas. Direito dos credores. Modelos de comportamento judicial. Lei de recuperação de empresas e falências

ABSTRACT

Objectives: *The purpose of this article is to analyze the decision-making behavior of judges who judge bankruptcy cases. Decisions that deny creditors' rights in bankruptcy proceedings are studied (Law nº 11.101/2005). More precisely, it investigates extrajudicial factors in judicial understandings of: (1) extension of the stay period for enforcement actions (stay period) beyond 180 days to the detriment of the universe of private creditors; (2) ratification of the judicial reorganization plan, waiving the requirement of fiscal regularity, with prejudice to public creditors.*

Methodology: *To this end, empirical elements were researched in the form of incentives, constraints and conditioning under theoretical perspectives of political sciences, notably the models of legal, attitudinal and strategic judicial behavior. The*



methodology applied was qualitative interviews with judges of bankruptcy courts to, inductively, test these models empirically.

Results: *It is concluded that the legal design of this law requires a clearer concept of economic viability of companies. Without this clear concept, it is permissible: (a) the denial of creditors' rights for ideological reasons; (b) a sincere and mistaken belief that the only purpose of the law is to reorganize companies, which leads to a hyperbolic protection of unviable companies, here called "judicial dysthanasia of companies".*

Contributions: *The evidence of the deficiency in the design of the law, with the two consequences arising from it, allows discussing legislative modification to reduce the discretion of these judges and force the declaration of bankruptcy of unviable companies.*

Keywords: *Companies; Creditors' rights; Models of judicial behavior; Bankruptcy and insolvency system; Bankruptcy Law; Plan of reorganization.*

1 INTRODUÇÃO

"De tudo o que é humano, nada me é estranho", já dizia Terêncio, poeta e dramaturgo romano que viveu de 185 a.C, a 159 a.C., ao comentar a natureza humana. Todo iniciante no estudo do direito em algum momento irá se deparar com o sentimento de que o direito não basta e sua pretensão de cientificidade é falha, se não falsa. Há duas vertentes principais para se analisar as insuficiências do direito com o cumprimento de seus fins primordiais de estabilização de expectativas e controle de condutas sociais.

A primeira e mais estudada são a teoria do direito e a filosofia jurídica, mas a segunda vertente, não menos importante, consiste nas ciências sociais (sociologia e antropologia jurídicas e ciências políticas). Especificamente as ciências políticas detêm um campo específico, chamado *judicial policies*, que busca compreender os padrões comportamentais dos juízes, quais influências, estímulos, desenhos jurídicos e institucionais são determinantes para o resultado decisório do direito.

O diagnóstico de que o direito não basta (ao menos não entrega a segurança e estabilidade das relações jurídica que promete) é assente. Dentre outros motivos,



isso se dá porque a presença do elemento “política” ou *policy* em sua produção e aplicação é constante. Diriam Ribeiro e Arquelhes que é problemático traçar uma distinção forte entre preferências decorrente da *policy* e a interpretação do direito em sistemas jurídicos (sejam de *common law*, sejam sistemas em que há *judicial review*, ou ambos, como no caso dos EUA) em que, de forma tradicional, reiterada e deliberadamente, afiança-se a juízes uma gama de tarefas que caminham pela zona cinzenta entre a *policy* e o direito (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 85-121).

Um trabalho de ciência política falaria apenas da forma como os juízes decidem e de seu comportamento nos processos decisórios. Um trabalho apenas de direito discutiria os argumentos que serviriam de fundamento às decisões judiciais em um ou em outro sentido. O que esse trabalho se propõe é um misto dessas duas coisas: análise dos possíveis argumentos jurídicos aplicados sob as perspectivas teóricas advindas das ciências políticas.

No caso das recuperações judiciais de empresa, reguladas pela Lei nº 11.101/2005, nota-se um padrão de regularidade decisória que nega vigência de forma categórica e acrítica à dispositivos legais que tratam dos interesses generalizados dos credores no processo e, em particular, dos fiscos municipais, estaduais e federal, por parte de juízes de primeira instância.

O processo de recuperação judicial consiste numa grande negociação da maior parte das dívidas entre a empresa em crise econômico-financeira e seus credores. Para que o processo de negociação ocorra de forma coordenada e sem aprofundar ainda mais a crise, agora pública por conta do processo, a Lei determina que a maior parte das execuções de dívidas seja suspensa por 180 dias, também chamado de prazo de suspiro, para que a empresa se organize e apresente um plano de recuperação, que contará os meios econômicos pelos quais ela pretende fazer isso e, principalmente, a forma de pagamento das dívidas¹.

¹ Segundo o Relatório de 2022 da Associação Brasileira de Jurimetria, chamado “Observatório da Insolvência”: “Para introduzir a questão, observamos que o tempo da primeira AGC, no desfecho mediano, ocorreu 327 dias após o deferimento da recuperação nas varas especializadas, ou seja, o dobro do prazo legal. Nas varas comuns, o hiato é ainda maior, com mediana de 456 dias até a realização da primeira AGC”.



A premissa fática da qual já parte esse trabalho é o comportamento decisório dos juízes nos processos de recuperação judicial em que se atribui à empresa em recuperação judicial uma proteção que ultrapassa a opção legislativa disposta na Lei nº 11.101/2005. Induz-se essa conclusão, principalmente, nos entendimentos amplamente majoritários de: (1) prorrogação do prazo de suspensão de ações de execução (*stay period*) além do 180 dias em prejuízo de todos os credores, exceto os fiscos; (2) homologação de Plano de Recuperação Judicial dispensando-se a exigência de regularidade fiscal, com prejuízo dos fiscos².

Se o direito consiste primordialmente na aplicação de regras jurídicas a casos concretos, o que fariam juízes, de forma amplamente majoritária, ignorarem dispositivos legais os quais eles teriam que aplicar obrigatoriamente?

Não se atém aqui a outras nuances decorrentes da aplicação da lei, como alta densidade à autonomia da vontade na análise de legalidade das propostas de plano de recuperações judiciais ou da grande permissividade na aceitação de processamentos de pedidos de recuperação judicial³. A análise do comportamento judicial também quanto a esses aspectos ajudaria à confirmação da hipótese aqui trabalhada, tornaria esse trabalho demasiado longo.

Ao fim, serão confirmados quais elementos, além dos jurídicos, estão a influir no comportamento judicial a ponto de conferir ao devedor um direito de tal amplitude que prejudica e até mesmo, nos casos extremos, ajuda a falirem alguns credores. Nesse *paper*, buscar-se-á trabalhar a afirmação de James Gibson (1983, p. 9) que, ao estudar o comportamento judicial, afirma que os juízes, no ato de decidir, “preferem fazer, moderados pelo que acham que devem fazer, mas constrangidos pelos que percebem ser viável fazer” (tradução nossa)⁴.

² O Plano de Recuperação Judicial consiste uma grande negociação entre a empresa em crise e os seus credores, exceto os fiscos. Para estes, a Lei determina que a empresa “negocie por fora”, mas a condição de que o Plano de Recuperação valha é de que haja uma negociação com os fiscos e a apresentação de certidões de regularidades fiscais. É exatamente isso que os juízes dispensam a despeito de o art. 57 da Lei ser literal em exigir as certidões.

³ Esse aspecto específico foi admitido pelo próprio legislador ao adicionar o art. 51-A para negar processamento de recuperação judicial nos casos de notório abuso.

⁴ “*prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do*” (GIBSON, 1983. p. 9).



2 AS INTERSEÇÕES DO DIREITO E DAS CIÊNCIAS POLÍTICAS

Direito e política (aqui entendido como o processo de disputa do poder, valores e interesses) são fenômenos distintos, porém, conexos e imbricados. As tensões entre ambos são inerentes aos próprios fenômenos; pode-se dizer, inclusive, que ambos são dialéticos. Fosse possível, para fins de debate, condensar ao máximo o papel do direito, dir-se-ia que ele serve para controlar o exercício da política na tomada de decisões, seja por meio de regras genéricas e abstratas (em geral, leis), seja por meio de regras concretas (decisões judiciais)⁵.

Isso quer dizer que, do ponto de vista ontológico, a aplicação do direito e do processo judicial é uma decisão política. Não por outro motivo, as ciências políticas detêm um ramo específico para o estudo do processo judicial de tomada de decisões, o já citado *judicial policy*. Ele significa uma transformação da análise do funcionamento do direito em direção ao realismo jurídico, ou seja, visa compreender o fenômeno da tomada de decisão para além das perspectivas normativas clássicas que a hermenêutica do direito propala, no sentido de que a tomada de decisão seria um processo silogístico, seguro e previsível.

Para tal, a *judicial policies* analisa elementos que estão fora do direito e além da lei, são elementos sociais, econômicos, culturais, inclusive políticos. Sob essas diversas perspectivas extrajurídicas, as ciências políticas estudam o comportamento judicial. Segundo Segal e Spaeth (BRISBIN, JR., 1996, p. 1004-1017), ela pressupõe o desejo de conservar uma escolha política anterior ou o desejo de perpetuar um processo pensado para defender o poder político especial da profissão judiciária de desafios externos à sua legitimidade.

Esse componente de prevalência de uma escolha política prévia pode ser somado a uma componente afetivo, que consiste na elevada crença no valor de decisões racionalizadas e especializadas. De modo que essa relação pode ser medida

⁵ Para bem ilustrar a relação dialética entre direito e política é a compreensão assente em teoria do direito de que a Constituição Federal é ao mesmo tempo uma carta jurídica (norma jurídica de hierarquia superior no ordenamento jurídico) e uma carta política (conjunto axiológico e teleológico da sociedade).



como uma escolha instrumental entre liberais e conservadores e de uso de uma técnica de raciocínio para justificar práticas de tomada de decisão em questões políticas, ou mesmo impingir um conteúdo da ideia constitucional de que o conflito político pode ser controlado por regras de direito. Transformando-se o direito, por conseguinte, numa construção baseada em várias atitudes políticas (BRISBIN, JR., 1996, p. 1004-1017).

Esses pressupostos das relações entre direito e *policy* de que se parte têm implicações substanciais e práticas para a elaboração de modelos explicativos de comportamento judicial e para a interpretação dos resultados empíricos a que se chegam nesses estudos. Caso o direito e as *policies* sejam tidos como fenômenos completamente diversos, a variável “ideologia do juiz” captura sua predisposição sobre as *policies* e o modelo explicativo pode revelar o quanto a política influencia a decisão judicial (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 85-121), tal como advoga o modelo atitudinal, que será abaixo exposto.

Ainda que a relação entre o direito e a política seja reflexiva, é inegável, contudo, que a política comanda a elaboração do direito, enquanto o direito é responsável pelo controle da política⁶. Reserva-se para a primeira, porém, um papel inegável de injunções, modificações, influências e até mesmo ingerências sobre o segundo. Sendo objeto das ciências políticas, mais precisamente do *judicial policies*, a identificação e o estudo desse fenômeno.

3 PARA ALÉM DA HERMENÊUTICA, DAS LEIS E DE SUAS INTERPRETAÇÕES

Do ponto de vista das ciências políticas, a explicação clássica que o direito dá para o processo de tomada de decisões reside no modelo jurídico, como se verá em seguida. Por esse modelo, o juiz, ao tomar decisões, baseia-se, em termos

⁶ Paulo Bonavides é preciso ao afirmar que: “O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la”. (1997. p. 420)



argumentativos, apenas e tão somente na lei. Dentro do direito, esse processo é estudado pela hermenêutica, uma disciplina que sistematiza os procedimentos de construção do significado da norma a ser aplicada ao caso concreto.

O modelo jurídico pressupõe que os votos judiciais resultam da aplicação do uso de técnicas interpretativas profissionais ou modos de raciocínio a partir de princípios jurídicos, ensinados nas faculdades de direito, à interpretação de vários tipos de textos jurídicos (BRISBIN, JR., 1996, p. 1004-1017). É difícil, dentro do direito, tecer críticas e avaliar o funcionamento do modelo jurídico, isso porque ele é endógeno ao próprio direito (WARAT *et ali*, 1999, p. 714)⁷.

Para as *judicial policies*, todavia, isso não basta. Tanto do ponto de vista de tribunais, como do ponto de vista individual, do juízo, o julgador está sujeito a uma gama de incentivos, condicionantes e constrangimentos que o fazem decidir de tal ou de qual modo. Com forte influência inicial do behaviorismo nos EUA, em meados do século passado, as ciências políticas desenvolveram essa disciplina com a pretensão de, em algum grau, prever e explicar os comportamentos e as futuras decisões.

A constatação inicial de que juízes podem ser colocados em situação de atores políticos, de acordo com o desenho institucional em que se inserem, leva Rohde e Spaeth a afirmarem que, como atores políticos colocados em situações políticas, acabam por se orientarem a resultados. Isso porque tem que escolher entre várias alternativas que confira maior benefício líquido, mais próximas de seu objetivo, ou seja, de suas preferências (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 96).

De uma maneira geral, o desenvolvimento dessa disciplina se deu ao verificar que, em escalões superiores, por conta da maior liberdade decisória ou mesmo do caráter mais abstrato do tipo de matéria que os tribunais superiores julgam, seu desenho institucional propiciaria mais espaço para decisões judiciais com maior grau

⁷ Neste sentido é importante perceber que há um senso comum teórico dos juristas, ou seja, (...) (por referência à produção, circulação e "consumo" das verdades nas diversas práticas de enunciação e escrita do direito): o conjunto das representações, crenças, ficções... que influenciam os juristas profissionais sem que estes tomem consciência de tal influência". (WARAT, Luís Alberto *et ali*, 1999, p. 714).



de *policies*⁸. Logo, seria intuitivo imaginar que juízes em instâncias ordinárias teriam menos margem de escolha para suas preferências, mas nem sempre isso aparenta ocorrer, como se verá.

4 A FINALIDADE DA LEI É RECUPERAR EMPRESAS RECUPERÁVEIS E NÃO PROTEGER DEVEDOR

Essa linearidade de um maior âmbito para *policies* nos tribunais superiores e um menor âmbito nos inferiores não se verifica na problemática ora batalhada. Isso porque se constata que, mesmo nas instâncias ordinárias e presentes baixas margens legais para decisões discricionárias, há um comportamento judicial resistente excessivamente protetivo do devedor.

Sob o argumento de que a “finalidade da lei” é recuperar empresas, arrastam-se recuperações judiciais de entidades sem chances econômicas. Uma verdadeira distanásia judicial de empresas inviáveis. O mero discurso jurídico de recuperação como objetivo da lei é sobrelevado sobre os interesses de quase todos os seus credores, muitos dos quais trabalhadores e outras empresas, inclusive pequenas e médias. Esses pequenos agentes empresariais podem, inclusive, vir a também pedir recuperação judicial ou mesmo falir, por conta de um efeito sistêmico em se impedir a sua realização do crédito perante as empresas em recuperação judicial.

Caso se analise o problema exclusivamente do ponto de vista jurídico, tal qual preconiza o modelo jurídico de comportamento judicial, haveria um simples problema hermenêutico que se interpretaria da forma singela, pois o método de interpretação seria o literal. Poder-se-ia também usar, de forma falaciosa e persuasiva, o brocardo

⁸ Neste sentido a interpretação da Constituição Federal, feita pelos tribunais superiores, por ser uma carta jurídica e política, tende a privilegiar uma interpretação axiológica-teleológica, em detrimento de uma interpretação axiomática-dedutiva.



em latim de que norma clara não precisaria ser interpretada (*in claris cessat interpretatio*).

Não se busca aqui apresentar um trabalho em ciências políticas, mas utilizar de seu ponto de vista para fazer uma análise da hermenêutica sobre um problema fático: quais os incentivos, condicionais e constrangimentos que giram em torno do fato de os juízes das varas de recuperação judicial de empresas negarem vigência a um dispositivo legal literal.

Esse trabalho visa fazer uma ponte entre as teorias do *judicial policies*, que explicam fora do direito como se dá o processo de tomada de decisões dos juízes e tribunais, e os processos de recuperação judicial. Neles, constatam-se uma clara supervalorização de interesses das empresas em recuperação judicial, mesmo que fora dos parâmetros legais e dos limites da literalidade da lei.

Ou seja, para se aplicar a lei em sentido contrário ao que ela determina, a hermenêutica de forma tradicional não basta, há de se recorrer às teorias do comportamento judicial e se perquirir quais fatos estão acarretando esse resultado no processo decisório. Esses problemas se dão precisamente e com regularidade em (i) uma prorrogação do *stay period* para além do prazo legal de 180 dias⁹ e em (ii) negativa literal aos direitos dos fiscos de não se dispensar certidão de regularidade fiscal para homologação de plano de recuperação judicial, art. 57 da referida lei.

Não se quer aqui discutir os argumentos jurídicos que vêm prevalecendo. As razões para esse comportamento, como já falado, estão fora do direito. Estão na economia, na psicologia, na sociologia e é papel das ciências políticas – *judicial policies* – fazerem essa investigação.

⁹ Uma observação se impõe no que tange a esses dois itens da problemática. Ao falar em prorrogação do *stay period* para além do prazo legal, refere-se, aqui, às decisões que concede essa benesse sem oitiva e aquiescência dos credores.



4 BUSCANDO RESPOSTAS NAS CIÊNCIAS POLÍTICAS: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL

Partindo desse diagnóstico e escolhido o ferramental das *judicial policies*, o próximo passo investigativo consistirá em analisar algumas teorias que tentam explicar o comportamento dos juízes. Conforme já falado, o limiar desses estudos tem por base a escola do realismo jurídico de origem norte-americana, cuja ideia principal era a postura crítica em face da ideia de que as normas e os precedentes exercem papel exclusivo no funcionamento do direito e na produção de decisões.

A concepção de modelos de comportamento judicial parte da premissa de que o mundo real é extremamente complexo. Não obstante o mundo real, precisamente nas ciências duras, seja possível explicar os fenômenos da natureza da forma mais simples possível, ao ponto de se constituir fórmulas e equações, nas ciências humanas, o comportamento dos homens também é objeto desse tipo de tentativa.

A abordagem por meio de modelos também reconhece a complexidade empírica do mundo; não obstante isso, é ciente da impossibilidade de se apreender tudo sobre algo no processo de conhecimento. Em razão disso, as modelagens tentam selecionar os aspectos qualitativa e quantitativamente mais relevantes para a explicação do fenômeno, no caso, formas de comportamentos judiciais: “Conhecer os fatores mais importantes, que afetam milhares de decisões, pode ser muito mais benéfico do que aprender tudo o que há para saber sobre uma única decisão” (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 43).

Os modelos consistem em representações da realidade, ainda que simplificadas. Eles propositalmente ignoram alguns aspectos e centram mais a atenção em outros, relacionados a fatores que se entendem cruciais. O requisito para a capacidade explicativa de um modelo é que ele seja falseável ou testável (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 46-47).

Há várias teorias que tentam explicar o comportamento judicial: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista (POSNER, 2010, p. 19). Ao se aproximar dessas teorias,



porém, é possível proceder a sua junção em três principais modelos. São eles: o modelo jurídico, o modelo atitudinal e o modelo estratégico. Diz-se principais porque existem outros, a exemplo do neoinstitucionalista estratégico, neoinstitucionalista histórico, cultural-sociológico e evolucionário.

O modelo jurídico foi cronologicamente o primeiro a ser concebido. É o modelo que o direito “vende” para o público em geral. Nele, o juiz aplica a lei ao caso concreto em um simples raciocínio silogístico. Para todo fato x, tem-se a regra y e o mesmo resultado a todos os demais fatos que se enquadrem em x, recebendo a aplicação da regra y. Como se vê, é um modelo de inspiração positivista. O comportamento do juiz está calcado apenas com base na norma e na interpretação que os fatos colocados lhe conferem. O controle desse processo se dá pelas mesmas normas jurídicas, ainda que instrumentais ou interpretativas, mas sempre dentro da hermenêutica clássica.

O alto grau de segurança que essa teoria tenta transparecer ao público é desmentido ante a gama de decisões que derivam das interpretações jurídicas de um mesmo fato. Acontece em boa parte dos fatos e sempre nos chamados casos difíceis de decisões opostas poderem ser fundamentadas nas leis e nos princípios. Vide a variedade de métodos e a forma de interpretação das regras e, em maior escala ainda, dos princípios.

É lugar comum, todavia, argumentar-se contrariamente que o modelo jurídico e seus componentes servem apenas para racionalizar decisões do tribunal e camuflar a realidade do processo de decisão (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 49).

Esse modelo preconiza que a Suprema Corte, no caso dos EUA, julga os casos perante a luz dos fatos, dos precedentes, do significado claro da Constituição e leis, bem como a intenção dos atores desses módulos. Como se sabe, em regra, os litigantes reivindicam jurisprudências que lhe são favoráveis, interpretações no sentido de sua pretensão, como a própria intenção dos legisladores também é comumente invocada. Em vários aspectos, o modelo jurídico consegue contemplar ambos os lados em disputa, logo, a qualidade de cada posição não pode *a priori* ser medida de forma confiável e válida. Se esse modelo contempla as posições, ele não é adequado para “explicar” tudo (SEGAL; SPAETH, 2002).



Ao tentar se transplantar o modelo jurídico a um ambiente institucional diverso do que ele foi concebido, aproximaria de tal modo o direito da política, que ficaria difícil de distingui-lo. Ao direito ser incorporado como mera motivação da *policy*, seria possível conceber aquele como uma mera expressão da correspondência desta (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 85-121).

Já no modelo atitudinal o processo de tomada decisão é resultado da norma ou de precedentes *mais* a ideologia dos magistrados. Esse modelo, que tenta explicar e, em alguma medida, prever parâmetros decisórios, foi concebido no ambiente institucional da Suprema Corte dos EUA. Ele parte da premissa de que os juízes daquele tribunal têm ampla discricionariedade em suas decisões, por conta dos diminutos fatores externos de incentivos, condicionantes e constrangimentos.

Os possíveis constrangimentos a que eles não estariam sujeitos são a independência de processos eleitorais, o poder de agenda do Tribunal, a vitaliciedade e a ausência apriorística de um controle político de suas decisões. O funcionamento desse modelo requer a marcação prévia das preferências políticas desses juízes; a partir disso, haveria possibilidade de prever seus parâmetros de decisão. Por isso, Ribeiro e Arguelhes apontam que os críticos ao modelo atitudinal afirmam que a observação do possível efeito do direito sobre o comportamento dos juízes deveria ser realizada em estudos sobre os tribunais de primeira e segunda instância (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 85-121).

Essa premissa de funcionamento carrega alguns problemas, entre os quais: acreditar que o direito não molda a opinião do magistrado, não levar em conta constrangimentos da opinião pública, de outros poderes e até dos pares. Ressaltando ainda que toda norma carrega consigo um conteúdo ideológico decorrente da disputa de poder que lhe deu resultado, ou seja, os limites interpretativos da norma também exercem um importante constrangimento em face de quem vai decidir.

Por fim, a última crítica pertinente que se confere ao modelo atitudinal consiste no fato de que nem sempre os julgadores são sinceros ao julgar, no sentido de que nem sempre suas decisões correspondem totalmente às suas convicções. Ou seja,



para maximizar sua preferência ideológica, o juiz pode agir de modo estratégico ao decidir.

Essa crítica dá ensejo à concepção do modelo estratégico. Ele aceita a premissa do modelo atitudinal, segundo o qual os juízes decidem com base em suas convicções e preferências, porém, também sofre constrangimentos de uma série de fatores, que acabam condicionando a decisão.

Esses constrangimentos podem ser formais, como, por exemplo, a obrigação de manter uma jurisprudência coerente; ou informais, como um caso de grande repercussão social¹⁰. Ou, ainda, podem também afetar a imagem do magistrado ou do tribunal perante a opinião pública. Bem como podem derivar das preferências dos demais membros de um tribunal, de riscos institucionais para o órgão.

Como também podem decorrer de fatores como o próprio desenho institucional do Tribunal, como, por exemplo, o poder de pauta da presidência da corte, o pedido de vista e ausência de consequências para o descumprimento da regra regimental de devolução do processo. Ou, ainda, de várias outras características do desenho institucional de um tribunal, como a forma de escolha de seus membros, a amplitude das competências do Tribunal, notadamente quando adentra em matérias que envolvem direitos políticos de altos agente públicos ou conflitos entre poderes da República etc.

Em resumo, o modelo estratégico leva em conta tanto o desenho institucional em que o juiz está inserido, como também as relações que ele estabelece com outros atores institucionais como mídia, poderes eleitos, opinião pública e até mesmo outros juízes. Uma crítica ao modelo estratégico é não levar em conta que o tribunal tem uma própria maneira de pensar diferente da de cada juiz.

Existem ainda, sem centralidade no debate, outros modelos que tentam explicar o comportamento de juízes e cortes, como os modelos neoinstitucional histórico, neoinstitucional sociológico e o psicológico. Para Richard Posner (2010, p.

¹⁰ Um exemplo notório e já documentado foram os julgamentos da Operação Lava-Jato nos Tribunais Superiores.



19), ainda existem os modelos voltados para o movimento da *Law and Economic*, como o modelo pragmático e o econômico.

5 DE UM MODELO INSTITUCIONAL À TEORIA DAS ESCOLHAS PÚBLICAS. POSSÍVEIS RESPOSTAS DAS CIÊNCIAS POLÍTICAS

O objetivo desse trabalho não é formular um outro tipo de modelo que possa dar resposta ao problema aqui apontado, mas problematizar fora do direito e utilizando os marcadores fornecidos por essas modelagens para buscar explicação ao comportamento judicial – dentro de um processo de recuperação empresarial – de proteger a empresa devedora para além da opção legislativa e também de negar vigência aos direitos creditórios de uma categoria específica de credores, os fiscos.

Com isso, contribuir na melhora do ambiente institucional em que a problemática se apresenta, ajudar no convencimento dos juízes desses casos e até mesmo incentivar uma alteração legislativa que modifique o desenho jurídico dos processos de recuperação judicial de empresa nesses pontos em específico.

Na linha do que já foi adiantado, nenhum modelo consegue dar uma resposta adequada e suficiente para o problema que ora se coloca; qual seja, o de responder de forma mais ampla possível quais os fatores extralegais explicam uma atitude persistente e categórica dos juízes de instâncias inferiores para negar vigências às normas que garantam direitos aos credores.

Dentre os três modelos apresentados, um que poderia estar próximo dessa tarefa seria o atitudinal. Porém, ele foi concebido para investigar o comportamento dos juízes da Suprema Corte dos EUA, não do Supremo Tribunal Federal do Brasil e, muito menos, de juízes de instâncias ordinárias dos processos de recuperação judicial e de falência. Ademais, o marcador primordial desse modelo, a ideologia do julgador, não se presta como a única condicionante de um julgamento, além da dificuldade



metodológica praticamente intransponível de verificar previamente a ideologia desses magistrados na casuística aqui trabalhada¹¹.

Supremas Cortes, ainda mais em democracias mais sólidas, estão sujeitas a incentivos, condicionantes e constrangimentos diversos se comparadas a outros tribunais. Ademais, o próprio desenho institucional da Suprema Corte dos EUA é distinto da nossa¹². Ou seja, não é possível transpor esse modelo concebido para explicar o comportamento daquele Tribunal para tentar explicar o comportamento de juízes de instâncias ordinárias nas recuperações judiciais no Brasil. Não por outra razão, o marcador “ideologia”, a ser trabalhado aqui, vem obviamente desacompanhado das considerações do meio ambiente dali.¹³

O modelo atitudinal é um modelo estático, pois usa as preferências previamente reveladas dos juízes para explicar e prever comportamentos. Com isso, não consegue prever mudança de atitudes decorrentes de mudança de pessoal, de ambiente político ou de predileções pessoais dos julgadores (BRISBIN JR., 1996, p. 1004-1017).

O que se pode levar do modelo atitudinal é o fato de que a ideologia dos juízes influi em alguma medida nesses julgamentos. Além da falibilidade inerente aos humanos, os juízes também são cidadãos e, a despeito de todo o treinamento que se lhes impõe ao tratar das causas com imparcialidade, é impossível ser neutro em termo das opções morais e ideológicas.¹⁴

¹¹ Nos EUA, o método encontrado pelo modelo atitudinal foi o de demarcar a ideologia do magistrado indicado para Suprema Corte, no momento da indicação, por meio de editoriais de jornais de ampla circulação. Esse método permitiu ancorar um predicado (liberal x conservador) sem cair numa circularidade da qualificação, ou seja, comparar as posições do magistrado com as dele mesmo em outros momentos ou mesmo com a de outros magistrados. Ademais, o instituto da *certiorari* XXXX no direito estadunidense também permite uma ampla liberdade ao Tribunal, inclusive de escolher o que irá julgar.

¹² São alguns desses marcadores do desenho institucional: fora de escolha, competência do Tribunal, vitaliciedade ou não dos mandatos dentre outros.

¹³ Da mesma forma, a batalha de grupos de interesse e o uso constante dos adjetivos liberais e conservadores pela mídia e pelas elites políticas durante as recentes nomeações da Suprema Corte dominam as percepções da elite, se não do público, da Corte. Além disso, a queixa final se baseia em uma premissa correta, quase todas as explicações sobre a tomada de decisões da Suprema Corte se baseiam em alguma forma de atitude política. (BRISBIN, JR., 1996, p. 1004-1017)

¹⁴ A influência dessas preferências – tipicamente expressas como “ideologia” e operacionalizadas ao longo do *continuum* liberal-conservador comum a outros, além das questões de precedente, supervisão e significância política, a natureza do processo de apelação também foi sugerida como um fator que



Se, por um lado, é cientificamente impróprio transpor um modelo que considera que os juízes julgam de acordo com sua ideologia, por conta de sua formulação ter sido concebida em um contexto totalmente diverso do brasileiro em processos de instâncias ordinárias, também é infactível imaginar que juízes não maximizam suas preferências ao decidir. Seja maximização econômica, como defende Posner, seja maximização de qualquer outro valor que carregue consigo e que molde sua visão de mundo.

Aqui, chega-se a uma hipótese sobre quais condicionantes ou mesmo ambientes institucionais decisórios envolvidos na problemática que poderiam explicar a hiperproteção às empresas em recuperação judicial em detrimentos dos demais credores, mesmo que, para isso, extrapole os limites literais oferecidos pelo ferramental jurídico e hermenêutico da Lei nº 11.101/2005.

Além disso, alguns elementos do modelo estratégico se mostram fundamentais para verificar e enxergar as várias influências extralegais internas e externos ao processo e que são fundamentais para melhor compreender o comportamento judicial. Para Roberto Cetari, esses elementos, de uma maneira geral, são (1) quantidade de processos que um juiz tem que julgar e a pressão por produtividade exercida pelos órgãos de correição; (2) argumentação jurídica própria dos tribunais; (3) as transmissões da TV Justiça; (4) coalizões e painelinhas entre ministros; e, por fim, (5) o papel do relator nos julgamentos colegiados (CESTARI, 2018, p. 92).

Conforme já falado outras vezes, ao longo desse trabalho, não é possível simplesmente transpor qualquer desses modelos e tentar explicar o modo de comportamento dos juízes das varas de recuperação judicial e falências. Porém, é

contribui para a variabilidade nas causas da tomada de decisão de apelação, aspectos da política americana – sobre as decisões dos juízes em casos individuais é tão normativamente significativo quanto empiricamente bem documentado. Nossa terceira medida de preferências políticas são as pontuações de ideologia judicial de Giles, Hettinger e Peppers (2001; doravante "GHP"). A medida GHP é baseada nas pontuações de espaço comum de Poole (1998, 2009; Carroll *et al.* 2009) Giles, Micheal W., Virginia A. Hettinger e Todd Peppers. 2001. "Picking Federal Judges: A Note on Policy and Partisan Selection Agendas." *Political Research Quarterly* 54 (3): 623-41 (Ideological Influences on Decision Making in the Federal Judicial Hierarchy: An Empirical Assessment Christopher Zorn, and Jennifer Barnes Bowie. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/t-and-c>).

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.5, n.72 p.326 - 358



[Received/Recebido: julho 21, 2022; Accepted/Aceito: setembro 25, 2022]

Esta obra está licenciado com uma Licença [Creative Commons Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

possível analisar algumas variantes que são recorrentes nesse tipo de “ambiente processual. São elas: (i) alto número de processos que as varas de recuperação judicial e falência têm que processar, o que reduz o tempo de análise dedicado a cada caso; (ii) baixa qualidade do contraditório dos processos de recuperação judicial, pois (ii.i) a iniciativa processual é atribuída exclusivamente ao devedor; com isso, (ii.ii) a narrativa dominante é a de que a crise em que está inserida a empresa foi alheia às suas forças; (ii.iii) dispersão dos interesses dos credores, cujo interesse é quase que exclusivamente no crédito, o que acaba por subestimar a importância de suas intervenções; (iii) produção doutrinária uníssima no sentido de que a recuperação da empresa é o único fim da lei¹⁵, porém, com baixíssimo grau de argumentação econômica; (iv) natureza puramente econômica, contábil e administrativa nos meios de recuperação judicial, o que foge ao conhecimento médio dos juízes, advogados, ministério público¹⁶; (v) esses fatores retiram o foco do que deveria ser mais importante em processos dessa natureza, i.e., problematizar se a empresa em recuperação é efetivamente recuperável.

Nesse item v, há uma evidência que paradoxalmente não é percebida por qualquer jurista que estuda o tema. A Lei nº 11.101/2005 dedica quase cem artigos (1º ao 74, 161 ao 167 e 189 ao 201) para regular o processo (conjunto de atos destinados a um fim) de recuperação judicial, inobstante isso, o que deveria ser o “direito material” da recuperação de empresa – os meios pelos quais são identificados os motivos da crise econômico-financeira e as formas de recuperação – somente estão regulados em apenas 2 artigos (art. 50 a art. 50-A).

Além desses múltiplos fatores exercendo influência de forma concomitante no processo de tomada de decisão, verifica-se, no caso em tela, um paralelismo entre o processo decisório dos juízes e a lógica decisória da política *stritu sensu*. Isso se dá à medida que os benefícios de uma recuperação de empresa sejam palpáveis, ainda

¹⁵ Aqui, de forma alguma se nega que a finalidade da lei é recuperar as empresas; mas tão só as empresas recuperáveis. Pois, do contrário, os efeitos econômicos de se manter uma empresa inviável no mercado são bem piores do que de retirá-la: lesa outros credores, além dos trabalhadores.

¹⁶ A Lei tenta amenizar esse problema na figura do administrador judicial de empresas com formação em economia, contabilidade, administração ou mesmo uma empresa especializada (Art. 21).



que em perspectiva estejam concentrados apenas em mantê-la ativa. Por outro lado, os prejuízos de uma falência ficam dispersos e distribuídos, em tese, a todos os credores e até mesmo à sociedade. Já os prejuízos em se manter uma empresa inviável na ativa (encerrando o prazo de suspiro) são gerais, eventuais e abstratos, enquanto os seus benefícios são palpáveis e de curto prazo.

Esse padrão de raciocínio é tema de estudo nas ciências políticas pela Escola da Escolha Pública; mais precisamente por um de seus precursores, Antoine Destutt de Tracy, que teorizou a Ação Coletiva. Ademais, compreender que os juízes também participam da formulação de políticas públicas também proporciona uma enorme alavancagem na compreensão de seu comportamento (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 110).

Especificamente no que atine à negativa de direitos dos fiscos nos processos de recuperação judicial de empresa, é possível uma explicação na análise dos juízes também como contribuintes. Como cidadãos, pertencem a um determinado segmento social e carregam consigo essas opções morais e éticas próprias de qualquer cidadão contribuinte. Klaus Tipke, no seu livro “A moral tributária do Estado e dos contribuintes” (2012, p. 103-110), traça os principais perfis dos cidadãos perante a tributação, perfis esses aplicáveis ao juiz/cidadão. São eles: O *homo economicus*, o barganhista, o desgostoso com o Estado, o liberal, o elusor fiscal legalístico, o inexperiente e o sensível à Justiça.

Porém para não ficar apenas hipotéticas, foi-se necessária pesquisa empírica. É dela que trata o próximo item.

7 PESQUISA EMPÍRICA NA MODALIDADE ENTREVISTAS E OS RESULTADOS OBTIDOS

Como o objetivo desse estudo trata de identificação e análise de incentivos, condicionantes, constrangimento (mais voltados ao modelo estratégico) e, principalmente, ideologia dos juízes (voltada ao modelo atitudinal) nos processos de



recuperação judicial de empresas, buscou-se por meio de pesquisa qualitativa, na modalidade entrevista, captar opiniões e justificativas metajurídicas sobre posicionamentos para os temas postos a fim de que, de maneira indutiva, possa-se testar a realidade empírica às teorias e hipóteses aqui trazidas.

Optou-se por entrevistas sigilosas, mas gravadas, para fins de conferir mais sinceridade e verdade nas respostas.

Foram entrevistados ao todo 7 magistrados de varas empresariais que lidam com processos de recuperação judicial e falência. O modo das entrevistas foi virtual em 5 casos, quando não conseguiu realizar a entrevista, houve respostas às perguntas de forma escrita, isso ocorreu em 2 casos¹⁷. De acordo com o Guest, Brunce e Johnson (2006, p. 58-82) *apud* Hermano Roberto Thiry-Cherques (2009, p. 24)¹⁸:

O estado da arte reportado por Guest; Bunce e Johnson que, estudando o viés na desejabilidade social, procuraram determinar quantas entrevistas seriam necessárias para tornar confiável a pesquisa. Examinando as experiências internacionais em várias disciplinas, verificam que as recomendações da literatura técnica para o tamanho mínimo de observações variavam entre 6 e 200. Cruzando esses relatos com as suas próprias experiências de campo, concluíram que a saturação ocorre, geralmente, até a 12 entrevista, e que os elementos básicos de metatemas aparecem até a 6 entrevista. A variabilidade dos dados segue o mesmo padrão.

Fez-se quatro blocos temáticos. Perguntou-se sobre opiniões e justificativas para: (1) o modelo de contraditório idiossincrático e de baixa qualidade do processo de recuperação empresa, pois (1.1) a narrativa da crise é exclusiva do devedor, (1.2) há assimetria de informações econômicas e contábeis entre a empresa em recuperação e os credores e (1.3) os credores, a exceção dos trabalhistas¹⁹, têm

¹⁷ Antes e durante as entrevistas era esclarecido e reforçado que o entrevistador estava ali na condição de pesquisador e não de procurador da Fazenda Nacional. A despeito disso, notava-se por vezes tom obsequioso nas respostas com viés contrário aos Fiscos. A percepção que fica é a de que, caso o entrevistador não tivesse tal veículo, as respostas seriam ainda mais congruente com opinião dos entrevistados.

¹⁸ SATURACÃO EM PESQUISA QUALITATIVA: Estimativa empírica de dimensionamento. Af-Revista PMKT 03 Completa 4 cores: Layout 1 10/09/09 Page20

¹⁹ O que se observam nos processos de recuperação é que os credores têm interesse unicamente no recebimento dos seis créditos. A exceção são os trabalhistas que preferem, sim, receber seu crédito,



interesse unicamente em receber seu crédito e não em recuperar a empresa; (2) desvios concorrenciais acarretados por vantagem competitiva concedidas às empresas em recuperação nas hipóteses de (2.1) *stay period* prorrogados para além do prazo 180 dias concedido pela lei e (2.2) homologação de PRJ dispensando-se a empresa de negociar suas dívidas com os fiscos; (3) fatores metajurídicos na dispensa de certidão de regularidade com os fiscos, mas sob a ótica das perdas e ganhos, ambos agregados e concentrados, na opção de homologar ou não o PRJ; (4) por fim, possíveis dilemas para decretação de falência nos casos em que haja controvérsia efetiva sobre a viabilidade da empresa.

Os trechos mais importantes foram selecionados e transcritos:

7.1 PERGUNTAS SOBRE O DESENHO DO CONTRADITÓRIO NAS RJS

Nessa pergunta não houve constatação importante para a análise nas respostas. Todas giravam em torno de eventuais dificuldades documentais, assimetria de informações, custos processuais para o processo de recuperação e, principalmente, a maior parte dos magistrados admitiu o pouco uso do novo instituto da perícia prévia. O que chama a atenção, porém, é que quase todos afirmam que existe uma fraca “cultura da recuperação de empresa no Brasil” e que elas requerem recuperação muito tarde, quando a situação financeira é quase irreversível.

➤ Magistrado 7:

“A meu entender, no caso das recuperações judiciais se observa na rotina forense a presença de credores muito atentos ao destino de seus créditos, com a atuação de advogados bastantes interessados e preparados ao debate jurídico na defesa de seus clientes, pois, a princípio, nenhuma RJ sinaliza uma situação falimentar em que se chegará. Ou seja, existe uma boa perspectiva de recebimento dos respectivos créditos e por isso, no geral, o contraditório é exercido na plenitude. Ao revés, na falência a luta dos credores revela-se meio desinteressada, muitas das

mas tem interesse direto na manutenção do funcionamento da empresa, pelo fato dela retirar sua subsistência.



vezes sequer possuem representação nos autos, apesar de alguns lutar ao máximo por seu patrimônio”.

7.2 PERGUNTA SOBRE DESVIOS CONCORRENCIAIS NAS RJS:

➤ Magistrado 1:

“Eu penso sobre isso, sim. Não temos muitos casos práticos. Noto essa problemática principalmente ‘nas’ construtoras. E como resolver isso? Eu resolvo com o que está na lei [11.101/2005], que é possibilitar a empresa se recuperar. A intenção do Legislador é dar uma chance. Como não sou Deus, pra garantir a todos ..., eu tenho que garantir para aquela empresa que está diante de mim o Princípio da Preservação [de Empresa], embora eu não seja alienado dessas questões [de desvios concorrenciais]”.

➤ Magistrado 2:

“Nunca me deparei com esse problema, mas tenho preocupação. Uma forma de diminuir a concorrência desleal é exigir o pagamento de impostos correntes”.

➤ Magistrado 4:

“Até hoje não me deparei com esses casos”.

➤ Magistrado 5:

“Embora a Recuperação Judicial possa se apresentar, a princípio, como concorrência privilegiada, acredito que exista no processo de RJ o necessário contraponto entre os princípios da preservação da empresa em crise e da livre concorrência. (...) é de fundamental importância que o Poder Judiciário fique atento às estratégias das empresas em regime de RJ, a fim de impedir situações abusivas no mercado e a afronta ao sistema da livre concorrência”.

➤ Magistrado 6:

“Bem eu já me deparei com essa problemática, eu tenho uma visão que não é monolítica sobre o tema. Eu acho que é caso a caso mesmo. Existe uma dificuldade muito grande da empresa, quando decide pela recuperação. É quase uma sentença de morte (...) ela tem uma dificuldade muito grande de provar que ela é recuperável.



➤ Magistrado 7:

“A princípio, concordo com a afirmativa de existência de poucos estudos sobre os impactos concorrenciais da paralisação de cobranças de empresas às quais é deferido o processamento da recuperação judicial, porém o pouco que se tem notícia aponta para uma vertente diferente da intenção do questionamento na pergunta em análise. O que eu tenho observado na prática, e em alguns manuais sobre direito concursal, indica que a empresa rotulada como “Em recuperação judicial” sofre discriminação tanto para disputar mercado quanto por dificuldades de acesso a créditos novos, apesar da consagração do instituto do *dip financing* através das mudanças recentes da legislação.

As prorrogações do *stay period* obedecem a critérios objetivos expressos na lei. Uma prorrogação se a empresa em crise não deu causa ao atraso na votação do PRJ, o que, a meu aviso, é um direito subjetivo da devedora. Na outra situação, a prorrogação se dá depois de não aprovado o PRJ em AGC e o credor, ou credores, informam que será apresentado plano alternativo.

Não me é crível ser privilégio da empresa em RJ a suspensão das ações de execução contra si, pois, do contrário, a solução seria a falência, o que não coaduna com o princípio da preservação da empresa, proclamado no art. 47 da LFR. Ressalto que a possibilidade de uma empresa postular a RJ é uma condição legal, disciplinada no nosso ordenamento jurídico”.

7.3 PERGUNTA SOBRE DISPENSA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL PARA HOMOLOGAÇÃO DE PRJ:

➤ Magistrado 2

“De início exigíamos CND, mas o STJ começou a dispensar. Temos que nos curvar ao entendimento do STJ”. [...] “Não cabe ao juízo resolver sobre a recuperabilidade [da empresa]. A Fazenda terá que ir à AGC” [mesmo não participando da RJ.

➤ Magistrado 3:



“No conflito de interesse público de salvar a empresa e o interesse do fisco, há de prevalecer o primeiro, porque quem nutre o fisco são essas empresas que ele quer de alguma forma matar”.

➤ Magistrado 4:

“O melhor negócio é ser Fazenda Pública no Brasil. Todos são iguais perante a lei? O que se vê na prática são valores estratosféricos e impagáveis. Multas e juros maiores que o principal fere o senso de justiça. Eu sigo o STJ por uma razão simples, a Constituição está no topo e o STJ manda” [referindo-se à última palavras sobre a legislação federal].

➤ Magistrado 5:

“(…) nesses relatórios o papel do AJ é muito importante para chamar a atenção do juiz. Eu acho que para mim isso que vai definir a dispensabilidade de alguns requisitos [referindo à Certidão Negativa]. Se você percebe que a empresa realmente tá com viabilidade de recuperação, tá cumprindo com sua função social, tá pagando seus empregados, tá utilizando daquele período de suspensão da forma realmente técnica, e ela está totalmente travada porque ela depende de um negócio com certidões ... é uma situação. Rara, mas é possível (...) outra é a situação que que você vê que a empresa está interessada só em liquidar ativos e terminar com seus compromissos. (...) E mesmo a função... o que que é a Função Social? Eu acho que é muito fluida. Função social nem sempre é manter emprego, nem sempre manter a unidade produtiva, mas mesmo trazer pra sociedade algum benefício. É isso que a gente e tem que tentar olhar. Hoje nessa linha da análise econômica do direito eu acho importantíssimo a pessoa ter uma visão que não seja da função social ... só manter empregado?

➤ Magistrado 6:

“Eu nunca pensei por essa linha. Eu acho que pelo menos no meu caso concreto, a lógica que estava orientando a decisão é sempre dar função social. Com eu disso é uma questão fluída, mas que pode ser dissecada em alguns grupos e coisas que a gente pode mais facilmente trabalhar. Então a questão operacional, do objeto social, do impacto ambiental, do impacto do local onde está, das relações de



comercio, o quanto que gira na econômica ali, quanto seriam os prejuízos, análise econômica mesmo do direito, nesse sentido da função social. Não necessariamente do prejuízo que o Fisco teria, até porque entendo eu que o fisco sempre perde. Seja com a empresa quebrando, seja com empresa em recuperação, mas ainda com projeto. O Fisco vai perder de todo jeito, porque dificilmente uma empresa com uma insolvência e com passivo relevante, vai ter ativo sequer pra apagar seus empregados, o que dirá o fisco que é o segundo. (...) se eu tiver com ações do Fisco sobre aquela empresa, de como que ela operou naquele tempo todo, contrariamente ao que ela está ali falando no plano dela, as razões de sua bancarrota não foi nada daquilo, que ela já teve vários refis que não cumpriu... se tivesse uma ação de forma mais tranquila, seria muito melhor para as decisões”.

➤ Magistrado 7:

“De um modo geral, existe no Brasil a cultura da sonegação tributária, até mesmo em empresas saudáveis economicamente, e nós juízes temos que estar atentos a essa realidade e entender que toda a atividade estatal é financiada pela arrecadação de tributos e por isso devemos agir com o rigor necessário em qualquer cenário de dívidas dessa natureza. (...) Não acredito que essa situação [referindo-se à percepção de alta carga tributária] impacta os magistrados de qualquer instância. Na verdade, a nossa atividade é regida pela lei e a ela vinculada, inclusive no acatamento e aplicação de benefícios eventualmente existentes na legislação”. [discurso notadamente do modelo legal]

➤ Magistrado 8

“Sou da linha de aplicar o texto da lei. Nesse caso específico o que é ponderado para dispensar certidão negativa é o princípio da preservação da empresa. A maior parte da jurisprudência vai dizer isso, que se for exigível a certidão negativa e considerando que a primeira dívida da empresa é tributária, estaria comprometido o princípio da preservação, com base nisso a maior jurisprudência afasta a exigência de certidão. (...) Eu tinha tendência de aplicar a exigência de certidão, mas também não faz sentido eu ficar aqui no primeiro grau de jurisdição tomando decisão que jamais vai ser mantida. (...) Eu acabo adotando o entendimento do STJ no caso, que



dispensa a exigência se o ente não tiver lei específica de parcelamento para empresas em RJ (...).

7.4 PERGUNTA SOBRE POSSÍVEIS DILEMAS ENTRE A DECRETAÇÃO DE UMA FALÊNCIA O A MANUTENÇÃO DE UMA EMPRESA EM RJ:

➤ Magistrado 4:

“Não existe dinheiro público, porque o Estado não produz riqueza. Como falou Margaret Thatcher, o Estado retira riqueza dos empresários e dos trabalhadores. Você vê aquele empresário que corre atrás... Deve-se dar valor à empresa e aos empregos. Deve-se dar oportunidade ao empresário. Quanto menos o Estado interferido nas relações empresariais, melhor”.

➤ Magistrado 5:

“Acredito que [uma percepção sobre a “alta” carga tributária] possa ter alguma influência, mas desde a vigência da Lei 14.112/20, percebe-se maior participação do fisco na RJ, inclusive com possibilidade de proposta de transação concernente a créditos tributários”.

[Quando perguntado se acreditava que decisões que tenham benefícios concentrados (da empresa em RJ) e sacrifícios dispersos (dos seus credores) são mais facilmente tomadas]: Respondeu que Sim!

[Quando perguntado se acreditava haver similitude entre os casos de RJ e as ações para concessão de medicamentos/tratamento de saúde de alto custo (benefícios concentrados x sacrifícios dispersos)], respondeu: “Apesar de perceber que havia sim tal padrão e similitude entre os cenários trazidos na pergunta, tenho que se está diante de mudança de entendimento jurisprudencial em ambos os segmentos”.

➤ Magistrado 6:

“Sim, já senti dilema. O juiz trabalha com o mundo, com informações reais e que muitas vezes os autos não dão as informações suficientes. Eu já usei de ferramentas que o CPC tem de inspeção judicial, eu mesma vou lá e dou uma olhada.



Já fiz outras audiências... Eu chamo uma audiência pra ouvir todos, pra tentar entender, conversar com empresários, diretores, administrador... Eu uso de algumas ferramentas para me ajudar em meu convencimento que eu tenha disposição e que em pelo menos duas vezes a própria parte reconheceu que, durante do fatos que estavam ali. diante o parecer contábil, do parecer financeiro, que não dava mais. E aí entra esse componente muito forte do falido. O sujeito não quer ser falido. Eu já peguei umas ou três vezes o empresário dizer que não quer ter a pecha de falido. Isso tem a ver com a nossa cultura. Se você conseguir terminar o processo de falência e reabilitar aquele que está de boa-fé de forma rápida no mercado e não ficar com esse estigma...

➤ Magistrado 7:

“Eu não afirmo que seja uma facilidade a tomadas dessas decisões, pois essa é uma questão vinculada à lei, ao ordenamento positivo do país. A finalidade precípua do processo de RJ, estampada no art. 47 da LFR, é a salvaguarda da empresa em crise mas viável, para que a oportunize cumprir com a sua função social e econômica, como de resto é a orientação de todas as normas que regem o processo recuperacional. Por isso não concebo que as decisões concentradas em favor de qualquer recuperanda, e de alguma medida com sacrifícios dos credores, sejam mais facilmente tomadas, apenas se cumpre a lei cujo acesso é aberto a todas as empresas que se encontram aptas de acordo com as exigências estabelecidas”.

➤ Magistrado 8

“Eu costumo avaliar o caso a caso. Vai depender daquela coisa do adimplemento substancial. Eu vou ter que avaliar qual o tamanho do inadimplemento dessa empresa com relação àquelas obrigações assumidas no plano. Se ela vem cumprindo a maior parte do plano, às vezes a gente concede um pouco mais do prazo, às vezes eu fico fazendo às vezes de um juízo de execução exigindo que ela pague o que tá faltando (...). É bem comum isso, a empresa não conseguir cumprir totalmente, mas ela vem tentando. (...) A gente ao invés de decretar a falência, fica fazendo força para que a empresa cumpra o plano. Não! Dilema pessoal para decretar falência eu não tive! Realmente, teve alguns casos, mas são raros. Planos de recuperação judicial (...). Porque os planos costumam ser muito favoráveis, eu acho. Então eu tive poucos



casos de empresas que não cumpriram o plano ou não cumpriram em grande parte (...).”

[Pergunta refeita contextualizando os benefícios concentrados em contraposição aos custos dispersos em se manter empresas em RJ inviáveis em paralelo às ações para concessão de medicamentos/tratamentos de alto custo]. “Eu acho que esse raciocínio e essa ideia toda é super válida, pro tipo de processo com que eu trabalho, porque justamente a situação é essa. Eu tenho uma empresa, muitas vezes devedora, e eu tenho mil e quinhentos credores do outro lado. Por exemplo, (...) nós na vara de falência somos muito criteriosos ao receber um pedido de RJ e deferirmos o processamento da RJ. Porque a gente sabe que, se por um lado tem a empresa que precisa dessa decisão para ganhar um fôlego e levar os negócios à frente, do outro lado, apesar de eles não terem vindo à minha pessoa, do outro lado temos mil e quinhentos credores que vão ter seus direitos suspensos. Isso que o senhor tá trazendo é extremamente aplicável processo de falência e RJ e certamente a gente leva em consideração esse fator, sim, ao menos na minha vara. Tanto o é que, para deferir o processamento da RJ? Nós somos extremamente rigorosos com a documentação que a lei exige. Ele cumprindo os requisitos, não cabe a nós ficarmos ponderando o outro lado (...).”

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se em grande medida que, ao decidirem, “os juízes preferem fazer, moderados pelo que acham que devem fazer, mas constrangidos pelo que percebem ser viável fazer”²⁰. Tem-se Magistrados que acreditam de forma sincera que a finalidade da lei é a recuperação de empresas e, em sua maioria, com ciência de que seu desenho normativo é insuficiente para tanto. Apenas um dos entrevistados falou

²⁰ Tradução nossa da frase: “the judges prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do”. GIBSON, 1983, p. 7-49.



que a lei cumpre o escopo de recuperar empresas. E essa foi a única resposta que adentrou no tema da “efetiva recuperabilidade da empresa”. Nela, sim, reside o nó da questão, uma vez que o soerguimento desta depende em maior parte do ambiente econômico e em um grau muito reduzido depende da lei.

É extremamente difícil uma empresa ir mal em um setor econômico que vai bem e vice-versa. As exceções apenas confirmam a regra. Nisso reside a maior contribuição que uma reforma da legislação poderia dar: cunhar um conceito jurídico de recuperabilidade da empresa. Isso porque é impossível conceber um modelo econômico que preveja quando uma empresa que pede recuperação é viável ou não²¹.

Para o momento deve-se adotar o conceito jurídico de recuperabilidade como o conjugado de “aprovação do PRJ pela AGC mais a regularidade fiscal”. Esse conceito está na lei, mas não de maneira suficientemente clara, o que propicia por parte dos magistrados o afastamento ideológico dos direitos de credores e uma hiperbólica proteção de empresas inviáveis. O motivo desse afastamento ideológico é conjugado com uma crença sincera e equivocada de que a única finalidade da lei é recuperar empresas. Quando na verdade é de recuperar apenas as empresas economicamente viáveis.

Verifica-se que a regra quase unânime entre juízes que atuam em processos de recuperação judicial de aplicar a lei em sentido contrário ao que ela literalmente determina, especificamente em dois pontos: (i) prorrogação do *stay period* para além do prazo legal de 180 dias; e (ii) negativa aos direitos dos fiscos de não se dispensar certidão de regularidade fiscal para homologação de plano de recuperação judicial. A hermenêutica e o modelo jurídico de comportamento judicial não dão conta de explicar essa realidade. Existe uma explicação fora do direito para se conferir judicialmente um âmbito de aplicação maior do que o é juridicamente previsto e economicamente suportável ao Princípio da Recuperação da Empresa.

²¹ Identificou-se apenas um trabalho que tratasse especificamente sobre a necessidade de parâmetros econômicos e contábeis claros para uma empresa adentrar com pedido de recuperação judicial. (FERREIRA, 2017, 35f.).



O modelo estratégico de comportamento judicial, ao cuidar dos incentivos, condicionantes e constrangimentos, oferece alguns elementos para se aproximar de uma explicação mais completa dessa realidade. Algumas condicionantes oferecidas pelo ambiente legal e institucional no qual se tomam essas decisões ajudam a explicar esse fenômeno.

Fatores como baixa qualidade do seu contraditório, produção doutrinária praticamente uníssona em um único sentido (recuperar a empresa a todo custo) e natureza de matéria predominantemente diversa da jurídica dos processos de recuperação judicial são os fatores que levam a essa hiperbólica proteção de empresas sem a efetiva análise de sua viabilidade econômica.

Esse fato corrobora com a opinião quase unânime dos magistrados (6 dos 7) de que há uma fraca “cultura da recuperação” de empresa no Brasil. Para a grande maioria dos entrevistados, as empresas pedem recuperação judicial muito tarde, quando a situação de crise é quase irreversível. Apesar desse dado não ter sido extraído e não constar do principal estudo empírico sobre recuperações judiciais: “Observatório da Insolência” da Associação Brasileira de Jurimetria (2022), essa conclusão era bem nítida em pelo menos 5 dos magistrados entrevistados.

Uma das explicações para essa hiperbólica proteção de empresas, aqui chamada de *distanásia judicial*, é que os juízes, tais quais quaisquer agentes políticos, também maximizam seus valores ao decidirem. Nesse caso, os benefícios em se manter uma empresa ativa, sem se investigar efetivamente sua viabilidade econômica²² –, são específicos e concretos para essa empresa, ao passo que sua quebra e retirada do ambiente econômico de forma rápida não teria um benefício palpável concreta e imediatamente aos sentidos humanos.

Isso é tão evidente que dois dos entrevistados concordaram expressamente que haveria um paralelo em se manter uma empresa funcionando e ao invés de decretar sua falência, com as ações judiciais que visa compelir o Poder Público ao custeio de medicamento ou tratamento de alto custo para se manter um paciente vivo.

²² O fundamento de que os credores devem decidir isso em assembleia-geral trata-se de um outro recorte que foge dos dois problemas analisados nesse artigo.



A lógica dos benefícios concretos e específicos em detrimento dos prejuízos dispersos é a mesma. Essa forma de raciocínio encontra paralelo com a Escola da Escolha Pública, mais precisamente com a teoria da Ação Coletiva.

Para aqueles que não concordaram expressamente – algo que pode ser simbolicamente constrangedor à figura do magistrado, pois indiretamente se admite que a aplicação da lei não é o único parâmetro para decidir – fica implícito nas falas sobre “ponderações do caso concreto” e da ausência de participação efetiva do fisco nos processos de RJ.

De igual modo, o modelo atitudinal, que utiliza a chave da ideologia para se explicar e prever certos comportamentos judiciais também pode ser utilizado. A hipótese de que a ideologia (como citado acima: “predisposição sobre *policies*”) se confirma em algumas respostas, principalmente para aqueles magistrados que têm uma visão de mundo mais liberal na economia e defendem uma redução do tamanho ou participação do estado nesse campo.

Ao invés de recuperar empresas, os desenhos e os ambientes institucionais nos quais os juízes são inseridos levam-se não a recuperar a empresa, mas a uma efetiva prática de distanásia judicial de empresas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA – ABJ. **Observatório da insolvência: Processos de Recuperação Judicial em São Paulo**. São Paulo. 2022. Disponível em https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf Acesso em 25 de janeiro de 2023.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. São Paulo: Forense. 4ª Ed. 2020.

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 6ª Ed. 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10ª Ed. 2014.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRISBIN, JR., Richard A. Slaying the Dragon: Segal, Spaeth and the Function of Law in Supreme Court Decision Making. **American Journal of Political Science**, Midwest Political Science Association, v. 40, n. 4 (nov. 1996), p. 1004-1017. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2111739>. Acesso em: 04 maio 2022.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. São Paulo: Quartier Latin. 2014.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão Judicial e Realismo Jurídico: evolução das pesquisas sobre comportamento judicial**. 2018. Dissertação (Mestrado) – PPGD da USP, Ribeirão Preto, p. 92.

ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexos sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

FERREIRA, Guilherme da Silva. **Modelo de previsão de entrada em recuperação judicial**. Escola de Economia de São Paulo. Orientador: Joelson Oliveira Sampaio. Dissertação. 2017.

GIBSON, James L. From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior. **Political Behavior**, 5, 1: 1983. p. 7-49.

GILES, Micheal W., VIRGINIA A. Hettinger, and TODD Peppers. 2001. "Picking Federal Judges: A Note on Policy and Partisan Selection Agendas." **Political Research Quarterly** 54 (3): 623-41.

GUEST, Greg; BUNCE, Arwen; JOHNSON, Laura. **How many in interviews are enough: an experiment with data saturation and variability**. Field Methods: Sage, 2006 [18; 58-82]. Recuperável em: <http://lflmx.sagepub.com>

MARTIN, Nathalie. **The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perfils of legal transplantation**, Boston College International & Comparative Law Review. 2005.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva. 2010.



POSNER, Richard A. ***How Judges Think***. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013. DOI 10.12957/dep.2013.7503

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Almedina, 2016.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. ***The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited***. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Saturação em pesquisa qualitativa: estimativa empírica de dimensionamento *in* **PMKT – Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia**. v. 3, p. 20-27.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 103-110.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. O plano de recuperação e o controle judicial de legalidade *In* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 60, p. 307-324, 2013.

WARAT, Luís Alberto et ali. Senso comum. In: ARNAUD, André-Jean (org). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro, renovar, 1999. p. 714 - 716.

