

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Faculdade de Direito

MAX MAGNO FERREIRA MENDES

**Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação  
Judicial**

Mestrado em Direito

São Paulo  
2021

MAX MAGNO FERREIRA MENDES

**Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Livre-docente Ivo Waisberg.

São Paulo  
2021

Banca Examinadora

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

A minha eterna gratidão aos meus pais. A oportunidade e a conclusão do meu mestrado é fruto do trabalho e da dedicação do meu pai, Ivo Ferreira Mendes e da minha amorosa mãe, Maria Aparecida Mendes. Dedicção de uma vida inteira para que eu pudesse ter a oportunidade de acesso ao conhecimento.

Meus votos de agradecimento aos meus sócios, Juliana Zafino Ferreira Mendes e Ivo Sergio Ferreira Mendes, pelo constante apoio e incentivo.

MENDES, Max Magno Ferreira. *Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

## RESUMO

O presente estudo pretende evidenciar a compatibilidade do sistema normativo pátrio com a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial. A argumentação será construída de forma sistematizada a partir de dois vieses do ordenamento pátrio. O primeiro é a contextualização da manutenção contratual compulsória dentro das premissas da função social e da função econômica de um contrato empresarial de longa duração já nos termos propugnados pelo Código Civil de 2002 e não pelas premissas do Código Civil de 1916. E a segunda é a contextualização da prorrogação compulsória dentro do microsistema do direito da empresa em crise, mais especificamente da recuperação judicial. O aspecto jurídico da manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração desta dissertação está relacionado ao enquadramento do princípio da autonomia privada empresarial, da livre iniciativa e da liberdade econômica em um momento de crise em que a lei pressupõe a incapacidade das partes em viabilizar a superação da situação de dificuldade econômico-financeira sem que exista a intervenção do Estado juiz em viabilizar uma negociação estruturada. A argumentação desta dissertação será feita a partir do método analítico e histórico descritivo. Esta opção é justificada pela necessidade de se delinear as conexões existentes entre os processos de mudança estrutural do Estado e as teorias econômicas que influenciaram a atuação deste na regulação da atividade econômica, mais especificamente aquelas voltadas para minimizar os efeitos maléficos da extinção da atividade empresarial.

**Palavras-chaves:** Contrato Empresarial de longa duração. Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial. Função Econômica do Contrato Empresarial. Função Social do Contrato Empresarial. Recuperação Judicial. Direito da Empresa em Crise.

MENDES, Max Magno Ferreira. *Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

### ABSTRACT

The present study intends to demonstrate the compatibility of the Brazilian regulatory system with the compulsory maintenance of long-term business contracts in judicial reorganization. The argumentation will be built in a systematic way from two biases of the national order. The first is the contextualization of compulsory contractual maintenance within the premises of the social function and the economic function of a long-term business contract already under the terms proposed by the Civil Code of 2002 and not by the premises of the Civil Code of 1916. And the second is contextualization of the compulsory extension within the microsystem of the company's law in crisis, more specifically of judicial reorganization. The legal aspect of the compulsory maintenance of a long-term business contract in this dissertation is related to the framing of the principle of private business autonomy, free enterprise and economic freedom at a time of crisis in which the law assumes the inability of the parties to make the overcoming possible the situation of economic and financial difficulty without the intervention of the judge State in enabling a structured negotiation. The argumentation of this dissertation will be based on the analytical and descriptive historical method. This option is justified by the need to delineate the existing connections between the structural change processes of the State and the economic theories that influenced its performance in the regulation of economic activity, more specifically those aimed at minimizing the harmful effects of the extinction of business activity.

**Keywords:** Long-term Corporate Contract. Compulsory Maintenance of Business Contracts. Economic Function of the Business Contract. Social Function of the Business Contract. Judicial reorganization. Company Law.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>4</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>5</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 CONTRATOS EMPRESARIAIS</b> .....	<b>12</b>
<b>1.1 Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>15</b>
<b>1.2 Função Social dos Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>22</b>
<b>1.3 Função Econômica dos Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>29</b>
<b>1.4 Análise Econômica dos Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>32</b>
<b>1.5 Análise Consequencialista dos Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>36</b>
<b>1.6 Os Critérios de Eficiência dos Contratos Empresariais de Longa Duração</b> .....	<b>37</b>
<b>2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>48</b>
<b>2.1 O Microsistema da Recuperação Judicial</b> .....	<b>54</b>
<b>2.1.1 A Teoria Institucionalista da Empresa na Recuperação Judicial</b> .....	<b>55</b>
<b>2.1.2 A Natureza Jurídica da Relação Negocial na Recuperação Judicial</b> .....	<b>63</b>
<b>2.1.3 A Crise Empresarial na Recuperação Judicial</b> .....	<b>82</b>
<b>2.1.4 A Competência do Juízo da Recuperação Judicial</b> .....	<b>87</b>
<b>2.1.5 A Análise Consequencialista na Recuperação Judicial</b> .....	<b>89</b>
<b>2.1.6 O Critério de Eficiência da Recuperação Judicial</b> .....	<b>91</b>
<b>2.1.7 O Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial</b> .....	<b>97</b>
<b>2.1.8 A Ruptura Antecipada e Sem Justo Motivo do Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial</b> .....	<b>99</b>
<b>2.1.9 O Contrato Empresarial de Longa Duração como Ativo da Recuperanda</b> .....	<b>108</b>
<b>2.1.10 Os Desestímulos ao Uso Inidôneo da Recuperação Judicial</b> .....	<b>111</b>
<b>2.1.11 A Recuperação Judicial e a Ordem Econômica Nacional</b> .....	<b>114</b>
<b>2.2 O Objetivo da Recuperação Judicial</b> .....	<b>123</b>
<b>2.3 As Finalidades da Recuperação Judicial</b> .....	<b>129</b>
<b>2.4 Os Princípios na Recuperação Judicial</b> .....	<b>132</b>
<b>2.4.1 O Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial</b> .....	<b>135</b>
<b>2.4.2 A Prioridade do Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial</b> ....	<b>141</b>
<b>3 MANUTENÇÃO COMPULSÓRIA DO CONTRATO EMPRESARIAL DE LONGA DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>147</b>

<b>3.1 Subsídios Jurídicos com Fundamentos Econômicos .....</b>	<b>148</b>
<b>3.1.1 A Essencialidade do Contrato Empresarial em um Cenário de Crise.....</b>	<b>148</b>
3.1.1.1 Relevância Econômica do Contrato Empresarial para a Recuperanda .....	149
3.1.1.2 Relevância Estratégica do Contrato Empresarial com o Negócio da Recuperanda .	149
3.1.1.3 Individualidade do Contrato Empresarial em um Cenário de Crise .....	150
<b>3.1.2 A Dependência econômica em um Cenário de Crise.....</b>	<b>151</b>
3.1.2.1 A Cláusula de Exclusividade em um Cenário de Crise.....	157
3.1.2.2 A Redução Abrupta de Faturamento em um Cenário de Crise.....	160
3.1.2.3 O Monopólio de Produtos e Serviços em um Cenário de Crise.....	162
<b>3.1.3 A Especificidade dos ativos contratuais em um Cenário de Crise.....</b>	<b>164</b>
<b>3.2 Condicionamentos para a Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial.....</b>	<b>169</b>
<b>3.2.1 Manutenção da Função Econômica do Contrato de Longa Duração .....</b>	<b>170</b>
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>178</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>186</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta dissertação é a construção de argumentos jurídicos com fundamentos econômicos que subsidiam a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração determinada pelo juízo da recuperação judicial.

O aspecto jurídico da manutenção compulsória desta dissertação está relacionado ao enquadramento dos vínculos relacionais de um contrato empresarial de longa duração em um momento de crise. Assim, a especificidade do vínculo contratual de um contrato de longa duração e o estado de crise econômico-financeira da contratante são os dois (02) elementos indissociáveis do tema desta dissertação.

Os argumentos que subsidiam o tema proposto estão segmentados em três (03) capítulos. O primeiro capítulo trata dos contratos empresariais, o segundo capítulo trata da recuperação judicial e o terceiro capítulo trata dos argumentos jurídicos com fundamentos econômicos que subsidiam a manutenção compulsória do contrato empresarial no curso de uma recuperação judicial.

O primeiro capítulo contextualiza a manutenção contratual compulsória dentro das premissas da função social e da função econômica de um contrato empresarial de longa duração já nos termos propugnados pelo Código Civil de 2002 e não pelas premissas do Código Civil de 1916.

A função social do contrato empresarial de longa duração afasta aquela ideia ultrapassada de que as relações de negócios versam especificamente sobre direitos disponíveis de interesses apenas no universo dos contraentes para evidenciar a importância dos efeitos promovidos pelas relações de negócios na esfera de direitos difusos, homogêneos e indeterminados. Já a função econômica do contrato empresarial de longa duração evidencia o enquadramento das relações de negócio como instrumento de progresso econômico e não especificamente de progresso individual das partes.

A função social e a função econômica dos contratos empresariais inauguraram na legislação civilista nacional a concepção das externalidades contratuais. A concepção civilista das externalidades traz a ideia de que os efeitos dos contratos empresariais não estão

especificamente a serviço dos interesses individuais dos contratantes justamente pela percepção de que geram efeitos positivos e negativos na esfera de interesses que são tutelados pelos preceitos constitucionais.

Ainda no primeiro capítulo, a argumentação jurídica pretende evidenciar que a função social e a econômica do contrato empresarial de longa duração devem ser fundamentadas por ferramentas multidisciplinares. O uso de ferramentas multidisciplinares, como o instrumental das ciências econômicas, é útil para demonstrar que a relação contratual contemporânea firmada por atitudes negociais contínuas e dinâmicas afasta a intangibilidade do núcleo do contrato como elemento necessário para a segurança e para previsibilidade das relações negociais perenes.

Já o segundo capítulo contextualiza a hipótese de manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração no microsistema do direito da empresa em crise, mais especificamente da recuperação judicial.

A análise jurídica é feita em um cenário empresarial de crise em que os parâmetros regulares instituídos pelo Código Civil não são capazes de propiciar a apaziguação de interesses. Os fins que movem o microsistema de insolvência nacional são evidenciados a partir de seus valores principiológicos consagrados expressamente no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Será dado realce à força vinculante do princípio da preservação da empresa no microsistema de insolvência como elemento útil à concretude do arcabouço econômico legal nacional.

O segundo capítulo ainda evidencia que a hipótese da manutenção compulsória tratada neste estudo é aquela em que as regras e os princípios do regime de insolvência instituídos para o cumprimento das finalidades da recuperação judicial são preponderantes na relação contratual entre as partes. A manutenção contratual estudada nesta dissertação tem como fundamentos específicos os elementos do direito da empresa em crise. Esta premissa, afasta o estudo de todas as outras hipóteses de manutenção contratual, como, por exemplo, as instituídas pelos artigos 473 e 475 do Código Civil.

O terceiro capítulo trata dos subsídios jurídicos com fundamentos econômicos que devem estar presentes nos autos da recuperação judicial para o deferimento da manutenção

compulsória de contrato empresarial de longa duração. A argumentação trata de subsídios factíveis que devem ser aferidos nos autos pelo juízo da recuperação judicial para o deferimento da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração.

A conclusão do trabalho tem o propósito de alinhar a argumentação de todos os três (03) capítulos para sustentar a possibilidade de manutenção compulsória de um contrato empresarial de longa duração no curso da recuperação judicial.

## 1 CONTRATOS EMPRESARIAIS

Este estudo está voltado a uma categoria autônoma de pacto sinalagmático. Importante reconhecer que o contrato empresarial é um contrato autônomo com especificidades que o diferencia de outros pactos arrematados pelo sistema jurídico nacional.

Antônio Junqueira de Azevedo indica que os contratos apartaram-se entre “contratos empresariais” e “contratos existenciais”, que incluem os contratos de consumo, contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, compra da casa própria, contratos de trabalho e locações residenciais. “Essa nova dicotomia é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do séc. XXI”. Trata-se de sistematização tão funcional para o nosso século quanto foi no século passado a distinção entre os contratos paritários e os contratos de adesão. Natureza Jurídica do contrato de consórcio [sinalagma indireto].<sup>1</sup>

Mesmo reconhecendo que os critérios jurídicos que compõem o instituto das obrigações sejam únicos no sistema nacional,<sup>2</sup> não havendo que se falar em obrigações civis e obrigações empresariais, é forçoso reconhecer que a dinâmica jurídica do contrato empresarial tem características próprias e marcantes.<sup>3</sup>

Há, portanto, [...] de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresa, e dos contratos dos particulares com as empresas, sendo estes últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor, que só agora começa a despontar entre nós.<sup>4</sup>

Este estudo está voltado para um contrato autônomo por ser arrematado pelo lucro, pela onerosidade das obrigações, pela solidariedade entre as partes, pela cooperação no resultado esperado, pela presunção do profissionalismo, pela dinâmica de mercado<sup>5</sup>, pela

<sup>1</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial de contrato, 356.

<sup>2</sup> FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. Cidade: Editora, Ano. v. 3, p. 12.

<sup>3</sup> O direito comercial tem fundamentos próprios, mesmo diante de um código obrigacional único. Há muito, Goldschmidt explicou que o que é uma qualidade no direito civil pode ser um defeito no direito comercial [como a formalidade por exemplo]. No auge de sua experiência Vivante afirmou que o espírito de classe e a lógica da especulação imprimem à atividade comercial um “ímpeto de iniciativa” e uma refinação de técnica” diversos do direito civil. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 216.)

<sup>4</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. Cidade: Editora, Ano. p. 24.

<sup>5</sup> O agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade do erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais. Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial (...) Um ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar

presunção de paridade de forças, pela presunção da existência de riscos,<sup>6</sup> pelo comprometimento com os efeitos extracontratuais, pela simplificação e pelo dinamismo das formas.<sup>7</sup>

Há muito já se sabe que o contrato empresarial, desde o tempo em que era intitulado como contrato mercantil, está a serviço do mercado nos atos de comércio.<sup>8</sup> O ato de mercancia pressupõe o lucro. O lucro é algo intrínseco ao comércio e, portanto, é elemento do núcleo estrutural de todo contrato empresarial. O lucro compõe os elementos que irão motivar a contratação e serão fundamentais para identificação do cumprimento da finalidade e da função econômica do contrato empresarial. Portanto, o lucro é um elemento importante no momento da contratação e na fase de execução e cumprimento do contrato empresarial. Não existe

---

distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 151.)

<sup>6</sup> Enfim: todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu “risco típico”; o risco é inerente [=caracteriza] à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas; a parte que desconsidere o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. Eros Roberto Grau. Equilíbrio econômico financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe, 112-3. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 147.)

<sup>7</sup> Inglez de Souza, de acordo com a realidade de seu tempo, destaca ser uma das principais diferenças entre os contratos civis e os comerciais o fato que “os contractos commerciaes se podem provar por qualquer gênero de prova”. “Em resumo: as distincções capitaes entre os contractos civis e commerciaes são: 1º o caracter de solidariedade de todas as obrigações mercantis collectivas. 2º o caracter de onerosidade de todas as obrigações. 3º a simplificação das formalidades que retardam a perfeição dos contractos, ficando, em regra, reduzida ao simples acordo das vontades. 4º a simplificação da prova” [Prelecções de direito comercial, 121]. Vê-se, assim, que, em exercício de comparação, os contratos comerciais são definidos a partir de suas diferenças em relação aos contratos civis [a exceção está em Cairu, que trata os contratos mercantis sem esse foco]. Esse método de análise será seguido por toda a doutrina brasileira. Carvalho de Mendonça, o comercialista, faz repousar a ênfase da distinção nos atos de comércio. “Contrato comercial é aquele que tem por objeto ato de comercio”, remente as especialidades de sua teoria geral à clássica distinção entre direito civil e direito comercial [Tradado de direito comercial brasileiro, v. VI, parte I, 449] Waldemar Ferreira vê-la no critério da “profissionalidade de um se não dos dois contratantes”. As peculiaridades dos contratos comerciais residiriam [i] na “simplicidade das fórmulas” e [ii] na existência de “outros contratos que o tráfico mercantil tornou necessários” [Tratado de direito comercial, v. 8, 9]. Descartes Drummond de Magalhães, fortemente influenciado por Inglez de Souza, entende que as peculiaridades dos contratos comerciais estão, principalmente, na solidariedade, na onerosidade, na simplificação dos meios de prova e na dispensa de certas formalidades [Curso de direito comercial, 61]. Na sua esteira, são as lições de Alfredo Russell [Direito comercial, 353 e ss.]. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 33.)

<sup>8</sup> Ao examinar o contrato empresarial é preciso considerar os vértices específicos do Direito Comercial, como a tutela de crédito, a necessidade de assegurar aos agentes econômicos segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato e a importância do erro na formatação do ambiente competitivo. O tratamento especial a incidir sobre os contratos empresariais também se justifica em virtude do ambiente específico no qual estão inseridos, qual seja, a exploração de atividade econômica pelos particulares e, neste ambiente, encontram-se regras próprias de direito comercial, ligadas entre si com vistas à otimização das ações e do ambiente econômico. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Contratos empresariais*. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC/SP: tomo Direito Comercial. 1. ed. São Paulo: PUCSP, jul. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>. Acesso em: 01 ago. 2021).

satisfação das partes em um contrato empresarial sem expectativa de lucro, e, portanto, não há que se falar em cumprimento de obrigação sem que exista expectativa de lucro.

Em um contrato empresarial, a satisfação das empresas é um elemento objetivo estranho às vontades subjetivas de seus representantes. A satisfação das empresas em um contrato empresarial está relacionada com os parâmetros extraídos do ambiente negocial, devendo ser o espelho daquilo que o comércio entende como razoável e útil. Não é crível que o ambiente de negócio possa entender como razoável a ausência de expectativa de lucro no momento da contratação ou a manutenção de um contrato empresarial isento de lucro e sem expectativa futura de lucro.

No nosso entender, o contrato mercantil pode ser definido como aquele celebrado entre empresários ou empresas no bojo de suas atividades econômicas, bem como aquele celebrado por empresários ou não empresários com escopo essencialmente comercial, assim entendido objetivo mediato ou imediato de lucro das partes na celebração, mediante a assunção de riscos alocados contratualmente.<sup>9</sup>

É neste sentido que é afastada a hipótese de elementos assistencialistas e paternalistas em um contrato empresarial. A dinâmica da perseguição pelo lucro por ambas as partes contraentes é antagonica com os critérios assistencialistas e paternalistas que arregimenta outros tipos de contratos.

No entanto, e de bom alvitre evidenciar que a busca pelo lucro não é obstáculo para a cooperação, para a solidariedade e principalmente para a obtenção de externalidades contratuais positivas. É na convergência de interesses pelo lucro que os contraentes de um contrato empresarial irão promover a geração de empregos e o recolhimento de tributos, fazendo com que exista progresso social a partir da circulação de riquezas.

O lucro ou a expectativa de lucro é fundamental em um contrato empresarial. O lucro ou a expectativa de lucro é a mola propulsora do setor produtivo em que o agente econômico é dotado de profissionalismo e forças isonômicas. Isso torna possível a perseguição do lucro por

---

<sup>9</sup> WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. 1.ed. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018, v. 2, p. 607.

meio de comportamentos cooperativos e solidários que mitiguem os riscos do negócio de ambas as partes, afastem as mazelas da concorrência desleal e promovam o progresso coletivo.

É perceptível que o contrato empresarial deve ser reconhecido com um contrato autônomo em face das características e objetivos das partes contraentes.<sup>10</sup>

### **1.1 Contratos Empresariais de Longa Duração**

A argumentação desta dissertação é para fazer conclusões jurídicas de situações específicas. O estudo está delimitado a um tipo de contrato específico (contrato empresarial) em que o tempo contratual é um elemento nuclear para atender a finalidade do pacto e sua função econômica (relação jurídica de longo prazo).

Toda a gestão administrativa e financeira do negócio instituído entre empresários está relacionada com o tempo. O tempo disponível e/ou necessário para o retorno do investimento. O tempo disponível e/ou necessário para taxa de investimento. O tempo como análise de risco. O tempo da apólice de seguro. O tempo da indisponibilidade da garantia ofertada. O tempo como expectativa da manutenção das fontes de emprego. O tempo como elemento de captação de investimento de terceiros. O tempo de duração do contrato tem vínculos com o contexto administrativo/gestão, com contextos contábeis e forte vínculo com o contexto econômico-financeiro dos contratantes.

Em alguns negócios empresariais a função econômica do contrato está intrinsecamente relacionada com o tempo necessário para a amortização dos investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*) e o retorno esperado pelos investimentos totais. Os custos despendidos com a capacitação da equipe, com a publicidade e alguns casos com a aquisição de ativos não circulantes como máquinas e investimentos em tecnologia, são custos irrecuperáveis e só serão justificáveis economicamente com a perenidade do lucro advindo da continuidade da relação de negócio.

---

<sup>10</sup> Ao primeiro grande cisma dos contratos mercantis, sucede um segundo: decotam-se os contratos trabalhistas, firmando nova categoria autônoma. Seguindo no tempo, a preservação do mercado exige que seja conferida proteção especial aos consumidores. (...) Todos esses cismas e rearranjos são realizados [pelo Direito] em torno do status das partes. Os contratos mercantis despregam-se do direito comum porque dele participa um comerciante; os trabalhistas, porque envolvem empregado e os consumeristas porque na relação há consumidor. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 43.)

A necessidade de investir no negócio sabendo que se trata de custos irrecuperáveis, que só serão justificáveis com o longo tempo da relação negocial, influencia a tomada de decisão econômica, ou seja, é fator preponderante para que o agente econômico possa firmar alguns tipos de contratos empresariais. O tempo de continuidade do contrato é elemento essencial na tomada de decisão de contratar pelo fato de que o agente econômico é sempre movido pela aversão ao risco, ou seja, a contratação será idealizada em uma estrutura em que o tempo será o instrumento útil para minimizar os riscos envolvidos no contrato (economia comportamental).

É racional esperar que os investimentos realizados pelos agentes econômicos em uma relação de negócio empresarial sejam vinculados ao retorno esperado. Em algumas situações de negócios, instrumentalizadas pelos contratos empresariais, o retorno esperado está condicionado pelo tempo da relação negocial. Somente a manutenção no tempo do faturamento e do lucro justifica economicamente a tomada de decisão de contratar.

O fato é que o tempo é elemento essencial nestas relações de negócios para efetivação da função econômica interna deste tipo de contrato. Assim, tem-se a configuração econômica dos contratos empresariais de longa duração que influenciam no momento da contratação e são fundamentais no momento da execução e da ruptura contratual. Nestas relações de negócios, o tempo é desejado e esperado pelas partes contraentes e faz parte de uma estrutura (programa do contrato) capaz de atender as finalidades do pacto.

Durante a execução do contrato existem outros elementos que importam aos agentes econômicos que racionalmente pensam na perseguição da função econômica do contrato. A continuidade do contrato traz eficiência ao negócio, pois elimina os custos envolvidos nas hipóteses em que existem reiteradas contratações. O contrato de longa duração elimina os custos de transação que os agentes econômicos despendem no momento da contratação.<sup>11</sup> Os custos de transação são exemplificados como sendo os custos necessários que o agente econômico despende para ter informações e agregar confiança no outro contraente. No momento da contratação, os agentes econômicos se mobilizam para ter indicadores de preços dos produtos

---

<sup>11</sup> A ideia de custo de transação é importante nos contratos empresariais, na maioria, de longa duração e de execução continuada, que se destinam a facilitar a organização da atividade; a manter estável a produção e a oferta de bens e serviços em mercados; à especialização de atividades; e, portanto, ao aumento das eficiências alocativa e produtiva. (SZTAJN, Rachel. Sociedade e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 177, jan./dez. 2006)

ou serviços negociados e para ter conhecimento da credibilidade e da respeitabilidade do outro contraente, que podem culminar na morosidade da negociação e nas exigências de garantias para os negócios serem realizados.

Classificam-se os custos de transação em *ex ante* e *ex post*, conforme ocorreram antes ou após a celebração do negócio. Há custos de transação referente à coordenação [coordination costs] e aqueles relacionados à motivação [motivation costs]. Os primeiros são os gastos próprios às negociações, incluindo a definição de suas condições [preço, prazo, época de entrega, etc.] e mesmo à busca de parceiros comerciais. Os custos de motivação podem ser apartados em dois principais tipos: [i] aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio, e [ii] aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra.<sup>12</sup>

Tudo isso é superado pela continuidade da relação de negócio idealizada em um contrato empresarial de longa duração.

O tempo é um elemento que traz eficiência para a relação de negócio firmado entre empresários. A eficiência é traduzida pela facilidade e pelo dinamismo dos negócios e pela eliminação de alguns custos irrecuperáveis (custos de transação)<sup>13</sup>, que ao final possibilita a disponibilidade ao mercado de um produto ou serviço de melhor qualidade e de melhor preço. Com produtos e serviços produzidos e ou realizados com maior dinamismo e menores custos envolvidos tem-se a identificação de uma externalidade positiva do contrato empresarial de longa duração (função social) que é a expectativa de disponibilidade de produtos e serviços melhores e com menores preços.

Portanto, o tempo está relacionado ao próprio objeto do contrato que só poderá ser cumprido com a continuidade da relação do negócio. Relação negociada totalmente diferenciada da relação com cumprimento instantâneo ou com execução diferida no tempo.

<sup>12</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 144.

<sup>13</sup> SZTAJN, Rachel. Externalidades e Custos de Transação: redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 9, jan./mar. 2004. Ainda, Fernando Araújo sustenta que, na “Teoria do Contrato” (conceito que ele explica dentro da análise econômica do contrato), os custos de transação normalmente correspondem a três causas principais: custos de redação do clausulado, custos de disciplina contratual e contingências imprevistas. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 198)

O contrato em análise é aquele em que as prestações são reiteradamente executadas por longos anos criando um vínculo programático entre os contraentes. Percebe-se que o vínculo programático advindo da sucessiva execução do objeto do contrato cria um relacionamento muito diferente do vínculo obrigacional de um contrato de execução imediata (*Spot*).

As partes estão contratadas para obtenção de objetivos comuns, comunhão de interesses, como é o caso de contratos de consórcios empresariais<sup>14</sup>, contratos de *joint ventures*, contratos da Lei Ferrari e contratos de distribuição. São contratos em que as partes acordam ter relacionamentos e nunca objetivos antagônicos. A vontade contratual – os motivos volitivos da contratação que caracterizam a vontade de contratar preceituada pelo princípio da autonomia de vontade – é regida pela intenção de manter relacionamentos empresariais e isso institui vínculos muito diferentes dos contratos de execução instantânea.

O vínculo em um contrato de longa duração é construído no curso do tempo no sentido de que é impensável que as tratativas sucessivas no transcurso de 10, 20 e 30 anos serão totalmente regidas de forma inflexível pela manifestação da vontade dos contraentes no momento da contratação. O vínculo de um contrato de longa duração pressupõe constante busca pela convergência de interesses e isso não significa insegurança jurídica ou instabilidade nas relações de negócios.

No mesmo sentido, MUSTAPHA MEKKI remete a um chamado “princípio de negociação”, o qual seria particularmente forte nas relações de longa duração, pelo qual às partes seria imposta uma obrigação de negociação em prestígio da conciliação.<sup>15</sup>

A continuidade da busca de convergência de interesses na fase de execução dos pactos é da própria essência do contrato de longa duração, que por isso deve ser visto como um processo.

Insista-se: o contrato é um processo. Um conjunto ordenado de etapas que se estendem no tempo, visando não à satisfação do interesse da parte, e sim ao atendimento do fim compartilhado pelas empresas. Dirige-se à concreção do atendimento do fim compartilhado pelas empresas. Dirige-se à concreção do

---

<sup>14</sup> Lei nº 6.404/76 - Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Prorrogação Compulsória dos Contratos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. p. 152.

escopo comum, sem negar os interesses individuais dos polos da contratação.  
16

A especificidade desta relação contratual é o tempo. O tempo impõe que a relação negocial seja estruturada por meio da cooperação entre os contraentes e não mais pela ideia oitocentista de interesses antagônicos. O tempo impõe uma estrutura associativa entre as partes para a busca e a consecução da função econômica do contrato empresarial também no curso de sua execução, afastando a ideia oitocentista da intangibilidade do núcleo contratual. Algumas relações empresariais complexas não são mais estruturadas naquela expectativa de que todas as situações podem ou devem ser taxativamente previstas no momento da contratação.

A complexidade de algumas relações empresariais pressupõe racionalmente a hipótese de que as partes contraentes deverão acomodar situações que não estão previstas no contrato, mas que são elementos indissociáveis para a consecução da função econômica do contrato. Existem situações contratuais imprevisíveis tendo em vista que os agentes econômicos são dotados de racionalidade limitada e existem situações em que os custos (custos de transação) envolvidos não justificam a busca pela previsibilidade expressa no contrato empresarial.

Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz que sua racionalidade é limitada. (...) A ideia de racionalidade limitada foi proposta inicialmente por Herbert Simon e baseia-se na constatação de que, contrariamente ao que prega a economia clássica, as habilidades humanas de cognição não são infinitas.<sup>17</sup>

Este é o contexto jurídico que subsidia a teoria da incompletude contratual e que deve nortear as análises hermenêuticas das relações complexas firmadas por contratos empresariais de longa duração. É racional presumir que o longo tempo da execução contínua de um contrato empresarial impõe inúmeras complexidades nas relações entre as partes que não foram tratadas no momento da contratação e que dependerão da confluência de interesses na persecução da função econômica do contrato e das considerações das externalidades positivas.

Em algumas relações negociadas o tempo exige o solucionamento de adversidades previsíveis, mas economicamente inviáveis de serem contornadas no momento da contratação.

---

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 21.

<sup>17</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 152.

É dessa intenção de conciliação de situações adversas aos interesses das partes, que eventualmente irão acontecer durante a execução do contrato, que surge a ideia do programa contratual como um solucionamento. O tempo de uma relação contínua impõe a cooperação de interesses para efetivação de objetivos comuns em um procedimento relacional denominado pela doutrina de programa contratual.

São relações empresariais em que o tempo impõe que o contrato seja analisado em sua funcionalidade fazendo com que a cooperação, a confiança, a eliminação do oportunismo, a expectativa de eliminação de custos e a expectativa do retorno de investimento sejam elementos para identificação da função econômica interna do contrato.

É comum a distinção entre interpretação subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito à intenção comum ou vontade comum das partes. A segunda abrange encontrar o sentido mais funcional e comum daquela operação econômica para esclarecer as ambiguidades ou obscuridades contratuais de forma a dar sentido mercadológico à contratação.<sup>18</sup>

O estudo trata dos contratos empresariais em que o tempo deve ser necessariamente considerado na interpretação de sua função econômica e social.

O tempo é um elemento que modificou o modo de apreciar as obrigações na contratação moderna.<sup>19</sup>

O contrato empresarial de longa duração deve ser balizado e interpretado pela persecução da sua função econômica e não necessariamente pelos termos contratuais firmados no momento da contratação, sob pena de ter uma relação contratual sem segurança jurídica e eventualmente desconsiderar as externalidades positivas promovidas nestas relações contratuais.

Para delimitação do tipo de contrato que este estudo pretende analisar é importante que seja assimilado a característica de essencialidade do objeto para as partes. Para tanto, o estudo opta por adotar a classificação idealizada por Paula Forgioni que tem como premissa o grau de vinculação das partes. Isso se torna relevante no presente estudo, tendo em vista que

---

<sup>18</sup> WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil. 1.ed. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018, v. 2, p. 610.

<sup>19</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, n. 116, p. 88-97, jul. 2012, p. 91.

pode se estar à frente de um contrato de longa duração, mas com baixo grau de vinculação das partes e por consequência não haverá essencialidade do objeto contratual.

Assim, aquela classificação de contratos de longo prazo por execução continuada ou contratos de longo prazo por execução sucessiva/periódica não é suficiente para este estudo, havendo necessidade de incluir o grau de vinculação das partes.

O grau de vínculo das partes contraentes é importante para que seja assimilado a característica de essencialidade do objeto do contrato para as partes. Um contrato de longa duração como o contrato de fornecimento, mesmo que com exclusividade, a princípio não estaria no foco deste estudo por não ser essencial a continuidade da atividade empresarial. O fornecimento de produtos, considerado que não seja um produto monopolizado, pode ser viabilizado por outro fornecedor.

O fato é que um contrato de fornecimento de produtos para uma indústria, que normalmente é um contrato de longo prazo, não é necessariamente essencial para a perenidade da indústria em face de eventual disponibilidade deste mesmo produto no mercado. Ao contrário, pode se estar à frente de um contrato de fornecimento de produto exclusivo (monopólio ou oligopólio) ou de serviço muito específico (contrato empresarial de *know-how*) que tenham instituídos vínculos de essencialidade com a indústria no transcurso do tempo contratual.

Os argumentos para manutenção de contrato de longa duração no microsistema de insolvência pátrio não são justificados pelo tempo de duração do contrato e sim pelos vínculos construídos no curso do tempo que tornam o contrato essencial e pelos elementos jurídicos tratados neste tópico que afastam aquelas concepções oitocentistas que eram previstas no Código Civil de 1916.

A continuidade dos contratos empresariais deve ser aferida pelo juízo da recuperação judicial com fundamento na teoria da incompletude do contrato e da concepção da racionalidade mitigada do agente econômico para que se possa alinhar a função econômica interna e externa do contrato através da mitigação dos custos de transação e da convergência de interesses.

## 1.2 Função Social dos Contratos Empresariais de Longa Duração

Para a compreensão do contexto jurídico das relações contratuais empresariais hodiernas é preciso evidenciar algumas mudanças ocorridas no seio da sociedade a partir do início do século XIX.

Um fato relevante para o estudo é a premissa jurídica de que a relação contratual não deve estar atrelada ou ser influenciada pelas questões socioeconômico-políticas externas ao contrato. Essa foi a premissa que motivou as alterações significativas nas relações negociais feitas pelo Código Francês de 1804.

O Código de Napoleão reflete o anseio da sociedade que defendia o fim dos privilégios da aristocracia nas mais diversas relações sociais, para que se alcançasse os interesses de uma classe econômica em ascensão política. A lei foi o instrumento idealizado para que os privilégios peculiares a certa classe de pessoas pudessem ser extirpados da sociedade e principalmente das relações de negócios que envolviam a circulação de bens e serviços. A lei foi idealizada a partir de uma isonomia formal em que haveria a possibilidade de prevalência da vontade das partes.

O Código de Napoleão codificou a igualdade formal nas relações de negócio para extirpar os privilégios da decadente e ruínosa aristocracia e trouxe elementos jurídicos que exaltavam a importância da manifestação de vontade das partes nas relações negociais para afastar as ingerências do “Estado” que eram comuns nos regimes absolutistas.

Ao elaborar o Código de Napoleão, o conhecido Código Civil francês, o legislador projetou, mentalmente, um destinatário ideal para aquelas normas obrigacionais: um indivíduo isolado do restante da coletividade e abstratamente considerado, sem ligação com o contexto social, formalmente igual ao outro contratante e livre para contratar e para estabelecer, com base em sua vontade, o conteúdo do contrato.<sup>20</sup>

A pretensão daquela então nova estrutura normativa, concebida na igualdade formal das partes e na exaltação da manifestação de vontade individual, era fazer com que as relações negociais efetivadas no seio da sociedade pudessem ser preservadas e respeitadas. Tem-se

---

<sup>20</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 20.

assim a configuração de uma segurança jurídica a partir da inflexibilidade das relações de negócios como meio de afastar a ingerência de um Estado absolutista e aristocrático.

A segurança jurídica estava alicerçada na igualdade formal e na exaltação da manifestação de vontade do indivíduo, pois o Estado absolutista intervinha autoritariamente e abusivamente nas relações negociais.

Com isso, a codificação francesa consolidou o ideal de igualdade como pressuposto da teoria geral do negócio jurídico, concebido como instrumento de auto-regulamentação de interesses entre indivíduos formalmente iguais. (...) Por isso a igualdade nos Códigos de inspiração liberal é uma ideia de igualdade jurídica (não econômica ou social) e formal (não substancial).<sup>21</sup>

A configuração daquela segurança jurídica foi uma resposta às tormentosas ingerências daquele Estado que primava pelos interesses de alguns em detrimento dos interesses da coletividade.

É neste contexto social que é construída a teoria geral do contrato a partir da igualdade formal e da liberdade de contratar que refletiu uma relação de negócio privada pautada nos interesses individuais (antagônicos), na intangibilidade daquilo que foi acordado, na obrigatoriedade dos termos contratados e na relatividade dos pactos privados.

A vontade das partes é sempre um elemento preponderante nesta estrutura jurídica oitocentista das relações negociais, pois é pensada a partir de um ideário de igualdade das partes e da defesa intransigente pelos interesses individuais. Portanto, tem-se uma relação civil pautada em critérios individualistas e alheia ao contexto social e econômico da época.

O princípio da relatividade nos pactos civis oitocentistas ordenou os efeitos das relações de negócios apenas para os contratantes e não admitia a interferência que o contexto social e econômico pudesse promover na execução e na continuidade dos contratos. A intangibilidade e a obrigatoriedade dos contratos, pautadas naquela manifestação de vontade de agentes tidos como paritários em forças, eram defendidas justamente porque não se admitia

---

<sup>21</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

influências ao contrato provocadas por forças externas ou consequências no contrato advindas do ambiente externo.

Estes mesmos elementos jurídicos são marcantes no Código Civil brasileiro de 1916 e na própria doutrina pátria que se valeu de enfrentar apenas os elementos estruturais das relações de negócio. A função estrutural do contrato (proposta, aceitação, termos contratuais, legitimidade, validade e eficácia) sempre foi a pauta de discussão jurídica no âmbito nacional que não enfrentou inicialmente a função social do contrato.

Esta estrutura jurídica oitocentista foi desconstituída e não mais existe<sup>22</sup>, pelo menos no ordenamento pátrio. A estrutura de Estado mudou no Brasil e impõe que as premissas destas mudanças estruturais sejam assimiladas na interpretação jurídica para que não tenhamos a aplicabilidade de normas nacionais com estruturas de Estado que não o previsto na Constituição pátria atual.<sup>23</sup>

A organização política, econômica e social do Estado veio sofrendo burilamentos no curso dos últimos dois (02) séculos permitindo a preponderância da socialidade nas relações negociais. Forma-se um Estado nacional dirigente com pretensões constitucionais que parametriza as relações contratuais (autonomia privada) em um arcabouço jurídico democrático em que se tutela também a coletividade.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> No entanto, 150 anos de aplicação ou tentativa de aplicação do chamado figurino liberal produziram um quadro política e socialmente conturbado, muito embora o progresso e o desenvolvimento da tecnologia e da atividade econômica em si tivessem sido notáveis. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 142.)

<sup>23</sup> A primeira e necessária advertência diz respeito à descuidada importação de institutos, sem a consideração daquelas que Ascarelli chamou de “premissas implícitas” de cada ordenamento. Observou o mestre italiano que, no estudo de institutos estrangeiros, as “premissas implícitas” próprias de cada sistema não podem ser desprezadas. No entanto, essa singela recomendação não é sempre atendida, de sorte que alguns entornam a experiência estrangeira sobre nosso sistema, pretendendo imprimir direcionamento que lhe é estranho. A aplicação do direito brasileiro não pode abraçar princípios diversos daqueles cristalizados em nosso ordenamento jurídico, sob pena de dar lugar a açodado transplante, incompatível com nossa realidade. Nessa toada, muitas vezes as posturas assumidas pelos operadores do direito não passam de mera reprodução de ideias alienígenas, talhadas no processo de interpretação/aplicação de outro direito, que não o nosso; de outra constituição que não a brasileira. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 141.)

<sup>24</sup> Pontua que não é possível que os princípios do direito contratual se limitem a tutelar e permitir uma seleção natural, em que o mais forte sobrevive, no ápice do liberalismo sem peias. Isso seria fazer tábula rasa de tudo que ocorreu e se evoluiu nos últimos anos. O contrato não pode servir apenas às partes; do contrário, retorna-se ao capitalismo selvagem em que o menos escrupuloso é sempre premiado. Deve-se harmonizar a liberdade com a solidariedade social. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 117, abr. 1998. BOUÇAS, Danielle Fernandes. Oponibilidade dos

Liberdade contratual e justiça contratual não rivalizam. Como bem pontua Fernando Rodrigues Martins, o que se almeja é a conciliação entre a autodeterminação e a igualdade advinda do princípio da democracia. Naquilo que Canaris define como a "sociedade de direito privado", o Estado não impõe ao cidadão uma maneira de agir determinada, mas lhe faculta a escolha por si próprio, sendo a livre conclusão e redação dos contratos um dos instrumentos mais importantes para este escopo. Mas, em contrapartida, esta renovada função estatal de defesa da concorrência livre e leal deve garantir que as posições não sejam levadas a extremos, de forma que a desigualdade econômica ou social implique benefício de uma parte diante da outra. O ponto de contato entre autonomia e justiça contratual é a irrestrita defesa pelo ordenamento jurídico do mercado como um bem jurídico coletivo. O equilíbrio do mercado e a livre concorrência, com repúdio aos monopólios, ao abuso da posição dominante, garantem, simultaneamente, a liberdade de iniciativa e a liberdade de escolha do cidadão, com a possibilidade de adotar decisões conscientes em suas opções de contratação de mercado.<sup>25</sup>

A função social do contrato foi introduzida no ordenamento pátrio como norma positiva pelo Código Civil de 2002 que expressamente preceituou em seu artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social.

(...) a esfera de competência outorgada legalmente ao particular dentro da qual pode ele regulamentar suas relações por meio de negócios jurídicos. Com efeito, essa esfera pode ser maior ou menor dependendo do assunto e da relevância social da relação jurídica regulamentada. (...) Suplantando o princípio voluntarista da autonomia da vontade, o conceito de autonomia privada deixa claro que esta liberdade é exercida dentro de limites sociais pré-estabelecidos.<sup>26</sup>

Os critérios de socialidade<sup>27</sup> foram utilizados no ordenamento nacional na década de 1970 para mobilizar as alterações ao Código Civil de 1916, mas já estavam presentes em traços constitucionais desde a carta constitucional de 1934.

---

Contratos e Tutela Externa do Crédito: Análise a partir Acórdão Proferido pelo TJRJ. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 183).

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4.

<sup>26</sup> WAISBERG, Ivo. Autorização prévia da cessão de contrato nos contratos de adesão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 3, v. 6, p. 84, jul./dez. 2000.

<sup>27</sup> A outrora visão e espírito estritamente individual das legislações anteriores, especialmente materializada no revogado Código Civil 1916, que tratava como intocável o direito privado, foi superada e ultrapassada pelos ideais insculpidos na Carta Magna, privilegiando-se a coletividade em detrimento do particular. SILVEIRA, Arthur Alves; FERNANDES JR, João A. Medeiros; MEDEIROS, Laurence Bica. *Transformações no direito de insolvência*. Assione Santos; Luis Miguel Roa Florentin, Rodolfo Salmozo (Organizadores) Ivo Waisberg; Manoel Justino Bezerra Filho. (Coordenadores), São Paulo: Quartier Latin, 2021. Pg.605

Os efeitos na vida prática desta nova ordem concebida a partir da socialidade pode ser percebida pela defesa hodierna de uma igualdade substancial, ou seja, afasta a igualdade jurídica para se pensar em uma igualdade que tenha referência com o contexto econômico e social das partes e do ambiente em que se firmou o pacto negocial.

A socialidade voltada para tutelar os interesses extracontratuais relevantes não desconsidera a autonomia negocial e muito menos atenta contra a função econômica dos contratos empresariais. A autonomia negocial e a função econômica dos contratos empresariais são erigidas como premissas constitucionais a serem concretizadas no ordenamento pátrio como instrumentos jurídicos úteis à coletividade.

A função social, em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente.<sup>28</sup>

A autonomia negocial continua sendo o elemento embrionário e indissociável na constituição dos contratos empresariais como sendo mecanismos sociais - integrados na sociedade - de composição de interesses patrimoniais. Ademais, a função econômica dos contratos tem relevância nas relações empresariais tidas agora como critérios hermenêuticos capazes de atender aos anseios do mercado.

Assim, a socialidade não pode ser vista ou interpretada no sentido de fazer com que o contrato empresarial seja destoante do mercado. A socialidade que tutela valores relevantes constitucionalmente não pode ser interpretada como sendo elemento assistencialista e/ou paternalista como se fosse um critério objetivo de mitigação da autonomia da vontade e de obstáculo à finalidade econômica dos contratos empresariais.

A liberdade negocial continua sendo imprescindível para a estruturação das relações contratuais. O fato é que a validade e a eficácia das relações contratuais hodiernas devem atender aos objetivos das partes envolvidas e as suas finalidades econômicas e sociais. A liberdade de contratar está configurada em uma autonomia privada que privilegia a cooperação entre os contraentes e os direitos de terceiros.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 145-155.

<sup>29</sup> Os princípios clássicos como autonomia, relatividade dos efeitos dos contratos, força vinculante dos pactos continua a vigorar, mas relidos sob a ótica da Constituição, sendo constantemente sopesados e conjugados com os

Esta é a configuração da função social do contrato, em sua vertente interna e em sua vertente externa.

A função social interna do contrato está alicerçada na intenção de que os contratos devem ser cumpridos para que seus objetivos internos sejam realizados. É afastada a ideia de voluntarismo dos indivíduos que fomentava a intangibilidade e a obrigatoriedade contratual para acomodar a ideia de funcionalidade das relações contratuais.

O contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.<sup>30</sup>

Já a função social externa do contrato é o subsídio para afastar a ideia de relatividade deste instrumento. O contrato é tido como um elemento econômico e social capaz de gerar efeitos além dos interesses das partes contratantes. Trazendo, assim, importância para os efeitos econômicos que os contratos empresariais promovem nos ambientes em que estão inseridos e para os efeitos sociais propagados para outros agentes que não sejam os contraentes.

A função social surge, então como um ponto de referência da maior relevância na reformulação do princípio da relatividade. É com base na função social que ganha força a noção de que o contrato não encerra uma relação encapsulada e enclausurada entre as partes que compõem seu vínculo, mas sim uma busca por interesses socialmente relevantes, que se relacionam com o contrato e são por ele atingidos. TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República. Vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 14.<sup>31</sup>

---

novos princípios constitucionais, como a boa-fé, função social e sinalagma, para que sejam atendidos os anseios da eticidade, solidariedade e bem comum fundamentais ao ordenamento. (BOUÇAS, Danielle Fernandes. Oponibilidade dos Contratos e Tutela Externa do Crédito: Análise a partir Acórdão Proferido pelo TJRJ. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 192).

<sup>30</sup> NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 210-211.

<sup>31</sup> BOUÇAS, Danielle Fernandes. Oponibilidade dos Contratos e Tutela Externa do Crédito: Análise a partir Acórdão Proferido pelo TJRJ. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 182.

Portanto, é forçoso reconhecer que o atual sistema jurídico nacional posto privilegia a iniciativa das partes e a estabilidade nas relações contratuais como um elemento estruturante do bem-estar coletivo.<sup>32</sup> Os interesses individualistas são substituídos por interesses privados que devem atender aos anseios individuais dos contraentes (como, por exemplo, o lucro) mas, não devem descuidar de contribuir com a propagação do bem-estar coletivo.

Assim, na outra ponta do arco histórico traçado a partir do modelo de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emitem, mas igualmente à satisfação da função social do contrato.<sup>33</sup>

A socialidade desconstitui o princípio da relatividade contratual ao impor que os pactos sejam constituídos com observância também nos interesses extracontratuais com importância social. O contrato empresarial gera efeitos em sujeitos indeterminados que são beneficiados e, às vezes, são dependentes destes pactos em que não fizeram parte diretamente da contratação. O contrato empresarial impacta indiretamente na coletividade dos consumidores, dos trabalhadores e de outros agentes econômicos vinculados à relação empresarial principal.<sup>34</sup>

O contrato empresarial gera efeitos na sociedade porque impacta diretamente as condições econômicas dos sujeitos indeterminados. O contrato não mais é considerado como um instrumento jurídico isolado do ambiente social e econômico em que foi constituído, pois é reconhecido e esperado que a convergência de vontades dos contraentes extrapole seus interesses individuais e reverbere seus efeitos positivos na sociedade, como é o caso da geração de novos empregos e o recolhimento de tributos.

---

<sup>32</sup> GOMES, Orlando. *A função do contrato: novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 190.

<sup>33</sup> NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 224.

<sup>34</sup> O mesmo conceito de função social aplica-se, com as devidas qualificações, à liberdade de contratar. Ela passa a sofrer restrições, pela ampliação da ideia de ordem pública, levando, no fundo, ao chamado dirigismo contratual, isto é, o estabelecimento de determinados parâmetros aos quais a liberdade contratual deve se conformar. Ressalte-se, a propósito, que dentro de uma das mais aceitas visões sobre a natureza da empresa, difundida pelo economista inglês Ronald Coase, ela, empresa é encarada, basicamente com um feixe de contratos. Nessas condições se o acervo da propriedade da empresa (edifícios, maquinário etc.) deve ter uma função social, tal função será exercida por meio de contratos de toda a ordem, destinados a por em marcha as suas atividades (contratos de trabalho, de fornecimento, de serviços de compra e venda etc.) Consequentemente, tais contratos também deverão assumir uma função social. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 213.)

A Constituição Federal Brasileira idealizou a atividade privada geradora de riquezas, em que o contrato é o maior instrumento da autonomia negocial, como sendo capaz de concretizar o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da solidariedade social (art. 3º, I) na política de progresso econômico nacional.

### **1.3 Função Econômica dos Contratos Empresariais de Longa Duração**

A função econômica dos contratos é elemento de integração e de interpretação do contrato empresarial de longa duração. A função econômica do contrato empresarial de longa duração é o balizamento de integração das partes e de interpretação jurídica para proporcionar os fins perseguidos por ambas as empresas contraentes.

As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincular, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam que o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica.<sup>35</sup>

A função econômica é o melhor parâmetro objetivo de identificação da finalidade contratual de um pacto de longa duração firmado entre duas (02) empresas, pois é aferida por vários critérios racionais de mercado (indicadores). Os critérios objetivos podem ser extraídos do próprio contrato escrito, como, por exemplo, o tipo contratual que sempre tem correlação com resultados empresariais específicos, como podem ser extraídos do ambiente negocial, como, por exemplo, a configuração de lucro.

Concluindo: a função econômica do negócio, indispensável para sua correta compreensão, liga-se à “circulação dos bens e dos serviços” [perspectiva objetiva] e não ao subjetivismo das partes.<sup>36</sup>

O contrato empresarial é um instrumento da relação negociada, não é o negócio em si. A função econômica do contrato explicita o negócio realizado entre as partes. Todo negócio empresarial tem uma causa que sempre estará relacionada com o atendimento de uma necessidade econômica. Os termos contratuais estão a serviço da função econômica do contrato e o cumprimento da função econômica do contrato trará satisfação para as empresas contratantes. O cumprimento da função econômica do contrato empresarial sempre estará

---

<sup>35</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 118.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 117.

relacionado com a sua causa, com uma específica racionalidade econômica e com os critérios de eficiência. A causa da relação negocial, a racionalidade dos agentes e a busca pela eficiência dos resultados comuns, compõem a estrutura da função da econômica do contrato empresarial de longa duração.

Não é despidendo lembrar que a satisfação da empresa deve ser aferida por critério objetivo e não por elementos subjetivos que movem os interesses individuais dos seus representantes (sócios).

O contrato é um fato social, tanto quanto o crime e as relações sociais (casamento, filiação). Sua existência é anterior ao direito, consistindo numa manifestação da necessidade humana de interação econômica (troca). Sua prática foi descrita por antropólogos em tribos humanas muito rudimentares que não contavam com um sistema jurídico organizado (exemplificativamente, tribos incas pré-descobrimto espanhol). O que se entende aqui por contrato (no sentido de transações), é, portanto, pré-jurídico e difere da definição jurídico-dogmáticas de contrato como acordo de vontades executável em uma corte de justiça (no sentido, de transações judicialmente executáveis). Estamos nos referindo a relações de troca entre os indivíduos, envolvendo prestações recíprocas entre os contratantes, independentemente do reconhecimento estatal dessa relação.<sup>37</sup>

As interações econômicas supridas pelo contrato empresarial de longa duração, fato que demonstra a satisfação das partes, deve ser avaliada por critério objetivo que transpareça a sua causa, a racionalidade dos contratantes e a eficiência do negócio. Com estes critérios objetivos, que fazem parte das relações do mercado, o intérprete consegue endereçar uma análise das consequências contratuais (análise econômica positiva do Direito).<sup>38</sup>

A função econômica do contrato é importante para este estudo, tendo em vista que pode identificar abusos de direito na negativa de manutenção contratual sempre que estejam em riscos também valores socialmente relevantes que não podem ser sopesados por uma eventual indenização.

---

<sup>37</sup> TIM, Luciano Benetti. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 157.

<sup>38</sup> A análise econômica positiva avalia a eficiência de um instituto jurídico e suas consequências. Não existente proposta de alteração normativa tendo em vista que está focada na aplicabilidade da norma com eficiência. A análise econômica normativa tem a pretensão de discutir a melhor forma de se fazer um regramento de um fato social. Trata-se de uma análise na formação da lei ou mais, trata-se de uma análise da formação das políticas públicas que serão instituídas pelo ordenamento jurídico.

A intenção de romper antecipadamente e sem justo motivo o contrato empresarial de longa duração, em que estejam em risco valores socialmente relevantes, e desde que exista comportamento regular das contraentes e manutenção dos interesses econômicos de ambas as partes pode ser vista como um abuso do direito de contratar justamente porque estaria em desacordo com o regular funcionamento do mercado. O regular funcionamento do mercado será aquele em que estiver presente atitudes compatíveis com a causa do negócio, com a racionalidade dos agentes econômicos e com a perspectiva de eficiência dos resultados. Neste aspecto, não haveria motivação racional para não manutenção do contrato empresarial.

O abuso de direito na negativa de manutenção do contrato empresarial de longa duração pode ser evidenciado pela análise racional do Direito. A racionalidade do Direito que vincula o comportamento dos agentes econômicos (contraentes) à finalidade do contrato pode ser aferida de forma objetiva por critérios que compõem a racionalidade econômica.

Concluindo: o comportamento é racional, em termos jurídicos, quando viabiliza a fluência das relações de mercado, conforme as regras e os princípios jurídicos [ou seja, de acordo com o direito]. O comportamento é dito racional, do ponto de vista econômico, quando traz a maximização do proveito ou lucro do agente. Para interpretação dos negócios, torna-se em consideração uma racionalidade jurídica, que parte da necessidade de conferir ao sistema segurança e previsibilidade. A racionalidade econômica auxilia a compreensão da função econômica da avença [= causa] e dos motivos [intento] dos sujeitos econômicos, primordiais para a interpretação contratual.

A função econômica do contrato não está vinculada essencialmente aos interesses econômicos das partes, mas, também, na manutenção das finalidades (causa e eficiência) do contrato empresarial perseguidas por uma convergência de interesses das partes. A busca pela concretude das finalidades contratuais, e não das vontades subjetivas dos contratantes, promove externalidades positivas.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Existem também situações nas quais os benefícios de uma ação individual transbordam o escopo do indivíduo, atingindo um número maior de pessoas (benefícios sociais). Pense no exemplo da educação formal. Anos de escola geralmente mudam algumas características das pessoas, que passam a ter mais acesso a diversos produtos culturais, por exemplo. Um trabalhador com uma formação sólida não apenas aumenta a produtividade na empresa como também gera possibilidades interessantes de interação social que, como se diz, não está no salário, mas certamente ajuda na produtividade de todos os envolvidos no processo produtivo. ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. *Direito e Economia o Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Coordenador: Luciano Benetti Timm. 3º ed. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, pg. 64.

Ainda segundo BETTI, a adoção dessa perspectiva requer sensibilidade social, pois a visão objetiva envolve a consideração da dimensão “social” [hoje diríamos do mercado], distanciando do “individualismo dos juristas”.<sup>40</sup>

Na visão da doutrina especializada, o grande desafio da função econômica do contrato empresarial de longa duração é afastar da relação negocial as vontades subjetivas das partes e afastar aquela concepção oitocentista de que o contrato não é um elemento social (individualismo).

Da Causa do Contrato, 39. Torquato Castro, buscando mostrar os equívocos que haviam sido cometidos pela doutrina francesa em relação à causa, desenvolve a seguinte tese: a causa da obrigação não se confunde com a causa do contrato. A primeira pode até ser individual, mas aquela relevante para ao direito é a segunda, quando teremos o encontro das declarações de vontade. O ponto de harmonia das vontades em busca de um objetivo comum é a causa, a função prática, econômica, que o contrato tende a realizar.<sup>41</sup>

A função econômica do contrato empresarial evidencia que a relação de negócios empresariais duradouros reverbera várias externalidades positivas sendo tido como um instrumento social capaz de promover o progresso econômico.

Ademais, a persecução da função econômica do contrato empresarial de longa duração é feita a partir dos mesmos critérios que instituem o funcionamento regular do mercado. Portanto, a interpretação dos contratos empresariais de longa duração pode ser realizada pela análise da sua função econômica, ou seja, pela análise de sua causa, da racionalidade dos agentes e dos seus resultados (critérios de eficiência).

#### **1.4 Análise Econômica dos Contratos Empresariais de Longa Duração**

O ordenamento jurídico é pautado por valores tidos como relevantes pela sociedade. Valores implícitos ou positivados permeiam toda a estrutura do ordenamento jurídico através da consagração dos princípios, das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados.

---

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 118.

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 222.

A socialidade, o progresso econômico, a preservação da empresa, a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, a livre concorrência, a liberdade de empreender, entre tantos outros, são valores indispensáveis para a construção do ordenamento jurídico contemporâneo.

As situações vivenciadas pelo destinatário do ordenamento jurídico precisam ser concretizadas com estes valores, ou seja, a tarefa daqueles que tratam da aplicabilidade da norma é trazer elementos que sejam úteis para a identificação e para a preservação daqueles valores jurídicos, tidos como relevantes pela sociedade.

O intérprete deve ir além do conceito jurídico e de seus fundamentos. Os valores tidos como relevantes pela sociedade precisam de um instrumental para sua identificação e para a sua preservação no momento da subsunção da norma ao caso concreto. Além da eficácia jurídica, a expectativa da sociedade contemporânea é por um sistema normativo eficiente na consolidação de seus valores, ou seja, um sistema normativo eficaz na busca de seus resultados concretos.

Do conceito jurídico é extraído os fins/valores do sistema normativo, quase sempre representados por expressões vagas como é o caso do progresso nacional. Os instrumentos do sistema normativo são os meios capazes de traduzir os fins através de objetivos pragmáticos, ou seja, traduzir os valores da norma para conceitos mais operacionais como, por exemplo, buscar o progresso nacional por meio do desenvolvimento econômico. O ideal é que seja factível a instituição de elementos ainda mais objetivos para que seja possível a caracterização das metas, como, por exemplo, buscar o desenvolvimento econômico por uma métrica do PIB ou da distribuição de renda da sociedade.

Hodiernamente é argumentado que a aplicabilidade da norma pode ser muito bem direcionada a partir de elementos e instrumentais presentes em outras ciências que não seja o Direito. Na aplicabilidade do Direito contratual empresarial, que é sempre arregimentado por um propósito econômico, o uso de instrumentais da ciência econômica tem se mostrado muito útil. A utilização conjunta de ramos do conhecimento humano sempre esteve presente na sociedade e não é algo diferente com o direito e a economia.

A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos

escoceses do Século das Luzes. Na Europa, no século XIX, ocorreu um movimento para reunir direito e economia.<sup>42</sup>

Os estudos com o propósito de utilizar a objetividade das concepções econômicas na interpretação e na aplicabilidade do Direito foram fortemente despertados nos Estados Unidos na década de 1950. Não foi um despertar abrupto, pois foi realizado através de acúmulos de conhecimentos. Esta curva de experiência e aprendizado sobre a análise econômica do Direito teve contribuições desde a linha do conhecimento norte-americano intitulada de imperialismo econômico que aplicava as concepções econômicas na análise da política, da discriminação e das questões de família até a corrente intitulada de realismo jurídico que sustentou que a economia faz parte do Direito.

Apesar do reconhecimento científico, em 1960, do estudo do economista Ronald Coase acerca do custo social<sup>43</sup>, prêmio Nobel em 1991, o que o mundo conhece como Análise Econômica do Direito veio a partir dos estudos do jurista Richard A. Posner. Em 1972, Posner publica um artigo intitulado “Análise Econômica do Direito” que inicialmente encantou os estudiosos norte-americanos. Houve grande aceitação do governo, dos tribunais e das próprias universidades do uso das concepções e dos métodos de Posner, ao ponto de que houve alteração na estrutura de formação científica das mais importantes universidades dos Estados Unidos.

Após passar por um período de grande enfrentamento, onde as concepções estruturais da análise econômica do Direito organizada por Posner foi duramente criticada, houve o surgimento de outras correntes de pensamento que tiveram o papel de estruturar de uma forma complementar a corrente inicial e de disseminar a influência que os métodos econômicos podem promover no Direito.

---

<sup>42</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

<sup>43</sup> Em outra oportunidade, explicamos que o estudo dos custos de transação originou-se das observações de Coase, 1973, no opúsculo intitulado *The nature of the firm*. Suas primeiras indagações podem ser assim resumidas: se os mercados funcionam tão bem e seriam aptos a assegurar o fluxo econômico, por que existem empresas? Por que elas contratam entre si? Segundo Coase, a realização de transações econômicas implica custos [custos de transação ou *transactioun costs*], que variam segundo a natureza da própria operação e a forma mediante a qual é organizada. Em suma, os custos de transação são os gastos para se valer do mercado. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 143.)

A análise econômica do Direito recebe a contribuição de várias correntes ou linhas de pensamentos que alteram a forma de pensar o Direito, fazendo com que a ideia de incluir métodos e ferramentas largamente utilizadas na economia ganhe o mundo.

A análise econômica do Direito atualmente não é a representação pura do pensamento de Posner que capitaneia a corrente intitulada de Escola de Chicago. Existem outros argumentos que pensam a análise econômica do Direito de uma forma complementar a Posner como é o caso dos Neo-Institucionalistas, da Escola Austríaca, da Escola de New Haven, do Direito e Economia Comportamental e da escola intitulada de Escolha Pública (*public choice*).

A análise econômica do Direito não é uma abordagem científica com uma parametrização de critérios totalmente uníssomos acerca da análise das consequências econômicas do Direito. Entre as várias correntes de pensamentos<sup>44</sup>, que estruturam aquilo que é difundido como análise econômica do Direito, este estudo relacionará alguns critérios elaborados por diversas linhas de pensamento da análise econômica do Direito para tratar da interpretação dos contratos empresariais de longa duração.

A análise econômica do Direito é uma linha de pensamento ou uma teoria do Direito que tem o propósito de aferir as consequências do Direito através de critérios de eficiência econômica<sup>45</sup>, ou seja, uma metodologia capaz de aferir a eficiência econômica de um contrato empresarial de longa duração.

A análise econômica do direito é mais ambiciosa. Parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, então, a releitura do direito. Procura atualizar “a economia do direito”. Para explicar o propósito da análise econômica do direito, nada melhor do que a frase do célebre jurista belga, Monsieur Mertens de Wilmars, para quem “bom número de instituições clássicas, assim o usufruto, a acessão ou cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que uma regulamentação de relações econômicas subjacentes. Todavia, como estão profundamente ancoradas no

<sup>44</sup> Escola de Chicago, Teoria da Escolha Pública, Institucionalista, Neo-Institucionalistas; Teoria dos Jogos; Escola de New Heaven. (BERTAN, Maria Paula. *Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 27.)

<sup>45</sup> A análise econômica do Direito pode ser definida como a aplicação da teoria econômica para o exame das formações, estruturas, procedimentos e impactos econômicos da lei, da jurisprudência e das instituições legais. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law – from Posner to Post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 3. (BERTAN, Maria Paula. *Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 27.)

direito positivo, não as percebemos senão como conceitos jurídicos, sem nos darmos conta de seu significado econômico [...]”.<sup>46</sup>

Este estudo não tem o propósito de expor ou adentrar na estruturação da análise econômica do Direito e muito menos tem o condão de expor as suas diferentes linhas de pensamento. A intenção é contextualizar o tema e tratar de alguns métodos e ferramentas construídos pelas mais diversas correntes de pensamento da análise econômica do Direito, que possam ser úteis à interpretação e à aplicabilidade das normas que arregimentam um contrato empresarial de longa duração no microssistema de insolvência.

### 1.5 Análise Consequencialista dos Contratos Empresariais de Longa Duração

As consequências do Direito fazem parte do Direito. O exegeta deve ter a preocupação com as consequências da subsunção da norma no contrato empresarial. Estas afirmações para alguns são obviedades que transparecem a falta de maturidade jurídica nas suas suscitações e para outros é ponto de discussão importante para que o Direito como valor científico não seja subvertido por análises consequencialistas. Mas, vejamos, que por um viés ou outro, todos consideram as consequências do Direito.

Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a resilição unilateral era garantia recíproca na avença.<sup>47</sup>

O estudo das consequências do Direito é elemento importante como fundamento de estruturação de políticas públicas na elaboração da própria norma, na concretude das decisões de Estado, inclusive do Estado juiz, e compõem a análise de viabilidade privada nas relações de negócio. O estudo das consequências do Direito é elemento importante na estruturação dos contratos empresariais de longa duração.

As consequências advindas da lei podem gerar efeitos *ex ante* ou *ex post* à relação contratual empresarial e, portanto, devem ser conhecidas e avaliadas. Existe um aparato estatal (agências reguladoras, Judiciário, instrumentos de autorregulação) para aferir o cumprimento

<sup>46</sup> Mertens de Wilmars, 1972, 285 (tradução). (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.)

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.555.202/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 13 dez. 2016.

da norma e é esperado que seja feito sempre por meio de critérios de eficiência consequencialistas.

É nesse sentido que as consequências normativas advindas da interpretação jurídica das relações de negócios empresariais (contratos empresariais) devem ser averiguadas dentro de critérios de eficiência econômica.

A eficiência econômica estaria relacionada com o critério de eficiência desenvolvido por Kaldor-Hicks denominado de princípio da compensação. Os benefícios de uns podem ser aceitos mesmo com a existência de prejuízos de outros, desde que os benefícios daqueles excedam os prejuízos dos outros através de algum meio de compensação. Esta concepção de eficiência é largamente conhecida como maximização do bem-estar social.

Por outro lado, o critério de eficiência econômica pode ser considerado como aquele construído a partir de uma análise de desenvolvimento econômico. A concepção de eficiência pode ser uma eficiência alocativa que priorize valores e ativos em um sistema institucionalizado de poder. Quanto mais complexa é a institucionalização, ou seja, quanto mais específica for o microsistema normativo, melhor será a caracterização da eficiência pautada em um desenvolvimento econômico.

O estudo das consequências econômicas da norma no contrato empresarial tem uma racionalidade maior do que em outros tipos de contratos, justamente porque o viés econômico é intrínseco à sua estrutura.

## **1.6 Os Critérios de Eficiência dos Contratos Empresariais de Longa Duração**

As teorias jurídicas dogmáticas do contrato nada dizem sobre a realidade das partes e do fenômeno social subjacente ao contrato. Precisa-se de mais, ainda mais quando se trata da aplicabilidade dos princípios (princípio da preservação da empresa) em uma relação contratual de longa duração em que uma das contraentes esteja em crise econômico-financeira. Existe a necessidade de um arcabouço ferramental que possa evidenciar os contornos vivenciados pelas partes e do fenômeno social subjacente. Existe a necessidade de um referencial analítico.

Em casos excepcionais como é o objeto deste estudo, a viabilidade jurídica da continuidade contratual dentro do microsistema de insolvência nacional não está mais vinculada necessariamente à vontade estritamente individual das partes, mas está vinculada a uma vontade normativa. A vontade normativa compõe o núcleo estruturante das contratações e deve ser um elemento jurídico relevante no período de execução e na fase de continuidade da relação contratual daqueles contratantes que padecem com a crise empresarial.

A vontade da norma é uma vontade de eficiência. A eficiência normativa na relação contratual daqueles contratantes de longa duração que padecem com a crise empresarial deve ser aquela que atenda o objetivo do contrato observando para tanto a sua finalidade econômica, que satisfaça os interesses individuais das partes em um sistema de cooperação e não de antagonismo e que reverbere efeitos socialmente relevantes (Tepedino) ou efeitos institucionais (Calixto) extracontratuais na sociedade em que está inserido.

Assim, é compreensível que a juridicidade da continuidade do contrato de longa duração, firmado por contratantes que padecem com a crise empresarial, deve ser também analisada quanto às suas consequências práticas. A continuidade da relação contratual é sempre socialmente relevante quando os efeitos positivos da manutenção forem maiores e melhores do que os efeitos de sua interrupção. A continuidade da relação contratual será sempre socialmente relevante quando os efeitos negativos de sua interrupção forem maiores e piores do que os efeitos negativos de sua manutenção. Assim, a continuidade da relação contratual será sempre socialmente relevante quando os efeitos negativos da sua interrupção extrapolarem os efeitos positivos de sua manutenção.

A eficiência normativa está relacionada com os custos de transação<sup>48</sup> (ex: custos de informação) que são imprescindíveis na contratação, na execução e na continuidade da relação contratual. Os custos de transação podem ser tidos como efeitos internos da relação contratual que motivam racionalmente a continuidade ou a ruptura dos pactos empresariais. A aferição dos prejuízos (efeitos negativos) é métrica importante para uma decisão conscienciosa acerca

---

<sup>48</sup> Os custos de transação são a contrapartida do atrito na economia. E, como observa Coase, eles, não estão presentes na análise neoclássica, na qual não se considera que, “de forma a realizar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se quer transacionar, informar às pessoas que se quer negociar e em que termos, conduzir negociações que levem a um acordo, redigir um contrato, monitorar o seu cumprimento a fim de garantir que os seus termos estão sendo respeitados, e assim por diante. (SADDI, Jairo. *Contratos Bancários*. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 32).

da viabilidade jurídica da relação contratual e norteia aquilo que a doutrina inglesa<sup>49</sup> nominou de autorregulação contratual. Pela busca de um sistema contratual eficiente que propicie benefícios individuais, os contraentes irão sempre aferir os eventuais prejuízos (efeitos negativos) na tomada de decisão. O contrato será mantido e revitalizado caso os prejuízos da ruptura sejam maiores ou piores do que os benefícios advindos da continuidade.

Por outro lado, existem os efeitos externos da relação contratual. Os efeitos socialmente relevantes, benefícios e prejuízos extracontratuais, extrapolam aquele conceito de autorregulação das partes fundada em uma análise de prejuízos individuais por estar alicerçada no bem-estar da coletividade. O bem-estar da coletividade é um valor perseguido pelo sistema normativo podendo ser exemplificado pelo progresso econômico, pelo pleno emprego, pela proteção ao crédito e pela preservação da empresa. Estes valores do sistema normativo posto não tutelam apenas os interesses individuais dos contraentes fazendo com que a autorregulação não seja um instrumento eficiente (suficiente) nas relações contratuais de longa duração.

Os efeitos socialmente relevantes trazem elementos externos ao contrato (indicadores sociais) para compor a análise jurídica da continuidade ou ruptura dos pactos empresariais de longa duração. Os efeitos negativos da ruptura do contrato que impactam a coletividade de consumidores e dos trabalhadores é elemento jurídico importante na aferição da juridicidade da interrupção contratual.

Os indicadores sociais que são extraídos da vida cotidiana através de critérios cientificamente reconhecidos como válidos já fazem parte da tomada de decisão de cunho econômico. Isto não é uma novidade nas contratações empresariais de longa duração que são precedidas de inúmeros estudos acerca da viabilidade do negócio a ser instrumentalizado pelo contrato empresarial.

Clarividente que esses indicadores sociais (critérios objetivos de constatação) compõem os critérios hermenêuticos (argumentação) para trazer concretude à cláusula aberta da função social e econômica do contrato bem como para trazer concretude ao princípio da

---

<sup>49</sup> Originalmente em língua inglesa, “self-enforcement range”. Cf. KLEIN, Benjamin, *Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance*. In: WERIN, Lars WIJKANDER, Hans. *Contract Economics*. Oxford (UK) e Cambridge (USA): Blackwell, 1992. (BERTAN, Maria Paula. *Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 90)

preservação da empresa. Este é um critério viável de aplicabilidade das cláusulas abertas no ordenamento brasileiro fazendo com que a concretude dos valores socialmente relevantes aconteça de forma fundamentada. O exercício hermenêutico a partir de critérios objetivos de constatação (indicadores sociais) afasta a aplicabilidade indevida dos valores jurídicos consagrado no ordenamento, que é aquilo que a doutrina nominou de farra dos princípios.<sup>50</sup>

Este critério de aplicabilidade da norma, aferindo os efeitos externos da relação contratual empresarial, tem sido consagrado pelos tribunais nas discussões empresariais mesmo quando um dos contraentes não esteja em crise econômico-financeira.

A retirada abrupta dos cabos de telecomunicações da autora geraria a interrupção do serviço para diversos usuários, dentre eles a Prefeitura de Rio das Ostras e Casimiro de Abreu. [...] A função social do contrato impõe que se leve em consideração interesses coletivos juridicamente relevantes na tutela da execução do contrato. Dessa forma, considerando o número de pessoas que podem ser atingidas e o grave dano que pode ser gerado, caso a ré retire os cabos de rede da autora de seus postes, [...] deve ser afastada a possibilidade de rompimento imediato do contrato, cabível somente discutir em sede própria.<sup>51</sup>

As relações empresariais que perduram por muitos anos sempre são peculiares. A peculiaridade destas relações empresariais sempre está relacionada com a especificidade do objeto contratual. A especificidade do objeto contratual é a identificação do ativo contratual. A especificidade do ativo contratual faz com que os contratos de longa duração sejam analisados a partir de indicadores internos e externos à relação para que seja possível aferir a eficiência naquela tratativa.

Para analisar a especificidade do ativo, que faz parte do núcleo do contrato, são necessários métodos mais lineares que integrem a norma jurídica. A complexidade que envolve a especificidade do ativo de um contrato empresarial de longa duração faz com que seja imprescindível a utilização de elementos objetivos que possam trazer concretude aos valores jurídicos.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Ronaldo Porto Macedo Júnior. Professor da USP.

<sup>51</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 0048861-58.2013.8.19.0001*. 17. Câmara Cível. Relatora: Desa. Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 08 jun. 2016.

<sup>52</sup> Os economistas vêm tentando, nos últimos tempos, identificar o que seria essa complexidade. É possível caracterizar um contrato com complexo quando “1] houver elevado grau de incertezas, ou elevado número de contingências, quanto aos seu cumprimento ou fruição das utilidades nele [...] previstas; 2] houver dispersão ou variabilidade entre a magnitude das prestações e contraprestações na dinâmica ou fluxo de seu cumprimento [caso típico dos contratos cuja a consecução do objeto contratual se desenvolva em ambientes de risco, ou aleatoriedade];

Sem uma análise objetiva acerca da especificidade de ativos de um contrato de longa duração não há como analisar o atendimento ou não da finalidade contratual com observância em sua função econômica. Finalidade contratual e função econômica do contrato são elementos contemporâneos das relações de negócios que estão apenas emolduradas no ordenamento jurídico e que, portanto, clamam por elementos objetivos para verdadeiramente fazerem parte do cotidiano jurídico.

Portanto, não há abandono dos valores jurídicos consagrados no Direito. A busca pela eficiência normativa através da análise das consequências advinda da aplicabilidade da norma é justamente para se ter a concretude dos valores jurídicos consagrados no Direito.

A análise da especificidade do objeto do contrato empresarial de longa duração em que um dos contraentes esteja em crise empresarial tem como uma de suas premissas fáticas a ocorrência ou não de prejuízos futuros em face do uso útil do próprio ativo. Existem situações de especificidade do objeto contratual em que os ativos não podem ser realocados ou não apresentam economicidade para sua realocação. O ativo contratual é específico e foi pensado para atender exclusivamente aquela relação de negócio peculiar. O *know-how*, a estrutura física, a reputação negocial e a imagem reputacional dos contraentes são específicos para aquele negócio peculiar.

A extinção da relação contratual tornaria o ativo de mercado imprestável com prejuízos aos interesses dos próprios contraentes como também provocaria prejuízos a coletiva de terceiros interessados e impactados pelo negócio. Todas as vezes em que os ativos de mercado se tornam imprestáveis existem prejuízos econômico para sociedade.

O ativo contratual deve ser reconhecido como um bem patrimonial merecedor da proteção da vontade normativa, pois representa em muitas situações a perenidade da atividade empresarial. O ativo do contrato empresarial de longa duração, que sempre será um elemento

---

e 3] quando o entendimento do conteúdo contratual demande conhecimento amplo ou profundo”. Ademais, “contingências ou incertezas em relação ao cumprimento do contrato somente se fazem presentes em contratos que não sejam instantâneos, ou seja, em contratos em que medeia certo período, maior, entre sua formação e cumprimento substancial. (...) A complexidade dos contratos pode variar conforme os seguintes fatores, todos interligados: [i] duração da relação; [ii] iteração da contratação; [iii] valores das prestações e contraprestações; [iv] grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra; [v] magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e [vi] quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 60.)

importante da perenidade da atividade empresarial, deve ser tutelado por meio da sua manutenção ou da sua realocação útil. O ativo contratual que é um bem com importância interna ao contrato e com relevância social para a sociedade deve ser considerado em uma análise eficiente da relação contratual.

A coerente análise da preservação da especificidade do ativo do contrato de longa duração é parte da análise de eficiência do contrato. A preservação da especificidade do ativo de um contrato empresarial de longa duração que gera empregos, proporciona o recolhimento de tributos, viabiliza a efetivação de vários outros contratos dependentes, que fomenta o fluxo de caixa de várias empresas prestadoras de serviços ou de produtos que por consequência geram mais empregos, recolhem mais tributos, e propiciam a efetivação de vários contratos dependentes, extrapola os interesses eminentemente individuais dos contraentes. O critério de eficiência não pode ser feito apenas *interna corpus* ao contrato ao fato de que os valores institucionais tutelados pela norma são parâmetros jurídicos nestas relações contratuais.

O fato é que a eficiência em uma relação contratual de longa duração em que um dos contratantes esteja em crise empresarial deve ser avaliada pelos seus efeitos internos e pelos seus efeitos externos.

Ademais, a eficiência contratual não está condicionada a racionalidade dos contraentes no momento da contratação. A racionalidade dos contraentes é limitada e não comporta uma visão holística do futuro. Quando muito a racionalidade é suficiente para uma análise holística do presente que representaria uma visão ampla do cenário no momento da contratação o que não é suficiente em uma relação empresarial idealizada para durar por muitos anos com manutenção dos interesses recíprocos.

Acostumamo-nos a pensar os negócios como se tudo ou quase tudo pudesse ser previsto no momento de sua assinatura. Neste contexto ideal, aquilo que faltaria seria completado pela lei, e no máximo, pelos usos e costumes comerciais. Sabemos que essa situação é utópica. Contratos são, por natureza, incompletos e maior sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir. (...) Os economistas, nas últimas décadas, chamaram a atenção para o fenômeno dos contratos incompletos e os desafios que apresentam. Não se consegue e não se quer prever tudo nos instrumentos contratuais.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 60-61.

O custo de transação que seria supostamente necessário suportar para se ter previsibilidade de todas as circunstâncias econômicas, sociais, políticas e jurídicas, em seus aspectos micro e macro econômico-social-políticos, seria muito alto ao ponto de inviabilizar economicamente a efetivação da maioria dos contratos empresariais de longa duração. As circunstâncias econômicas, sociais, políticas e jurídicas, em seus aspectos micro e macro econômico-social-políticos, não são desconsideradas, mas os altos custos para sua previsibilidade são fundamentos para o abandono dos conceitos de imutabilidade do contrato empresarial.

A previsibilidade necessária à estabilidade das relações negociais contemporâneas está alicerçada em uma premissa diferente da premissa daquela do contrato oitocentista. Inconcebível atingir a estabilidade de uma relação negocial que pode perdurar por 30 anos em um sistema político, econômico, social e jurídico mutável. Esta premissa hodierna é componente de uma análise de eficiência contratual em uma relação empresarial de longa duração, ainda mais quando um dos contraentes está em crise empresarial. A crise empresarial que pode ter elementos micro e macroeconômicos de difícil ou custosa previsibilidade é um elemento futuro excepcionalíssimo a ser contingenciado por instrumentos da política econômica nacional (recuperação judicial).

A mutabilidade, para evitar de se falar em instabilidade, é uma característica da sociedade contemporânea que está em desenvolvimento constante por meio de um progresso destrutivo e criador. O progresso destrutivo e criador contemporâneo é incompatível com a busca da estabilidade da relação contratual fundada apenas na capacidade dos contraentes em prever no momento da contratação tudo aquilo que está em constante transformação.

A estabilidade negocial, que continua sendo imprescindível ao cenário empresarial, não pode ser perseguida com elementos jurídicos que tiveram algum sentido em um cenário de negócio do século XIX. As relações jurídicas que instrumentalizam os negócios precisam estar em consonância com as expectativas do mercado contemporâneo.

Na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir [e o agir do outro] é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. “[A] aquele “prever” ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem”. A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas

ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. (...) Mas a regularidade – a mesma regularidade que constitui a ordem – implica certa superação da individualidade. As partes sabem que estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mas forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais.<sup>54</sup>

A estabilidade negocial precisa ser compreendida e perseguida com outra premissa, que não aquela do século XIX, para que se possa aferir a eficiência de um contrato empresarial de longa duração em que um dos contraentes esteja em crise empresarial. Uma premissa compatível com o cenário do mundo contemporâneo, que é regido por uma política econômica e social globalizada, e é impactada por agentes econômicos e políticos dispersos nos mais diversos poderes recônditos do mundo.

O cosmopolitismo deve ser hoje compreendido no contexto da globalização, com a disseminação cada vez maior de prática [usos e costumes] e modelos de negócios desenvolvidos no exterior.<sup>55</sup>

Nítido que não se está trabalhando com as hipóteses de solucionamento contratuais que tratam da lesão ou do abuso de Direito em contratos de efeitos imediatos, mas sim de critérios jurídicos pautados na concretude da finalidade e da função econômica dos contratos empresariais de longa duração com grande vínculo entre as partes. A estabilidade negocial necessária ao mundo empresarial contemporâneo suplanta as situações de lesão a direitos para alcançar a funcionalidade do contrato empresarial como instrumentos social e econômico.

Em um contrato empresarial de longa duração, é impossível conceber que os contraentes terão meios no momento da contratação de prever todas importantes circunstâncias, internas e externas, que podem afetar a finalidade do contrato ou sua função econômica no futuro. No momento da contratação é inconcebível crer que não existirão circunstâncias no futuro que precisarão de ajustes negociais e que para tanto será necessário um aparato institucionalizado para estes solucionamentos futuros quando houver idiosincrasias no mercado.

---

<sup>54</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 119.

<sup>55</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 140.

Afastar a concepção de rigidez do núcleo contratual é privilegiar a segurança e a previsibilidade nas relações negociais de longa duração.

Em 1964, Clóvis do Couto e Silva propôs que a obrigação fosse vista em sua totalidade, como processo, isto é, sucessão de fase que visa à satisfação dos interesses do credor. Essa concepção pode e deve ser aplicada aos contratos empresariais, especialmente àqueles dotados de maior grau de complexidade, que carregam consigo uma miríade de disposições contratuais e obrigações explícitas e implícitas, inter-relacionadas e interdependentes entre si e que assumem sentido quando vistas em sua globalidade e dinâmica. Gravitam, todas elas, em torno dos escopos almejados por ambas as partes, i.e. da operação econômica que encetam.<sup>56</sup>

Mudar o panorama normativo de um sistema jurídico nacional é tarefa muito árdua. A alteração legislativa em um sistema político democrático, tida aqui como alteração literal da norma, é complexa e difícil. A complexidade e a dificuldade nas alterações legislativas são notórias e não prescindem de maiores detalhamentos. No entanto, percebe-se que a dificuldade hercúlea para mudança de panorama normativo está na acessibilidade dos membros da sociedade às novas concepções trazidas pelo texto legislativo alterado.<sup>57</sup>

Algumas concepções jurídicas arraigadas na sociedade jurídica obstaculizam a oxigenação do Direito, mesmo após alterações legislativas. Existe uma concepção que generaliza a ideia de que a eficiência nas relações contratuais empresariais está adstrita à racionalidade das partes e que a intervenção do Estado nas relações de negócios sempre seria inoportuna.

A eficiência da relação contratual sempre estará condicionada ao aparato institucional e ao fato de que a baixa complexidade do aparato do Estado promoverá solucionamentos de baixa complexidade e a alta complexidade do aparato do Estado promoverá solucionamentos de alta complexidade. A estrutura do aparato do Estado será instrumento para os contraentes construir seus cenários de riscos na aferição dos prejuízos que são necessários para tomada de decisão.

---

<sup>56</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 20.

<sup>57</sup> Por sua vez, ao operador do direito incumbiria de desvencilhar-se do tradicionalismo jurídico, dos axiomas conservacionistas, para, enxergando além do seu consuetudinário, empregar um comportamento crítico em benefício de uma ordem social mais justa. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P.346.

O Estado é um elemento importante na aferição de eficiência dos contratos empresariais de longa duração não porque o Estado juiz é melhor negociador do que os agentes de mercado, mas porque o Estado juiz é um elemento importante na mitigação dos custos de transação nos casos de idiosincrasias do mercado.

A relação contratual, de onde decorrem direitos e obrigações de natureza patrimonial de ordem privada, tem sido a armadura jurídica da autonomia da vontade dos particulares. Vencido o formalismo exagerado da época de fastígio do Direito Romano, a vontade das pessoas foi erigida em dogma do contratualismo tradicional, que dominou o mundo ocidental até o primeiro quartel do atual século (...) A despeito de ter sido o contratualismo a última cidadela do civilismo ortodoxo, do contrato também é lícito, conveniente e imperioso esperar sua conformidade aos interesses maiores da sociedade. As partes que desejam inserir-se na relação contratual não podem mais exercer o livre jogo de seus puros interesses. Importa adaptar o conteúdo dos contratos às exigências do bem comum, considerando-se perfeitamente legítima a interferência estatal para disciplinar e corrigir a vontade pessoal. (...) Nessa concepção moderna, o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou qualquer dos contratantes, (...)<sup>58</sup>

O ambiente institucional direcionado por seus órgãos de poder podem viabilizar meios para uma convergência de interesses que não seriam possíveis em um ambiente livre de condicionamentos ou naqueles casos em que as negociações estão sendo pautadas por critérios e razões estranhas ao mercado (idiosincrasias).

A busca pela eficiência nas relações contratuais utilizando o aparato do Estado (arbitral e Estado juiz) é necessária para pacificação de situações que não serão acomodadas sem intervenção.

Aqui se está tratando de exceções.

O sistema de insolvência é alicerçado com este mesmo propósito, pois se todos os credores tivessem estímulos e consciência coletiva para renegociar seus créditos com o devedor não haveria necessidade do aparato estatal que estrutura o procedimento de insolvência. A estrutura do procedimento de insolvência só se justifica como meio de mitigar os efeitos negativos socialmente relevantes que impactam os terceiros interessados na atividade

---

<sup>58</sup> MOURA, Mario Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 630, p. 247-249, abr. 1998.

empresarial que tornariam demasiadamente oneroso o custo de transação para coletividade. (progresso econômico nacional)

A eficiência na relação empresarial de longa duração quando uma das contraentes esteja em crise econômico-financeira deve ser contingenciada por uma análise dos estímulos. Estímulos da norma para preservação da vontade dos contraentes e estímulos da norma para preservação dos interesses coletivos.

A eficiência contratual também está na conscientização do hermenuta de que as novas tratativas necessárias para uma nova contratação a partir da extinção da relação contratual inicial gera novos gastos (custos de transação) que serão internalizados pelas novas contraentes (efeitos internos) e repassados à coletividade de diversas formas possíveis (efeitos externos).

## 2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O solucionamento dado pelo sistema jurídico e social às situações de crise sempre esteve relacionado com a premissa da liquidação de ativos patrimoniais.

Tinha-se a hipótese da quebra da banca na praça pública dos primeiros mercadores na Idade Média. A quebra da banca do comerciante que não tinha condições de arcar com os seus compromissos financeiros servia para dividir o seu pouco patrimônio entre os credores e para que o comerciante fosse retirado do mercado. Com a banca quebrada, literalmente quebrada, retirava-se do comerciante em crise o instrumento de sua atividade, ou seja, retirava-se do comerciante em crise os meios em que suas atividades comerciais eram desenvolvidas.

Àquele comerciante que não honrou com suas obrigações financeiras não era dada a oportunidade de continuar no mercado. Muito mais do que uma liquidação total de ativos havia a intenção de retirar do comerciante os meios (a banca) que pudessem favorecer a sua manutenção no mercado. O comerciante era punido por não ter honrado os seus compromissos com os seus credores.

Esta concepção de solucionamento da crise veio sendo reorganizada no curso da História. O credor sempre teve papel relevante e seus interesses sempre estiveram relacionados com a liquidação de ativos do devedor. A premissa da liquidação de ativos estava ligada com a satisfação do crédito do credor a ser recomposto pelo devedor. Portanto, tinham-se dois (02) interesses divergentes no solucionamento da crise. O solucionamento da situação de crise esteve sempre relacionado com os interesses divergentes do credor e do devedor.

A teoria do dualismo pendular do professor Fábio Konder Comparato evidencia estes dois (02) interesses nas situações de crise ao fato de que suscita que em alguns momentos a legislação favorecia o credor e em alguns outros momentos a legislação apresentava elementos que pudessem favorecer o devedor.

O ordenamento jurídico pretendeu sanear a crise a partir do saneamento de dois (02) interesses divergentes. O saneamento da crise era pensado como um reflexo do saneamento dos interesses do credor e do devedor. A situação de crise era uma questão de satisfação de interesses individuais, pois não se tinha a crise como um fenômeno social. O ordenamento

jurídico tinha que os impactados pela crise eram a coletividade de credores financeiros e o devedor e, portanto, voltava os seus esforços para o solucionamento destes dois (02) interesses divergentes.

Esta concepção foi repensada na crise das ferrovias nos Estados Unidos. Havia algumas particularidades que condicionaram o saneamento a partir de uma nova concepção de enfrentamento da crise. A questão primeira era que a liquidação dos ativos patrimoniais não tinha nenhum sentido prático na satisfação dos credores. Não havia naqueles empreendimentos, ativos que pudessem ser liquidados para se obter recursos úteis para satisfação do Direito de crédito dos credores. Os ativos patrimoniais eram os trens de ferro e os seus trilhos. Não havia nenhum sentido prático em tentar alienar os milhares de quilômetros de trilhos das linhas ferroviárias e, portanto, a satisfação dos credores haveria de ser feita a partir de uma nova opção de solucionamento.

Uma outra particularidade é que aqueles empreendimentos impactavam na política de desenvolvimento nacional.<sup>59</sup> A expansão regional daquele país dependia do escoamento dos produtos e isso deveria ser feito principalmente pelas linhas ferroviárias. Houve um grande esforço para o desenvolvimento das linhas ferroviárias como meio de propiciar a circulação de riquezas necessária ao desenvolvimento nacional. Neste momento surgiu um novo interesse a ser tutelado com o solucionamento da crise que não estava mais circunscrito aos interesses individuais do devedor e do credor.

Também foi evidenciado que o solucionamento da crise não estava vinculado aos interesses do devedor ou do credor tendo em vista que o importante era a manutenção das atividades desenvolvidas pelo devedor. A atividade foi percebida como algo imprescindível

---

<sup>59</sup> Nos Estados Unidos, por sua vez, nos anos de 1830 e 1840 as estradas de ferro eram responsáveis pela ligação entre as cidades portuárias e as regiões periféricas do território. Nos anos de 1850, as ferrovias foram direcionadas ao oeste, o que ajudou a delimitar as fronteiras do país. Após a estabilização das linhas transcontinentais, começaram a surgir ferrovias estaduais, quando as funções de coordenação da malha passaram a ser mais complexas (HBS, 2012). [...] As ferrovias ajudaram os EUA e também a Alemanha a se tornarem potências industriais no começo do séc. XX, assim como a saírem de um modelo de Estado agrário para industrializado. [...] Nos Estados Unidos, portanto, as ferrovias viabilizaram a produção em massa, assim como a ampliação do mercado nacional, distribuindo produtos agrícolas, matérias-primas e bens de consumo. Ademais, os custos foram diminuídos em virtude da velocidade, eficiência e escala em que os produtos passaram a ser produzidos e transportados. A eficiência para distribuir grãos e gado também inspirou um crescente mercado de commodities (HBS, 2012). *Regulação e Concorrência no setor Ferroviário*. (DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência no setor ferroviário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, FGV Direito Rio. 2017. p. 9.)

para o solucionamento da crise. Agora, o solucionamento da crise precisava ser tido como um instrumento capaz de mitigar os efeitos desastrosos da quebra do devedor.

O verdadeiro ativo do devedor era a sua atividade. O valor do ativo estava na manutenção da atividade. Surgiu a concepção de que a manutenção da atividade do devedor agrega maior valor ao seu empreendimento. Dá-se relevância ao valor da empresa em atividade (*going concern value*). Não há mais que se quebrar a banca.

Por consequência lógica da necessária manutenção da atividade do empreendimento, o solucionamento da crise deve ser pensado a partir dos meios necessários ao restabelecimento do devedor. O solucionamento da crise depende de políticas institucionais que propiciem condições para o restabelecimento do devedor como meio de manutenção de sua atividade.

Em 1978, houve a publicação do *Bankruptcy Code* nos Estados Unidos que era tido como a atualização evolutiva da primeira sistematização de normas de reorganização empresarial que era datada de 1938. O novo código falimentar é estruturado (Capítulo 11) para promover a reorganização da empresa viável economicamente e que se encontra em crise. Essa é a nova concepção que será perseguida a partir de então naquele país, com a manutenção dos dirigentes da empresa à frente dos negócios (exceções de fraude e má gestão), com a inclusão de todos os credores e com perspectivas de pagamentos dos credores nos termos do plano aprovado pelos credores e homologado judicialmente em condições melhores ou iguais aquela que seria dada pela falência. A lei instituiu ferramentas para contribuir com a reorganização, como é caso da obrigação do devedor de disponibilizar informações úteis e necessárias à tomada de decisão consciente dos credores, do *stay period* e da fragmentação dos interesses envolvidos em classes de credores. A hipótese da lei em que o juiz tem o poder-dever de homologar o plano apresentado pelo devedor mesmo sem a anuência de todas as classes de credores (*cram down*) é uma ferramenta que evidencia que existe o nítido propósito de perseguir a manutenção da atividade da empresa devedora.

O Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945 que regulamentou a falência e a concordata no Brasil por longos 60 anos ainda era reflexo daquela concepção ultrapassada. A falência era eminentemente um procedimento de liquidação de ativos do devedor que culminava com a “quebra da banca”. A liquidação de ativos da falência prevista no Decreto-Lei nº 7.661/45

visava a satisfação do credor sem dar atenção aos efeitos sociais que reverberavam na sociedade com o fim da atividade da empresa.

Havia também o procedimento da concordata com a intenção de afastar a hipótese da falência. Nítido que a concordata foi tida pelo legislador como um procedimento de menor importância do que a liquidação total de ativos e extinção da empresa devedora (falência).

A concordata preventiva era tida como um favor legal concedido ao devedor em face da ausência de tratativas e da manifestação de anuência do credor. O devedor tinha a sua disposição na lei condicionamentos já determinados para requerer em juízo a dilação de prazo e a remissão dos seus débitos quirografários. Se o requerimento estivesse em consonância com os requisitos formais da lei, o juiz concedia a concordata, favor legal, sem ouvir os interesses do credor quirografário e sem nenhuma vinculação com a situação econômico-financeira do devedor.

A decisão judicial que concedia a concordata não tinha nenhuma correlação com a viabilidade econômica do requerimento e muito menos com a viabilidade econômica da empresa devedora, até porque, só havia a previsão de dilação de prazo e a remissão apenas para os créditos quirografários. A dívida geral do devedor não era composta exclusivamente por créditos quirografários e a dilação de prazo e a remissão de parte da dívida já não era tida como um solucionamento financeiro-econômico da empresa devedora.

Portanto, a lei estava dissociada da pretensão de manutenção da atividade desenvolvida pelo devedor. A viabilidade econômica do devedor só tem sentido quando se pretende instituir meios para que a manutenção da atividade do devedor persista no tempo. A manutenção da atividade desenvolvida pelo devedor não foi uma preocupação do legislador pátrio da época e impedia que o Judiciário pudesse ser um meio institucional apto a condicionar um melhor solucionamento da crise.

Para alguns<sup>60</sup> o Decreto-Lei nº 7.661/45 já tinha um olhar para as questões sociais. No entanto, mesmo que se considere esta hipótese era um olhar obtuso das questões sociais e recebeu muitas críticas por isso.

---

<sup>60</sup> Sylvio Marcondes anota que três interesses distintos e legítimos justificava a concordata: “O do Estado, resultando do maior e melhor desenvolvimento do tráfico e das condições econômicas; o dos credores, pela mais

[...] é imperdoável que o legislador do século XX se deixe deslumbrar pelos ouropéis da moderna processualística, olvidando os problemas especificamente econômicos que a insolvência não deixa de suscitar, mormente quando atinge as grandes empresas. (Aspectos jurídicos da macro-empresa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 107).<sup>61</sup>

O grande déficit legislativo do Decreto-Lei nº 7.661/45 foi justamente porque não tinha nenhuma referência com a manutenção da atividade produtiva do devedor. Não havia nenhuma correlação entre a manutenção da atividade desenvolvida pelo devedor e o solucionamento da crise. A atividade desenvolvida pelo devedor não tinha relevância como fenômeno social capaz de impactar os valores que arregimentam o desenvolvimento nacional.

É claro que o Decreto-Lei nº 7.661/45 foi editado para um Brasil agrícola. Talvez a reorganização empresarial fosse possível com a dilação de prazo e com a remissão de dívidas quirografárias para o devedor do Brasil agrícola de 1945. As relações comerciais a serem tuteladas pelo Decreto-Lei nº 7.661/45 não tinham, já há muitos anos, nenhuma correlação com as relações comerciais de um Brasil eminentemente urbano e que é estruturado a partir de relações comerciais complexas e globalizadas.

A reação do governo brasileiro quanto a constatação da total incompatibilidade do Decreto-Lei nº 7.661/45 com os novos meios de produção de bens e serviços no Brasil foi a mensagem endereçada ao Congresso Nacional que foi convertida no Projeto de Lei nº 4.376/93.

O Projeto de Lei nº 4.376/93, instrumentalizou no Poder Legislativo, as deliberações acerca da modernização do solucionamento da crise que culminou com a publicação da Lei nº 11.101/2005. A recuperação judicial tornou-se uma realidade no Brasil com o apoio da política de governo que pretendia melhorar o ambiente e os chamados marcos legais do mercado brasileiro, através da adequação de diretrizes apregoadas por organismo internacionais.

---

rápida e maior satisfação de seus créditos; o do devedor honesto, vítima sem culpa da especulação, pela maior economia de seu patrimônio e menor sacrifício de sua personalidade” (MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 152. PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas, sob a perspectiva do direito brasileiro. In: VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord.). *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas: I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017. p. 10.)

<sup>61</sup> PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas, sob a perspectiva do direito brasileiro. In: VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord.). *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas: I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017. p. 11.

A Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 inaugurou no Brasil a nova concepção para o solucionamento da crise ao trazer a hipótese da Recuperação Judicial e Extrajudicial da empresa em crise.<sup>62</sup> O foco deste estudo é a recuperação judicial.<sup>63</sup>

A Recuperação Judicial instituída no Brasil pela Lei nº 11.101/2005 altera substancialmente as primazias da lei antiga ao dar significativa importância à manutenção da atividade da empresa. Houve enorme expansão do âmbito da lei, havendo preocupação em tutelar interesses para além dos divergentes interesses dos credores e dos devedores.

Bem relevante destacar o espírito dessa nova Lei, que tem o objetivo primacial voltado para a recuperação da empresa, possibilitando a sua continuidade, mantendo e gerando empregos e ainda pagando os tributos devidos.<sup>64</sup>

Com o enquadramento legal desta nova concepção de solucionamento da crise introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei nº 11.101/2005 fica assentada as premissas para a identificação das características, do objetivo e das finalidades da Recuperação Judicial no Brasil.

---

<sup>62</sup> As recuperações representam efetivamente soluções inovadoras (Capítulos II e VI), mas não tanto assim, posto que já constaram de nosso direito positivo, há mais de um século (v. item 3, “a” e “b”, abaixo) [...] (a) O primeiro deles iniciou-se com a aprovação do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850), que em sua Parte III cuidava “Das Quebras”, em 106 dispositivos (arts. 797 usque 906), sob os influxos da legislação e da doutrina francesas. [...] Para a recuperação da empresa individual e coletiva em crise, o Código Comercial adotava duas soluções: a concordata e a moratória, esta última semelhante à concordata preventiva do Dec.-lei 7.661/1945. Mas com a diferença essencial de que na codificação a concordata era inteiramente dependente da aprovação dos credores – sistema de que se afastou o Dec.-lei 7.661/1945 (arts. 177 a 185), mas que retorna com a Lei 11.101/2005, divulgada com grande alarde como “novidade” (arts. 55, 56 e 58, para a recuperação judicial; art. 161, para a recuperação extrajudicial). [...] (b) Foi o Dec. 917, de 24 de outubro de 1890, obra do grande Carlos de Carvalho, que introduziu expressamente a impontualidade como fator determinante da falência (art. 1.º), **15 de** modo semelhante ao que consta da Lei 11.101/2005 (art. 94, inc. I). E entre os “meios de prevenir e obstar a declaração da falência” (rubrica do Título X), instituiu a moratória (art. 107 a 119), a cessão de bens (art. 131), a concordata suspensiva (art. 51 e ss.) e o “acordo extrajudicial com os credores”, também designado concordata preventiva ou extrajudicial (arts. 120 a 130). É notório que a idéia que está por detrás desta última solução é a mesma em que se baseia, com maior sofisticação, a recuperação extrajudicial de que tratam os arts. 161 a 165 da Lei 11.101/2005. E que alguns meios preventivos da falência, contemplados no Decreto de 1890, também foram erigidos em “meios de recuperação judicial”, pela (Lei 11.101/2005, art. 50, I, VII, XI, XIII etc.). (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I: Disposições Preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.)

<sup>63</sup> A quem me pergunta qual a principal inovação trazida pela Lei de Recuperação de Empresas – LRE (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), respondo, sem hesitar, que é o instituto da recuperação judicial. A resposta não é tão óbvia quanto parece. Poderia ser respondido que se trata da recuperação extrajudicial, da nova disciplina da falência, ou dos novos tipos penais. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 98, 2005.)

<sup>64</sup> BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. *Revista do Advogado*, v. 83, p. 8, set. 2005.

## 2.1 O Microssistema da Recuperação Judicial

A delimitação do cenário de estudo está relacionada com a especialização da matéria e com a casuística de exceção do microssistema da Recuperação Judicial.<sup>65</sup> Trata-se de argumentações jurídicas construídas em um cenário de crise econômico-financeira para subsidiar o solucionamento de uma situação específica (ruptura antecipada e sem justo motivo de contato de longo prazo) de uma relação contratual com potencialidade de subsidiar o soerguimento de uma atividade empresarial relevante para o progresso nacional.

Toda a interpretação jurídica construída nesta dissertação é vinculada ao microssistema de insolvência nacional e a ruptura antecipada e sem justo motivo de um contrato idealizado para ser colaborativo (interesse comum). Ainda, que esta ruptura tenha potencial de frustrar o soerguimento da empresa relevante e viável economicamente que esteja em crise temporária.

O cenário do estudo estará sendo contextualizado neste tópico pela importância dada pela Lei de Recuperação Judicial à teoria institucionalista da empresa, pela natureza jurídica da relação negocial na recuperação judicial, pela caracterização da crise tutelada pela lei, pelo reconhecimento da competência do juiz da recuperação judicial para tratar de todos os pontos relevantes ao soerguimento da recuperanda, pela importância da análise consequencialista na recuperação judicial, pelos critérios de eficiência extraídos da Lei de Recuperação Judicial nacional, pela importância para recuperanda de um vínculo contratual de longo prazo, pelos efeitos de uma ruptura contratual sem justo motivo em um cenário de crise, pelo reconhecimento de que o contrato empresarial é um ativo empresarial a ser preservado, pelos desestímulos ao oportunismo e pelo reconhecimento da recuperação judicial como instrumento da política econômica nacional.

---

<sup>65</sup> A ideia de microssistema é resultante de uma construção teórica dos anos 1960, elaborada na Itália por Natalino Irti. Para ele, o crescimento da nomogênese de leis extravagantes, após a redemocratização italiana no final da década de 1940, implicou uma alteração no eixo gravitacional da ordem jurídica: a centralidade do código e a acessoriedade dessas leis extravagantes invertia-se. A setorização do sistema jurídico apresentava-se com tal intensidade que elas perdiam o caráter residual e temporário. As leis especiais, segundo ele, apropriaram-se de matérias anteriormente confinadas aos códigos e, com o passar do tempo, desenvolveram “lógica autônoma” e “princípios orgânicos” próprios. Em um primeiro momento, esses princípios se contrapõem “aqueles fixados no Código Civil e, ao final, logram suplantá-lo de todo”. (RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direito fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 135.)

Para especificação do cenário de estudo este subtópico 2.1 da dissertação está segmentado em onze (11) itens, quais sejam: **2.1.1)** Teoria Institucionalista da empresa na Recuperação Judicial, **2.1.2)** Natureza jurídica da relação negocial na Recuperação Judicial, **2.1.3)** Crise empresarial na Recuperação Judicial, **2.1.4)** Competência do juízo da Recuperação Judicial, **2.1.5)** A análise consequencialista na Recuperação Judicial, **2.1.6)** Os critérios de eficiência da Recuperação Judicial, **2.1.7)** O contrato empresarial de longa duração na Recuperação Judicial, **2.1.8)** A ruptura antecipada e sem justo motivo de contrato empresarial de longa duração na Recuperação Judicial, **2.1.9)** O contrato empresarial de longa duração como ativo da recuperanda, **2.1.10)** Os desestímulos ao uso inidôneo da Recuperação Judicial, **2.1.11)** A Recuperação Judicial e a ordem econômica.

### ***2.1.1 A Teoria Institucionalista da Empresa na Recuperação Judicial***

As políticas públicas devem ser idealizadas a partir de indicadores sociais, econômicos, políticos que sejam factíveis e mensuráveis para que os seus propósitos tenham concretude. As políticas públicas não devem ser declarações dogmáticas e simbólicas de um mundo ideal. As políticas públicas precisam impactar diretamente a vida cotidiana de todo cidadão e por isso devem ser a representação eficiente da análise dos indicadores sociais, econômicos e políticos de uma nação em um determinado período do tempo.

A lei deve guardar consonância com a realidade social e econômica da época em que é elaborada, prevendo estímulos a comportamentos desejáveis no futuro.<sup>66</sup>

Independentemente dos indicadores sociais, econômicos e políticos, é racional reconhecer que as políticas públicas instrumentalizadas pelas leis refletirá o jogo de forças de interesses envolvidos e a tradição jurídica preponderante.

Assim a insolvência é pensada como instrumento de política pública. A especificação do regime jurídico de insolvência é uma decisão de políticas públicas nacionais. A identificação e o reconhecimento do regime jurídico de insolvência definido pelas políticas públicas nacionais importam para o arcabouço hermenêutico para que não ocorra a interpretação de

---

<sup>66</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 21.

regras positivadas a partir de valores jurídicos diversos daqueles adotados pelo regime brasileiro de insolvência.

É salutar discutir acerca da eficiência do regime de insolvência adotada pelas políticas públicas, mas não é pertinente juridicamente interpretar regras positivadas a partir de valores jurídicos que se acredita que deveriam ter permeado a decisão das políticas públicas. A interpretação jurídica das normas positivadas no regime de insolvência nacional não pode ser construída com valores jurídicos de outros regimes de insolvência sob pena de macular a segurança do sistema jurídico instituído.

A hermenêutica jurídica não pode alterar as decisões de políticas públicas de insolvência instituída a partir de um contexto constitucional sob pena de instaurar insegurança em toda a cadeia produtiva da nação.

Os valores do sistema jurídico devem ser o ponto de partida do exercício hermenêutico para que não exista modificação do direito material depois do jogo ter sido iniciado. Os jogadores (credores, trabalhadores, devedor) alicerçam suas decisões com os valores jurídicos postos e que por isso devem ser mantidos no curso do jogo. A segurança jurídica não pode ser mitigada por interpretações pautadas em valores que não compõem o sistema de insolvência nacional.

A especificação do regime de insolvência é sempre estruturada a partir de dois (02) axiomas jurídicos do Direito da empresa em crise que é a instituição de prioridades nos interesses dos credores ou a instituição de prioridades em todos os interesses envolvidos.

O primeiro axioma jurídico está diretamente relacionado com a instituição de um procedimento capaz de maximizar os valores dos ativos para melhor satisfação dos credores. O regime jurídico da insolvência deve ser estruturado em um procedimento coletivo (concurso) para que os interesses dos credores sejam melhor encaminhados em face do déficit patrimonial da empresa em crise.

Esse axioma jurídico sustenta que o procedimento individual de expropriação de bens não é tão vantajoso aos interesses dos credores como é o procedimento coletivo, em face da estruturação institucional de coordenação e cooperação entre os próprios credores. O custo da

ação individual dos credores é maior e apresenta piores resultados em face de que os recursos disponíveis dos credores são escassos (menor do que o valor de todos os créditos) e comuns a todos os credores. A coordenação e a cooperação institucional do procedimento coletivo, para melhor atender os interesses dos credores, é o justo motivo para instituição de um regime de insolvência, segundo este axioma jurídico.

(...) o direito da insolvência é, em seu núcleo, um direito para a cobrança de dívidas. (...) <sup>67</sup>

Acredita-se que os únicos interesses verdadeiramente relevantes sejam os interesses econômicos daqueles que são detentores de crédito financeiro. A reestruturação do passivo financeiro com a realocação dos ativos disponíveis da empresa em crise para os credores seria o único propósito racional de um sistema de insolvência.

Ou seja, qualquer decisão de venda ou reestruturação deve obedecer à simples regra de que o procedimento será mais eficiente se o resultado aos credores for maior. É evidente que isso conduz a um estado de eficiência ex ante: quanto maiores as garantias dadas aos credores antes da insolvência ou da iliquidez, menores os custos de transação relacionados ao curso da atividade da empresa (a taxa de juros, por exemplo) <sup>68</sup>

Nesta concepção, o procedimento de insolvência institui regras positivadas para garantir que os próprios credores decidam os meios que irão melhor atender seus próprios interesses. A hipótese de liquidação total imediata de todos os ativos ou a hipótese de continuidade da atividade empresarial está circunscrita aos interesses dos credores. O procedimento de insolvência será conduzido para o pagamento dos créditos dos credores pela liquidação do ativo ou pelo fluxo de caixa gerado pela manutenção da atividade empresarial.

Nesta concepção, o foco do direito da insolvência seria os interesses dos credores e, portanto, é afastada a concepção de um procedimento redistributivo e se atribuiu pouca ou nenhuma relevância concreta aos efeitos sociais da crise empresarial.

---

<sup>67</sup> JACKSON, Thomas. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Hopkins: Beard Books, 2001. p. 3.

<sup>68</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 209.

O segundo axioma jurídico está relacionado com uma visão holística de todos os interesses impactados pela crise temporária da empresa viável. Trata a crise a partir de seus efeitos externos que estariam muito além dos interesses individuais dos credores.

Eu vejo a falência como uma tentativa de lidar com os múltiplos inadimplementos do devedor e distribuir suas consequências entre um número de diferentes agentes. A falência abrange um número de valores em competição – e às vezes em conflito – quanto a essa distribuição. Em minha opinião, nenhum valor é dominante e, portanto, a política pública da falência deve considerar um conjunto de fatores para dar a melhor resposta à pergunta: como devem as perdas ser distribuídas.<sup>69</sup>

A crise não só é reconhecida como um problema social, mas também é tratada em um procedimento com critérios equânimes e distributivos que envolvem todos os interesses impactados. O procedimento equânime é aquele com paridades de informações (divulgação de informações relevantes aos credores e apresentação aos credores dos motivos da crise) e com mecanismos de acompanhamento e fiscalização. O procedimento redistributivo é caracterizado pelo tratamento dos efeitos da crise com método de internalização de seus custos para que todos os interesses relevantes sejam tutelados.

Nesta concepção, a preservação da empresa é a prioridade. Somente com a preservação da empresa é que todos os interesses envolvidos seriam tutelados. Todos os interesses que gravitam em torno da atividade empresarial são considerados para que se possa perseguir a superação das dificuldades econômico-financeiras que assola a empresa em crise. O propósito é que ao final tenha-se um maior bem-estar social que é representado não só pelo retorno financeiro e econômico aos credores, mas também pela mitigação dos efeitos desastrosos da crise para toda a coletividade de interessados.

Esta contextualização dos axiomas jurídicos do direito da empresa em crise, que são parâmetros para especificação do regime de insolvência em todo o mundo, é importante para identificarmos qual é o axioma preponderante na Lei nº 11.101/2005 para que se possa praticar uma hermenêutica coerente com os valores do sistema jurídico pátrio.

---

<sup>69</sup> WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Eds). *Corporate Bankruptcy*. Economic and Legal Perspectives. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 73-74.

O hermeneuta precisa identificar se a recuperação judicial arregimentada pela Lei nº 11.101/2005 está estruturada para atender prioritariamente os interesses dos credores ou para atender prioritariamente todos os interesses que gravitam em torno da atividade empresarial assolada pela crise econômico-financeira.

A exposição de motivos do procedimento legislativo da Lei nº 11.101/2005 traz de forma incontestável que a norma foi idealizada com as características institucionalistas da sociedade empresária.<sup>70</sup> Não existe um desprestígio aos interesses dos credores, mas os esforços sistêmicos da norma estão voltados para atender todos os interesses impactados pela crise.

Ao contrário, a preocupação do Relator sempre foi alcançar uma visão sistêmica da questão da falência. O texto ultrapassa os limites do mero tratamento da incapacidade de pagamento, buscando na verdade alcançar o equilíbrio entre os direitos e interesses de credores, empregados, fisco e instituições de crédito, sempre sob a ótica da recuperação da empresa e da manutenção da atividade econômica. O novo marco legal surgia inspirado na experiência francesa, que focava como objetivo a recuperação da empresa em dificuldade, preservando o negócio, os empregados e toda a rede de agentes relacionados com a empresa insolvente.<sup>71</sup> (...) A segunda lição histórica que não se pode negligenciar é a de que o interesse social dos mais fracos não é apenas o dos trabalhadores, dos que têm emprego, mas também dos desempregados, dos subempregados e dos excluídos em geral.<sup>72</sup>

O artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 evidencia os parâmetros institucionalistas do procedimento da recuperação judicial ao preceituar que o objetivo é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte

---

<sup>70</sup> A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade. Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento da eficiência econômica – que a lei sempre deve propiciar e incentivar – mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em bunker das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos. É nessa perspectiva que o projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se pretende é dar condições às empresas viáveis de se manterem ativas. (BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p.20.)

<sup>71</sup> BRASIL. Senado Federal. *Relatório do Senado Federal – Lei nº 11.101/2005*. Senador Tasso Jereissati. Brasília, DF, 2005. p. 6.

<sup>72</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 20.

produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.<sup>73</sup>

(...) começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser “Direito da Empresa em Crise”, inspirada, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-RIO, numa “nova filosofia do Direito Concursal”, que pretende garantir não apenas (a) os direitos e interesses do devedor e (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUTENTES, segundo o qual o Direito da Insolvência, que, nos primórdios, era destinada apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais.

<sup>74</sup>

A tutela de interesses impactados pela crise pode ser representada na Lei nº 11.101/2005 pela instituição de classes e subclasses de credores, pela classificação de alguns créditos como não sujeitos à recuperação judicial, pela instituição de incentivos para concessão de novos créditos, pela valorização do conceito do *going concern value*, pelo incentivo à venda dos ativos da recuperanda em blocos/UPIs e pelo incentivo aos procedimentos de conciliação e mediação.<sup>75</sup> O DIP Financing e a impossibilidade de retirada dos bens essenciais da recuperanda<sup>76</sup> também devem ser percebidos como instrumentos que evidenciam as características institucionalistas da Lei nº 11.101/2005.

<sup>73</sup> Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2*. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 27 maio 2009.)

<sup>74</sup> LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. *Revista da EMERJ*, v.1, n. 3, 1998. p. 156.

<sup>75</sup> CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Comentários ao art. 1º. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

<sup>76</sup> Por isso, propomos uma solução de equilíbrio: não se suspendem as ações relativas aos direitos dos credores proprietários, mas elimina-se a possibilidade de venda ou retirada dos bens durante os 180 dias de suspensão, para que haja tempo hábil para a formulação e a aprovação do plano de recuperação judicial. (...) A inspiração para essa solução decorre do disposto no art. 170 da Constituição, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social. Feitas essas considerações sobre a necessária conciliação entre o direito de

A Lei nº 11.101/2005 foi idealizada como instrumento de políticas públicas para fomentar o progresso econômico em uma realidade política e social em que as relações dos agentes econômicos extrapolam os interesses das partes diretamente envolvidas. (contratantes/sócios).

No Brasil, essa evolução histórica caracterizou-se por um dualismo pendular, ora privilegiando-se o interesse pessoal do devedor, ora o dos credores em detrimento de uma visão publicística voltada à preservação da empresa em crise. Esse paradigma, é, indubitavelmente, rompido pela Lei nº 11.101/2005 que afirma, como pedra angular do sistema por ela inaugurado, o princípio da preservação da empresa, tomado a partir de um ângulo publicista, que se liga indissociavelmente ao princípio da função social da empresa. Nessa linha, reconhece-se a importância da empresa para o desenvolvimento econômico e social do país e o fato de que o exercício da atividade empresarial deve contemplar não apenas o interesse dos sócios, mas também dos trabalhadores, credores e consumidores.<sup>77</sup>

É nítido que a Lei nº 11.101/2005 não descuidou da intenção de reduzir os custos financeiros no país ao preservar em vários dispositivos a valorização do crédito. A valorização do crédito que impulsiona o crescimento nacional<sup>78</sup> está preconizada na lei em um sistema que garanta um ambiente favorável para que as empresas viáveis em crise temporária possam soerguer conservando ativos intangíveis e mantendo empregos. O direito da insolvência nacional é concebido em um sistema que concilia os direitos de crédito e de propriedade com a garantia institucionalizada (proteção mínima necessária à eficácia) que os objetivos e a finalidades da Lei nº 11.101/2005 serão concretizados em um procedimento equânime e distributivo.

A decisão no curso do processo de recuperação judicial acerca da manutenção do contrato empresarial de longa duração deve apresentar uma interpretação jurídica consentânea

---

propriedade e a proteção mínima necessária à eficácia do processo de recuperação judicial, (...) Senado federal. Senador Tasso Jereissati. Relatório do Senado Federal – Lei nº 11.101/2005. pg.38.

<sup>77</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da Recuperação Judicial. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 164.

<sup>78</sup> O crédito em sentido econômico, portanto, é a troca de um bem atualmente disponível por uma promessa de pagamento, sendo, deste ponto de vista, uma noção mais ampla do que a noção jurídica do empréstimo. A existência de crédito é fundamental na economia capitalista, servindo para financiar tanto a produção como o consumo. (WALD, Arnoldo Wald; WAISBERG, Ivo. Contrato Bancário. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 41.)

com os valores instituídos pelas políticas públicas<sup>79</sup> que especificaram o regime de insolvência pátrio com as características institucionalistas.<sup>80</sup>

A interpretação consentânea<sup>81</sup> com o regime de insolvência nacional afasta o dogmatismo oitocentista acerca da manifestação de vontade das partes nas relações negociais. A manutenção da atividade empresarial deve ser uma primazia jurídica extraída do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 que norteará a interpretação jurídica na decisão que tratar da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração como meio de soerguimento.

A primeira diretriz a ser seguida, portanto, é que, além dos interesses do devedor, o direito da empresa em crise deve buscar uma organização eficiente de todos os demais interesses, centrando-se na busca da concretização do interesse público (na concepção romana, ou seja, de interesse do povo), expresso nos princípios e objetivos da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da Constituição.<sup>82</sup>

A autonomia da vontade das partes não será desprestigiada, mas estará contextualizada em um regime de insolvência que é um instrumento da política pública nacional que arregimenta o progresso nacional a partir da convergência de múltiplos interesses e de direitos. A interpretação dos regramentos da Lei nº 11.101/2005 deve acomodar os interesses privados do devedor e do credor ao interesse público advindo da atividade empresarial.

Os princípios da função social e da preservação da empresa informam o regime jurídico da recuperação judicial, iluminando as normas materiais e procedimentais que estruturam o regramento desse instituto.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> O direito de insolvência constitui um dos ramos essenciais para promover o desenvolvimento econômico. Banco Mundial. FMI, UCTAD.

<sup>80</sup> Como não poderia ser diferente, a legislação falimentar também sofreu influência da Carta Constitucional de 1988, inclusive passando por uma drástica reforma do estatuto de falências e concordatas ( o antigo Decreto Lei 7.661/1945), que culminou com a edição da Lei Federal nº 11.101/2005 (Nova Lei de Recuperação Judicial e Falências), introduzindo no campo infra-constitucional a necessidade de se atender ao princípio da função social da sociedade empresária, instituto que se tornou praticamente de ordem pública para nortear o instituto da Recuperação Judicial de empresas. (SILVEIRA, Arthur Alves; FERNANDES JR, João A. Medeiros; MEDEIROS, Laurence Bica. Os vetores constitucionais da função social no processo de recuperação judicial. *In*: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 604).

<sup>81</sup> Entre os sistemas de interpretação à disposição do estudioso, sobreleva o método teleológico, de forma a tentar determinar qual a razão que teria levado o legislador a optar por aquele tipo exato de disposição legal. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Recuperação Judicial e o Produtor Rural. *In*: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 38).

<sup>82</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da Recuperação Judicial. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 165.

<sup>83</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da Recuperação Judicial. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 180.

A recuperação judicial é um instituto da política pública de insolvência nacional<sup>84</sup> para concretude do princípio da preservação da empresa e é justamente por isso que a preservação da empresa conforma toda a hermenêutica das decisões judiciais que avaliam a proteção mínima necessária para o soerguimento da recuperanda.

A manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração relevante para a reestruturação econômico-financeira da recuperanda deve ser tida como um ato para salvaguardar o mínimo necessário ao soerguimento. Este argumento é justificado pelo fato de que a recuperação judicial é estruturada com regras substanciais e procedimentos favoráveis a uma solução de equilíbrio<sup>85</sup> das diversas manifestações de vontades (devedor, credores, trabalhadores, etc) impactados pela crise, para que ao final seja possível concretizar os preceitos de crescimento econômico previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

### ***2.1.2 A Natureza Jurídica da Relação Negocial na Recuperação Judicial***

Sabidamente, a manutenção compulsória por decisão do juízo da recuperação judicial é uma imposição judicial nas relações negociais. Neste estudo a argumentação é no sentido de sustentar que a manutenção compulsória (imposição judicial) é um instrumento de incentivo à negociação na recuperação judicial. Para tratar deste incentivo (imposições judiciais) em um contrato empresarial de longa duração, em um cenário de crise, é salutar evidenciar as características da relação negocial entre devedor e credores que acontece no curso do procedimento da recuperação judicial.

---

<sup>84</sup> O artigo fundamenta a opção de política legislativa no que se relaciona à recuperação judicial de empresas em crise econômica ou financeira. Em economias de mercado, a redução de custos de transação constitui medida de exigência da sociedade. A atividade econômica gera empregos, renda e riqueza e sua destruição a perda de benefícios que são distribuídos na sociedade na forma de bem-estar. A alocação de recursos escassos na economia, de outro lado, tem no sistema falencial, o instrumento que, ao prever a reorganização das sociedades (empresa em crise), ou a venda de ativos em bloco, por exemplo, estabelecimentos, e, como opção derradeira, a liquidação do negócio, hierarquiza, no plano de política legislativa, as alternativas que produzem a maximização na alocação de recursos existentes ou criados na sociedade. (SZTAJN, Rachel. Art. 49. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 222.)

<sup>85</sup> Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem. (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124.)

Para entendermos a natureza da relação negocial na recuperação judicial primeiro é salutar evidenciar o contexto das negociações que acontecem fora da recuperação judicial, ou seja, evidenciar as características das negociações eminentemente privadas que ocorrem no livre mercado para termos o contexto das negociações que ocorrem no curso da recuperação judicial.

O fato é que o mercado tem seus próprios fundamentos capazes de regular a “luta entre competidores”.<sup>86</sup> O risco do insucesso empresarial normalmente é tratado pelas forças de mercado, e ele, o mercado, deve acomodar todos os desequilíbrios gerados no curso da produção de produtos e serviços.

A competição econômica é incentivada para que o próprio mercado elimine os agentes que não seriam capazes de administrar e superar as crises que assolam de forma cíclica o mundo. O solucionamento deve ser aquele propiciado pelas forças e interesses que regem o mercado. O mercado estaria sempre estabilizado pelos próprios elementos que compõem a noção de empresário, em que a iniciativa do agente econômico (organização) é indissociável do risco da atividade empresarial.<sup>87</sup>

Os diferentes interesses presentes no próprio mercado estabilizariam a crise de uma atividade empresarial. Naquelas hipóteses em que no livre mercado não fosse identificado nenhum outro empresário que acreditasse na exploração daquela atividade empresarial em crise, a mesma deveria sucumbir. Tem-se aqui o principal axioma do livre mercado capitalista.

Este axioma do livre mercado é real, útil, mas não é absoluto. Não é absoluto por causa das idiosincrasias existentes no livre mercado.<sup>88</sup> Toda a coletividade é prejudicada quando uma empresa viável, em crise conjuntural temporária, com relevância social e econômica não encontra solucionamento no livre mercado.

---

<sup>86</sup> O sistema capitalista impõe a todo aquele que atua no mercado, a adoção do melhor cuidado para que seus negócios caminhem com regularidade; exige constante atenção do empresário para que, dentro dos parâmetros da lei, os seus interesses próprios sejam atendidos e satisfeitos. Não fosse assim, poderia o empresário ser visto como pessoa não apta a gerir seus negócios com eficiência, não preparado, portanto, para permanecer na atividade empresarial. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *A Recuperação Judicial e o Produtor Rural*. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 52.)

<sup>87</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. 2009, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

<sup>88</sup> Não é bem assim, contudo. Quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado não ocorre. Nesse caso, o Estado deve intervir por intermédio do poder judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (dos empregados, consumidores, Fisco, comunidade etc). (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 183).

A empresa viável economicamente que enfrenta dificuldades conjunturais e/ou estruturais nem sempre consegue solucionamento de sua crise temporária no livre mercado porque o jogo de interesses não é cooperativo e não apresenta informações perfeitas e completas.<sup>89</sup>

Na negociação do livre mercado ninguém é obrigado a negociar e ninguém é obrigado a internalizar custos da crise de terceiros, pois o jogo é movido pelos interesses individuais dos jogadores. Na negociação do livre mercado não é obrigatório a participação de todos os credores e não é obrigatório a negociação.

Na reestruturação privada de dívidas<sup>90</sup> os agentes econômicos não têm incentivos racionais para promover a transferência de informações que sejam úteis para negociação. O mesmo desestímulo racional existe para propiciar os meios necessários para avaliação dos ativos da empresa em crise. Assim, existe uma insuperável insegurança acerca da capacidade de soerguimento e do valor dos ativos da empresa em dificuldade econômico-financeira, o que afasta a motivação para a negociação. Esses são desestímulos para uma negociação conscienciosa que estão presentes no mercado e que prejudicam o solucionamento da crise. Não existem estímulos para convergência dos múltiplos interesses envolvidos.

É por este motivo que existem muitas dificuldades para aferir se as propostas são justas e equitativas. Os credores enfrentam muitas dificuldades para aferir se a proposta é melhor do que aquela da falência (teste do interesse dos credores)<sup>91</sup>, ou seja, os credores não têm meios para aferir se a negociação trará melhores resultados do que o valor que receberia em uma liquidação total. Sem ter conhecimento de todas as dívidas e sem ter conhecimento prévio de todos os ativos tangíveis e intangíveis do devedor, o credor não tem meios disponíveis para aferir a viabilidade de uma negociação.

---

<sup>89</sup> “Frases comuns como “Deixe por conta do mercado”, “Venderei a preços de mercado”, “Não se interfere no mercado”, “Tem-se direito a um preço justo de mercado” dão, por si sós, uma clara ideia de que o mercado passou a ser invocado com uma espécie de ênfase teológica, como se ele – o mercado – fosse capaz de determinar naturalmente a própria noção de preço justo. No entanto, (...) o mercado sabe tudo sobre preço, nada sobre valores. (DE LUCCA, Newton. *Teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2001. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.)

<sup>90</sup> SILVA, Fernando César Nimer Moreira. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Orientadora: Rachel Sztajn. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 64.

<sup>91</sup> na legislação americana o minoritário não pode sofrer com uma proposta/plano em que receberia menos do que receberia na liquidação.

A ausência de mercado secundário é um outro desestímulo que afasta a possibilidade da superação da crise por meio das negociações do livre mercado. O mercado deveria se interessar pelas empresas eficientes em crise haja vista que recuperar negócio rentável deveria ser uma ótima opção de investimento. A existência de um mercado secundário traz novas alternativas de ganhos econômico-financeiros fazendo com que os agentes econômicos (devedor e credores) sejam estimulados a negociarem. O mercado secundário atrai novos agentes econômicos com lastros econômico-financeiros que promovem a circulação de riquezas e isso importa para a construção de negociações no livre mercado.

O argumento de que aquele axioma do livre mercado é absoluto esvazia os fundamentos da lei de insolvência no Brasil. Se todas as dificuldades econômico-financeiras vivenciadas pelos agentes econômicos encontrassem as melhores opções para a economia no livre mercado não haveria necessidade de um procedimento de recuperação judicial.

Os solucionamentos encontrados no livre mercado nem sempre são os mais eficientes para o progresso nacional. Existem muitos interesses econômicos, como, por exemplo, interesses concorrenciais, que optariam pela paralisação das atividades empresariais de uma empresa com relevância social e econômica para sua cidade ou para uma região do país.

Nesse sentido, o viés mercadológico da livre concorrência, a depender das práticas da iniciativa privada, pode ser nocivo ao ideal de equilíbrio econômico-social que se propõe. Nesse sentido, há lição que cunha a expressão “crescimento extraordinário” quando se menciona a conquista de mercado baseada em abuso do poder econômico. (...) Em que pese ser o poder econômico um poder legítimo, o Constituinte de 1988 entendeu ser práticas abusivas aquelas que visassem dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros, isto é, o poder econômico não pode se afastar do poder-função, que é o poder exercido para buscar o fim social a que se destina. (ROCHA PAIS, Fernando Domingos, Atuação do conselho administrativo de defesa econômica (CADE) e o controle judicial de suas decisões. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 76/2007.p 85-96, p. 87.<sup>92</sup>

Nem sempre os solucionamentos do livre mercado serão eficientes porque é sabido que os custos advindos da paralisação da atividade empresarial da empresa viável são muito

---

<sup>92</sup> SALMAZO, Rodolfo. (In)eficiência da intervenção do CADE nas operações que acarretam concentração de mercado em ambiente de insolvência. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 109.

maiores do que os custos envolvidos no seu soerguimento.<sup>93</sup> Por outro lado, a recuperação da empresa sempre tem um custo social menor do que a sua liquidação, tendo em vista que a liquidação total não pressupõe necessariamente a preservação da atividade empresarial e sim pressupõe necessariamente a satisfação dos credores pela liquidação dos ativos da empresa.

Os custos sociais estão relacionados com os interesses de toda a coletividade de agentes econômicos que são impactados com a frustração de uma negociação de uma empresa viável com relevância social e econômica. A busca pela convergência dos vários interesses que orbitam a atividade empresarial em dificuldade econômico-financeira, que não aconteceu espontaneamente no livre mercado, impõe a instituição de regras procedimentais para o solucionamento da crise. A recuperação judicial é o instituto de insolvência idealizado para suprir as dificuldades insuperáveis vivenciadas por algumas empresas viáveis em crise temporária nas negociações privadas.

Por tudo isso é que a Lei nº 11.101/2005 implementou uma modalidade de relação negocial (negócio jurídico) capaz de promover a reestruturação econômico-financeira da empresa em crise com o fito de internalizar os altos custos da paralisação da atividade empresarial relevante. A lei está substancialmente atrelada a uma negociação de alta importância socioeconômica que só acontecerá em um procedimento estruturado pelo estado juiz.

A antiga lei de insolvência nacional não tinha nenhuma preocupação com a racionalidade econômica do livre mercado. Havia um desprestígio à racionalidade econômica do livre mercado porque não existia uma diferenciação da crise da empresa viável economicamente daquela crise da empresa inviável economicamente. A crise sem relevância social e econômica tinha o mesmo tratamento da crise empresarial capaz de frustrar o crescimento econômico de uma cidade ou de uma região do país. Como as medidas da antiga

---

<sup>93</sup> Richard Posner aponta importante consequência decorrente da consagração societária da responsabilidade limitada do sócio. Segundo ele a responsabilidade limitada do sócio é uma forma de externalizar as perdas decorrentes do possível insucesso econômico da atividade empresarial. Isto significa que os custos decorrentes da eventual insolvência da sociedade empresária não são suportados apenas pelo patrimônio dos empreendedores (sócios), que se limitam à sua quota, mas também pelos credores (voluntários e involuntários) da pessoa jurídica que, por não poderem exigir tal pagamento do patrimônio dos sócios e, diante da insolvência da pessoa jurídica, suportarão parte dos custos deste fracasso. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Seventh Edition. Aspen Publishers. New York. 2007, p. 424 e segs. citado por CATEB, Alexandre Bueno, PIMENTA, Eduardo Goulart. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 226.

lei de insolvência nacional não tinham nenhuma efetividade no soerguimento da atividade empresarial, tinha-se que todas as empresas em crise temporária, mesmo as economicamente viáveis, estavam fadadas ao insucesso.

A Lei nº 11.101/2005 mudou significativamente este cenário ao tutelar apenas a crise empresarial com relevância social e econômica. A empresa sem viabilidade econômica está sujeita às regras do livre mercado. A nova premissa econômica instituída pela nova Lei de Recuperação Judicial impõe a internalização dos custos da crise somente quando estiver em risco a atividade empresarial com relevância social e econômica.

A recuperação judicial precisa estruturar<sup>94</sup> aquela realidade do livre mercado para que a negociação ocorra em um ambiente propício ao solucionamento da crise da empresa viável. Os efeitos socioeconômicos advindos das relações negociais tratadas na recuperação judicial extrapolam o contexto privado dos interesses dos devedores e dos credores e reverberam efeitos em uma multiplicidade de interesses.

Em qualquer caso, 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.<sup>95</sup>

A alta importância socioeconômica da relação comercial a ser efetivada no curso da recuperação judicial traz complexidade na delimitação da natureza jurídica do procedimento da

---

<sup>94</sup> O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processos*, v. 284, p. 333-369, out. 2018, p. 8).

<sup>95</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 23.

recuperação judicial. É esperado que a superação das dificuldades econômico-financeiras ocorra pelas negociações entre o devedor e uma coletividade de interessados. No entanto, não se trata de uma negociação ampla e irrestrita. Trata-se de uma negociação com regras a serem observadas pelos interessados e com objetivos e finalidades quase sempre conflituosos com alguns interesses individuais.

A recuperação judicial precisa de uma estrutura capaz de envolver os interesses de todos os credores em um cenário em que existam incentivos para manutenção da atividade produtora da empresa viável em crise. É uma estruturação mais complexa com objetivos e finalidades publicistas pré-determinadas.<sup>96</sup>

Na recuperação judicial, a relação negocial é mais formal e está sob um controle institucional (estado juiz e lei). As partes têm liberdade para negociar o plano de recuperação e definir inclusive a ordem de classificação de pagamentos, mas é compulsório a participação dos credores e os credores são obrigados a negociar. Os credores não são obrigados a aceitar os termos da negociação, mas são chamados compulsoriamente para negociação e estão sujeitos ao critério da decisão majoritária.<sup>97</sup>

A estrutura da relação negocial na recuperação judicial limita a autonomia de vontades das partes como um meio de estruturar uma negociação capaz de propiciar benefícios a todos os interesses impactados pela crise. É um procedimento idealizado a partir do reconhecimento dos obstáculos insuperáveis em um ambiente de negociação totalmente livre de regras e que tem o propósito de dar concretude aos valores sociais prevalecentes no direito da empresa em crise.<sup>98</sup>

Valores sociais que buscam eficiência além dos interesses individuais dos credores e dos devedores porque o interesse de toda coletividade é pela continuidade da atividade empresarial. A pretensão de convergência de múltiplos interesses colidentes ou conflituosos caracteriza a vertente publicista da recuperação judicial.

---

<sup>96</sup> A corrente institucionalista, portanto, realça o aspecto publicístico da empresa e, em sua evolução interna, marcha ao reconhecimento da pluralidade de interesses por ela evolvida e que contribui para a formação do interesse social. (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 28).

<sup>97</sup> Na recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob controle da Justiça, os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. (BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 –Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 20).

<sup>98</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 –Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 21.

Acredita-se que o interesse público, definido como aquele que abrange os interesses de todos que têm participação financeira ou de qualquer outra natureza na empresa em crise, deve ser considerado em todos os casos de reorganização.<sup>99</sup>

As discussões acerca da natureza jurídica da recuperação judicial transitam entre os institutos de direito privado e de direito público. Jorge Lobo<sup>100</sup> identifica que a natureza jurídica da recuperação judicial está elencada entre as matérias tratadas pelo ramo do direito econômico, que estaria em uma zona intermediária entre o direito eminentemente privado e o direito eminentemente público.

O procedimento da recuperação judicial está adstrito aos critérios de eficiência do soerguimento e não aos critérios dogmáticos de Justiça, justamente pela presença de condicionamentos normativos que primam pela concretude dos objetivos e das finalidades da lei. Os objetivos e as finalidades da recuperação judicial buscam a tutela dos múltiplos interesses impactados pela crise da recuperanda.

A tutela dos múltiplos interesses está envolvida com o equilíbrio de todos os interesses, o que impõe eventualmente a superação de interesses individuais. Em face da busca do equilíbrio é que existe a expectativa de que o procedimento da recuperação judicial seja solucionado pelo encontro racional de perdas e ganhos que só pode acontecer em um ambiente institucionalizado.<sup>101</sup> O equilíbrio de interesses é pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks para que eventuais perdas sejam compensadas. Trata-se do jogo de perdas e de ganhos. A superação dos eventuais interesses individuais será compensada pelos frutos advindos do crescimento econômico e da maior mobilidade no ambiente de negócios.

---

<sup>99</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedades por ações: O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 333.

<sup>100</sup> LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173-179.

<sup>101</sup> A recuperação judicial requer um sacrifício equitativo dos interesses imediatos dos credores, em benefício da sociedade e, numa óptica mais ampla, deles mesmos. (OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizzi. *Penhora de Quotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada em Recuperação Judicial: uma análise do Projeto de Lei n. 10.220/2018*. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 341).

A estruturação da relação negocial supera os eventuais interesses eminentemente individuais, pois é reconhecido que todos tem interesses individuais racionais no sucesso da recuperação judicial. É racional economicamente (a racionalidade econômica prevê e afasta o oportunismo) reconhecer que a empresa devedora e seus administradores/sócios têm interesse na viabilização do negócio, na maximização do seu patrimônio e em evitar a falência. Os credores têm interesse no aumento da expectativa de recebimento dos créditos, na manutenção dos negócios e na criação de novos negócios. Os trabalhadores têm interesse na manutenção do emprego, no pagamento dos créditos atrasados e na regularidade dos pagamentos dos salários futuros. A fazenda pública tem interesse na arrecadação de créditos atrasados e principalmente na geração de novos créditos futuros.

A relação negocial da recuperação judicial deve harmonizar todos esses interesses e afastar o risco moral e o oportunismo (incentivos perversos) por meio da criação de instrumentos de coordenação e acompanhamento. Os instrumentos de coordenação e acompanhamento instituem incentivos e punições que favorecem a um tipo de negociação que privilegia o bem-estar da coletividade. Os incentivos e as punições instituídas pela Lei nº 11.101/2005 são as regras normativas. As regras normativas da Lei de Recuperação Judicial interferem no comportamento dos agentes econômicos (credores e devedores) para que seus objetivos e suas finalidades sejam alcançados.

Importante elencar as principais regras instituídas pelo procedimento da recuperação judicial para evidenciar que a negociação é estruturada por critérios de incentivos e punições que têm a capacidade de interferir no comportamento dos agentes econômicos impactados.

Primeiro a lei instituiu regras para limitar o acesso à recuperação judicial para apenas um grupo de agentes econômicos que apresentassem alguns requisitos. Existem regras que instituíram legitimados e condicionaram requisitos. Existem previsão na lei de requisitos ao pedido e ao deferimento do processamento da recuperação judicial como meio de identificar aquelas empresas em crise que merecerem atenção da coletividade. É o caso da obrigatoriedade de comprovação da regularidade do empresário pelo tempo mínimo de 02 (dois) anos e das outras hipóteses do artigo 48 da lei.

Apesar da lei não exigir a comprovação de requisitos materiais econômicos para caracterização da crise econômico-financeira, é fato que existe uma delimitação das situações

de dificuldades que terão a atenção do estado-juiz justamente pelas medidas extremas que devem acontecer para o solucionamento da crise. É nesse mesmo sentido que o artigo 49 da lei institui um marco para verificação dos créditos que devem/podem ser negociados no curso da recuperação judicial.<sup>102</sup>

A Lei de Recuperação Judicial tratou de vários critérios para afastar o uso inidôneo da recuperação judicial.<sup>103</sup> Não é uma carta em branco que pode ser utilizada para atendimento de interesses particulares e muito menos para atender interesses de devedores que tragam malefícios à coletividade.

O princípio da preservação da empresa é normalmente utilizado para subsidiar a manutenção da atividade empresarial, mas deve também ser utilizado para afastar o uso inidôneo da recuperação judicial. A ausência de viabilidade econômica da empresa, como, por exemplo, a constatação de descumprimento do plano<sup>104</sup>, a ausência da manutenção de empregos, a ausência de estímulo à atividade econômica, a ausência de produção de bens e serviços e a paralisação das atividades empresariais<sup>105</sup>, enseja o indeferimento do processamento da recuperação judicial e/ou a decretação da falência.

---

<sup>102</sup> SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao art. 49. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 306. Finalmente, cabe esclarecer que o STJ, no julgamento do Tema Repetitivo 1.051, confirmou que a data do fato gerador do crédito determina sua existência – anterior ou posterior ao pedido. (...) Para tais casos, é a data de origem do crédito, independentemente de quando foi declarado judicialmente, como a constituição do título executivo, que prevalece para efeitos de submissão.

<sup>103</sup> No mesmo sentido, Rachel Sztajn diz que “os 2 anos exigidos na norma servem para inibir que oportunistas ou pessoas ávidas por riscos se beneficiem do sistema de recuperação, ganhando tempo para dominarem os procedimentos necessários no exercício da atividade empresarial. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Recuperação Judicial e o Produtor Rural. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 39).

<sup>104</sup> Não havendo dados objetivos que permitam supor que a agravante tenha condições de superar sua crise no regime da recuperação judicial, mas, pelo contrário, evidenciada sua incapacidade para cumprir o plano preestabelecido, de manter-se a sentença que convolou a recuperação judicial em falência. Agravo conhecido e improvido" (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0021377-86.2007.8.26.0000*. Relator: Des. Lino Machado, 28 maio 2008).

<sup>105</sup> Não basta distribuir pedido de recuperação de empresa para obter, automaticamente, do Juízo, o despacho de processamento. Há que se ter alguma substância mínima, que, no caso, infelizmente, não há. Da definição legal de empresário constante do art. 966 do CC, colhe-se o aspecto essencial: só há empresário e, de conseguinte, empresa, se houver exercício de atividade econômica. Trata-se de verdadeiro requisito para a caracterização da empresa: sem exercício de atividade econômica não há empresa. Ora, como se pode inferir da leitura dos documentos encartados no processo, atualmente, nenhuma atividade operacional é exercida: não há mais empresa. Sem exercício da atividade não há o que se preservar. Apelação não provida" (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0334565-05.2009.8.26.0000*. Relator: Des. Romeu Ricupero, 15 dez. 2009.)

A jurisprudência, subsidiada pelo princípio da preservação da empresa, consolidou o entendimento de que a recuperação judicial não pode ser utilizada como estratégias empresariais individualistas.<sup>106</sup> O posicionamento da doutrina também é unânime quanto ao cumprimento das regras que tratam dos requisitos para o acesso à recuperação judicial para que os objetivos e as finalidades da Lei nº 11.101/2005 sejam observados.

O dispositivo legal, por meio da imposição do objetivo da preservação da atividade à recuperação judicial, impede, além disso, que o instituto da recuperação judicial seja utilizado pelos agentes econômicos em detrimento dos objetivos para os quais foi concebido. Seu desvirtuamento poderá ocorrer nas hipóteses em que o devedor procura a recuperação judicial para garantir a transferência patrimonial sem sucessão em detrimento dos credores extraconcursais ou com prejuízo da continuidade da atividade, com a extinção de todos os postos de trabalho, etc.<sup>107</sup>

As previsões do parágrafo 4º do artigo 52<sup>108</sup> que determinam que depois da decisão de processamento não pode haver desistência sem anuência dos credores tem o intuito de desestimular o agente econômico a utilizar de forma inidônea a recuperação judicial. O parágrafo 4º do artigo 52 é um exemplo significativo da estruturação processual da lei para desestimular que o devedor utilize impunemente a recuperação judicial.

A possibilidade de incentivos perversos mereceu atenção da lei de insolvência nacional. Essa atenção fica mais evidente na instituição de infrações penais, como, por exemplo, a fraude a credores, a contabilidade paralela, a violação de sigilo empresarial, a divulgação de informações falsas, a indução a erro e o favorecimento de credores.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> (SÃO PAULO (Estado). *Agravo de Instrumento nº 0052803-43.2012.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Francisco Loureiro, 18 set. 2012.

<sup>107</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 247.

<sup>108</sup> Lei nº 11.101/2005 - Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...)§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores. (BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.)

<sup>109</sup> A verificação do cumprimento desses deveres e a punição em caso de descumprimento tendem a acarretar uma proteção, ainda que indireta, a entes afetados pela crise empresarial, mas que não têm, no sistema estruturado pela Lei de Recuperação e Falência, voz ativa nos procedimentos de recuperação. CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedades por ações: O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 347.

Percebe-se claramente que as regras e os condicionamentos já existem para o acesso à negociação estruturada o que afasta as semelhanças com a ampla autonomia das partes em negociação no livre mercado. Nem todos estão aptos a este tipo de negociação.

Existem regras que impactam especificamente o devedor. O procedimento estruturado impacta o devedor que se vê sujeito aos eventuais meios de soerguimento (artigo 50). O devedor pode ser compelido a aceitar as ingerências societárias e negociais; o eventual plano de recuperação judicial proposto pelos credores; os efeitos da falência, inclusive na pessoa dos sócios; os efeitos da inclusão no registro da Junta Comercial como empresa em recuperação judicial; as obrigações de prestar contas de suas atividades ao juízo e ao Ministério Público e as limitações dos atos de negócios como é o impedimento de alienação e oneração de bens.

A partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor perde sua autonomia patrimonial e apenas poderá alienar ou onerar seus bens do ativo permanente com autorização judicial e após ouvidos os credores, caso essa alienação não tenha sido submetida à aprovação dos credores no plano de recuperação judicial (art. 66). Não poderá, inclusive, satisfazer suas obrigações vencidas, com o pagamento de uma parte dos credores, exceto se houver aprovação dos credores no plano de recuperação judicial (art. 172).<sup>110</sup>

Existem regras que impactam especificamente o credor. A regra que impõe medida extrema à relação com o credor é a paralisação de todas as ações de execução e cobrança movidas pelos credores por um tempo que seja necessário para que a negociação ocorra em um ambiente menos conflituoso. Também é uma imposição institucionalizada que tem a finalidade de incentivar a cooperação dos credores, que não terão meios para receber seus créditos que não seja por meio de uma negociação ou de uma liquidação total (falência). Medida drástica, mas, necessária para que exista ponderação acerca de todos os direitos envolvidos.

Existe também regra acerca da suspensão da prescrição dos créditos sujeitos a recuperação judicial. Essa é uma medida drástica que impacta diretamente a relação de crédito e supera os ditames preceituados pela norma civilista. A superação dos preceitos do direito privado encontra subsídio na manutenção da atividade empresarial como objetivo da recuperação judicial.

---

<sup>110</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 238.

A relação negocial da recuperação judicial promove a alteração dos termos contratuais compulsoriamente para evitar que apenas um credor idiossincrático possa colocar em risco a mitigação dos maléficos efeitos da paralisação da atividade empresarial. É racional presumir a existência de dificuldades de um acordo com todos os credores. A ausência de um credor, desde que seja um credor significativo, pode frustrar toda negociação com intenção de soerguimento da empresa em crise em face de possíveis bloqueios e alienação forçada de ativos importantes.

O critério majoritário de aprovação do plano na Assembleia Geral de Credores impõe a vontade da maioria dos credores sobre a minoria dissidente ou ausente. O credor dissidente ou ausente na aprovação do plano terá sua relação contratual alterada compulsoriamente, ou seja, sem a sua expressa anuência. Paradigma jurídico conflituoso que envolve os direitos potestativos à manutenção das condições contratuais frente aos efeitos impositivos de uma novação a partir da decisão majoritária manifestada na Assembleia Geral de Credores. O interesse da coletividade de credores limita os interesses individuais, ou seja, limita a autonomia privada para que o bem-estar coletivo seja alcançado.

É razoável perceber a gravidade da alteração compulsória de um contrato empresarial. É medida extrema e que só pode ser justificada pelas características publicistas (multiplicidades de interesses) da recuperação judicial que tem o propósito de contribuir com o crescimento econômico da nação. É uma medida de extrema gravidade jurídica que só pode ser admitida pela função socioeconômica da recuperação judicial e não encontra amparo legal fora da recuperação judicial. Fora da recuperação judicial é onde a informalidade e a ampla liberdade devem prosperar.

Justamente pelo reconhecimento das medidas extremas, que não são acomodadas pelas livres e informais relações arregimentadas fora da recuperação judicial, é que existe a previsão de regras de direito material e processual que especificam as hipóteses e as condições em que a empresa em dificuldade terá a tutela do estado para se recuperar.

Superada as regras de acesso e de impactos diretos nos interesses do devedor e dos credores, é salutar evidenciar que a lei institui procedimentos com o fito de alcançar um resultado com conteúdo substancial. Estas regras substanciais transparecem que a relação negocial deve atender aos critérios do *par conditio creditorum* para que uns credores não sejam beneficiados em detrimento de outros. Este é um critério de cooperação institucionalizada para

impedir tratamento diferenciado entre credores com crédito da mesma natureza (classe de credores) e para impedir que os credores que primeiro exigirem seu crédito sejam beneficiados em detrimento da coletividade de credores. Existem regras para um tratamento mais equânime entre os credores da mesma classe. Esta cooperação institucionalizada na recuperação judicial traz equidade para os credores em situação jurídica semelhante.<sup>111</sup> Existem outros incentivos ao comportamento cooperativo (ex: suspensão das execuções e perda da autonomia patrimonial)<sup>112</sup> na lei para que seja possível ter expectativas concretas com seus objetivos e com suas finalidades.

O cenário estruturado da recuperação judicial promove uma cooperação institucionalizada (que não aconteceu de forma espontânea pelas leis do livre mercado) que também é perceptível na participação ativa do credor para evitar o egoísmo nas decisões do devedor, na legitimidade dos credores para tomadas de decisões na AGC, nas regras claras e previamente definidas, na manutenção dos contratos firmados antes da decisão de processamento da recuperação judicial, na manutenção das garantias já contratadas, na possibilidade de instituição do comitê de credores, no critério de valor e presença que dificulta o oportunismo de determinados credores que poderiam recusar a aprovar o plano se não tivessem um tratamento especial, na possibilidade de decretação da falência que é tida como um incentivo à negociação, na homologação judicial do plano que traz segurança jurídica à vontade da maioria em novar as dívidas da recuperanda, na previsão de que o devedor permanece no controle da empresa acreditando que é quem mais conhece dos métodos de produção, do mercado e do relacionamento com fornecedores e clientes e isso seria motivo de mitigar novos e grandiosos custos de transação. Ainda, na possibilidade de novos investimentos, na possibilidade de privilégios aos novos investimentos e aos fornecedores e trabalhadores que continuarem acreditando na recuperanda, nos novos financiamentos, na previsão do *stay period*, na impossibilidade de retirada dos bens essenciais no período de 180 dias, na possibilidade do parcelamento dos créditos tributários, na possibilidade de não sucessão trabalhista e tributária

---

<sup>111</sup> Assim, não se deve permitir que os bens da massa falida sejam penhorados para pagamento de credores trabalhistas específicos, que obtiveram mais rapidamente suas sentenças judiciais, por terem contratado melhores advogados ou por terem tido mais sorte no andamento de seu processo. Se prevalecer essa situação, os maiores prejudicados serão os demais trabalhadores, que poderão ver sua perspectiva de recebimento diminuída sobremaneira. Por isso é que, muito embora prevaleça a competência constitucional da Justiça do Trabalho para julgar conflitos derivados da relação de emprego, o juiz que reconhecer o crédito trabalhista deverá determinar sua inscrição no quadro geral de credores da falência, para que não haja tratamento injustificadamente diferenciado entre os empregados da sociedade recuperanda. Senado federal. Senador Ramez Tabet. Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003. pg.21.

<sup>112</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 239.

dos ativos alienados conforme os ditames da norma e na caracterização de natureza salarial dos créditos trabalhistas que não ultrapassem o valor de 150 salários mínimos.

A assimetria de informação que impera na negociação no livre mercado é tratada na Lei nº 11.101/2005. Exigências legais devem ser cumpridas pelo devedor para garantir aos credores o acesso à informação. Essa estruturação para mitigar a assimetria de informação é perceptível, por exemplo, na obrigação de apresentar o balanço patrimonial, a demonstração de resultados acumulados, a demonstração do resultado desde o último exercício social e o relatório gerencial de fluxo de caixa da empresa e sua projeção. São acervos documentais que devem possibilitar que os credores analisem a viabilidade do plano e da própria recuperanda. A análise de viabilidade do credor é feita a partir da capacidade de pagamento e da estrutura econômico-financeira da recuperanda necessária ao soerguimento.

A relação negocial cooperativa na recuperação judicial é estruturada para alcançar o equilíbrio de forças e interesses. O equilíbrio de forças exige uma negociação estruturada por procedimentos previamente estabelecidos que devem ser devidamente acompanhados pelo estado juiz, como pode ser constado pelos preceitos do § 3.º e do art. 56<sup>113</sup>.

Existe um cenário estruturado para buscar o equilíbrio entre o direito de propriedade e as necessidades mínimas para o soerguimento. Isso é perceptível na análise conjunta dos preceitos da lei que tratam de alguns créditos não sujeitos (credores proprietários)<sup>114</sup> e na previsão de suspensão temporária de retirada dos ativos essenciais ao soerguimento da recuperanda, mesmo quando o ativo é de propriedade de terceiro interessado. Uma dialética entre os preceitos do artigo 6º, § 4º e do artigo 49, § 3º da Lei de Recuperação Judicial.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Artigo 56 (...) § 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

<sup>114</sup> Lei nº 11.101/2005 - Artigo 49 (...) § 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 retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.)

<sup>115</sup> Embora não se cuide matéria regulada no dispositivo ora em comento, não se poderia deixar de fazer menção aos créditos estudados, previstos no art. 49, § 3º, da LRE, e aos decorrentes da ACC (adiantamento de contratos de câmbio). Uns e outros, com já foi dito, não são afetados pela recuperação judicial. Quanto aos primeiros, relativos aos credores proprietários (em razão, por exemplo, de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil),

As consequências externas ao contrato que podem impactar a disponibilidade de crédito ou onerar o crédito disponível no mercado também foram tratadas na estrutura desta relação negocial. A lei privilegiou a manutenção das garantias contratuais ao ter exigido a anuência expressa do credor quanto a eventuais alterações destas garantias. A lei prevê a anuência do credor individual, mitigando o critério majoritário da AGC, na expectativa de privilegiar o crédito no cenário de negócios.

A autonomia privada, que é vista quase sempre relacionada com a autonomia dos credores, nesta relação negocial é privilegiada com a legitimidade exclusiva dos credores na aprovação do plano, na possibilidade de apresentação de plano alternativo, na anuência expressa e específica para substituição de garantias reais.

A estruturação da relação negocial a partir das ponderações de forças e de interesses também é perceptível na previsão de que não haverá sucessão na alienação de ativos da recuperanda; na previsão de que alguns contratos não são sujeitos a recuperação judicial; na manutenção dos termos previamente acordados, no não vencimento antecipado de dívidas pendentes<sup>116</sup>, na sujeição das multas contratuais na recuperação judicial, na preferência de pagamento dos créditos reais frente ao fisco, na previsão de limites dos créditos trabalhistas, na superioridade do crédito trabalhista de natureza salarial e na votação por cabeça na classe dos trabalhadores.

A lei pressupõe que em condições normais de mercado não acontecerá a superação das dificuldades econômico-financeiras justamente porque pressupõe que os grupos de credores não são grupos homogêneos capazes de se auto-organizarem e que não tomam decisões para maximizarem o bem-estar coletivo.

Existirá homogeneidade no grupo quando existir alinhamento dos interesses individuais de todos os envolvidos. A homogeneidade no grupo reflete em uma decisão coletiva

---

“prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”. A única restrição é que durante o prazo de suspensão, não se permitirá a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74).

<sup>116</sup> Em resumo, por força do art. 49, caput e § 2º, c/c os arts. 77, 117 e 124, da LRE: [...] 2º) as obrigações pecuniárias do devedor não se vencem com o ajuizamento, nem com o deferimento do processamento da ação, tampouco, como a concessão da recuperação judicial; e...[...]. (LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191).

que alcança e tutela as expectativas individuais de todos os credores. A natural ausência de homogeneidade nos grupos de credores no livre ambiente de negociação impõe que a relação negocial seja estruturada e acompanhada pelo estado juiz.

Para tanto a relação negocial da recuperação judicial condiciona comportamentos racionais ao juízo, ao administrador judicial (art. 21), ao comitê de credores (art. 26), ao gestor judicial (at. 65), aos potenciais compradores da empresa, aos outros participantes do procedimento concursal (art. 50), aos credores e ao próprio devedor para que possa existir convergência de interesses em benefício do bem-estar coletivo. Na recuperação judicial existe uma limitação de comportamentos para que todos os envolvidos sejam incentivados a negociar uma solução.

Para que essa crise pudesse ser superada coletivamente, limitaram-se os comportamentos tanto dos credores quanto do devedor, de modo que ambos fossem incentivados a negociar uma solução.<sup>117</sup>

A negociação acontece dentro de um formato institucional (prazo de negociação, prazo para apresentação do plano, AGC como ambiente de votação, critérios para conferência ou impugnação dos valores a serem negociados, instituição de conselho fiscal obrigatório para empresas de capital aberto<sup>118</sup> etc.) que é condicionado ao cumprimento de inúmeras primazias jurídicas (*par conditio creditorium*, preservação da empresa, etc) para que ao final seja garantido os efeitos socioeconômicos (preservação da produção, do emprego e do crédito) que não puderam ser alcançados em uma livre negociação do ambiente de mercado.

Tem-se inaugurado com a Lei nº 11.101/2005 uma visão processualista da negociação entre devedor e credores em busca de um solucionamento (resultado da negociação) que deve atender obrigatoriamente os objetivos e as finalidades previamente instituídos pela norma. A obrigatoriedade com os objetivos e com as finalidades da recuperação judicial é motivado pelo fato de que o ganho social é maior do que a eventual perda individual dos credores ou do devedor.

---

<sup>117</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 238.

<sup>118</sup> Lei 11.101/2005 (...) Art. 48-A. Na recuperação judicial de companhia aberta, serão obrigatórios a formação e o funcionamento do conselho fiscal, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, enquanto durar a fase da recuperação judicial, incluído o período de cumprimento das obrigações assumidas pelo plano de recuperação. (BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.)

A negociação estruturada da recuperação judicial promove um melhor ambiente de negócio e com mais segurança jurídica (homologação judicial do plano aprovado pelos credores) justamente por causa da instituição de regras e de procedimentos institucionais.

A relação negocial estruturada pela recuperação judicial está voltada primordialmente aos efeitos da crise e não aos interesses individuais do devedor ou do credor. A lei de insolvência está voltada para a mitigação dos custos sociais advindos da crise empresarial justamente porque o devedor e ou credores não conciliaram espontaneamente (*workout*) os seus interesses individuais. A crise empresarial, como fenômeno social, não é devidamente tratada no mercado que primordialmente está voltado aos interesses individuais dos agentes econômicos.

O aparato jurisdicional da recuperação judicial tem a pretensão de alinhar os incentivos corretos à cultura empresarial para minimizar as perdas advindas da paralisação da atividade empresarial. O procedimento da recuperação judicial é idealizado para buscar a viabilidade econômica do plano e da atividade empresarial por meio de um ambiente eficiente para tomada de decisões úteis ao soerguimento.

A aplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 deve partir do reconhecimento do hermenêuta de que a recuperação judicial instaura uma negociação em um cenário fiscalizado com vários condicionamentos e com primazias jurídicas<sup>119</sup> que não podem ser desrespeitadas pelos negociantes.

---

<sup>119</sup> Princípios adotados na análise do PLC nº 71, de 2003, e nas modificações propostas. (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial: é preciso punir com severidade os crimes

A natureza jurídica da relação negocial na recuperação judicial deve espelhar o procedimento instituído pela Lei nº 11.101/2005 que não preconizou uma livre (todos são obrigados a negociar), ampla (existem regras que precisam ser observadas) e irrestrita (tem princípios que não podem ser superados) negociação.

As interpretações jurídicas acerca da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração fundamental ao soerguimento, quando feita em um cenário de negociação estruturada, devem sempre estar pautadas nestas diretrizes existentes na própria Lei nº 11.101/2005. Os condicionamentos e as regras instituídos pelo procedimento da recuperação judicial dizem muito sobre as características da negociação.

Perceptível que a negociação é estruturada em um formato institucional que condiciona comportamentos, com regras de acesso e de mitigação do seu uso inidôneo, com impactos aos interesses do devedor, com impactos aos interesses dos credores, com critérios que favoreçam a cooperação e a transmissão de informações, para que ao final exista um equilíbrio de forças e interesses.

Assim, a recuperação judicial é estruturada pela lei em uma vertente negocial e em uma vertente processual que estão acopladas para tornar possível a reorganização da empresa economicamente viável.<sup>120</sup> Não é a mesma liberdade negocial que existe na negociação do livre mercado. Existem condicionamentos e regras para que os interesses que não foram acomodados espontaneamente sejam incentivados a acontecerem no curso da recuperação judicial para que toda a coletividade seja beneficiada.

A manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração, devidamente fundamentado com os parâmetros objetivos e pragmáticos, é um instrumento de incentivo a

---

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. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 –Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 29.)

<sup>120</sup> Os §§ 2.º e 3.º do art. 56 (além de outros dispositivos) revelam que a Lei, embora tenha claramente se filiado ao sistema da negociação entre devedor e credores (structured bargaining), afastando-se do modelo de índole fortemente processualista adotado pelo Dec.-lei de 1945, mantém um processualismo ingênuo ao regular o processo de negociação, olvidando os aspectos econômicos que o envolvem. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 276).

negociação das partes. A decisão que determinar a manutenção compulsória apenas impõe a continuidade do cumprimento das obrigações recíprocas da relação contratual, mas não resolve a negociação quanto ao tempo e quanto ao valor do contrato, por exemplo. A decisão de imposição da manutenção do contrato instaura um novo incentivo para que as partes possam acomodar seus interesses em benefícios da coletividade.

O procedimento da recuperação judicial condiciona comportamentos para o equilíbrio dos múltiplos interesses impactados. Em uma visão econômica e pragmática, é racional ter a expectativa que os agentes econômicos (contratante) serão movidos pela maximização de seus interesses sem ter uma preocupação com os interesses da coletividade. O necessário equilíbrio de todos os interesses impactados, superando os interesses individuais e os eventuais conflitos de interesses, precisam ser condicionados no curso da recuperação judicial, como, por exemplo, pela manutenção compulsória de contrato fundamental ao soerguimento da recuperanda.

Perceptível que os vários procedimentos exemplificados neste subtópico 2.1.2 condiciona compulsoriamente uma negociação estruturada, no sentido que as negociações devem acontecer dentro de parâmetros previamente instituídos vinculados ao cumprimento de objetivos e finalidades especificadas pela lei.

Existe uma racionalidade econômica que evidencia que os agentes econômicos são impactados pelos incentivos institucionais o que leva a conclusão de que os contraentes podem ser incentivados à negociação, mesmo que seja por medidas judiciais impositivas. A decisão judicial que determinar a manutenção compulsória de contrato fundamental para a superação da dificuldade econômico-financeira da empresa viável é um incentivo para que os interesses individuais sejam realinhados em um sistema de perdas e ganhos.

### ***2.1.3 A Crise Empresarial na Recuperação Judicial***

Para tramitação de uma recuperação judicial existe a necessidade de transpor pressupostos subjetivos e objetivos instituídos pela Lei nº 11.101/2005 visto que o procedimento de insolvência provoca drásticas alterações nas relações contratuais já estabelecidas. Os pressupostos subjetivos e objetivos são filtros para o uso eficiente do procedimento estruturado da recuperação judicial, afastando inclusive as eventuais situações de oportunismos de agentes econômicos.

O pressuposto subjetivo no ordenamento pátrio está relacionado com o interesse do devedor. A legitimidade para requerer o processamento da recuperação judicial é exclusiva da sociedade empresária em crise. A legitimidade não é ampla para toda e qualquer sociedade empresária, mas apenas para as sociedades empresárias em crise e que cumpram as exigências do artigo 48.<sup>121</sup> A legitimidade processual para requerer o processamento da recuperação judicial é para sociedade empresária em crise que exerça regularmente a atividade empresarial por mais de dois (02) anos, que não tenha obtido a concessão de recuperação judicial há pelo menos cinco (05) ou oito (08) anos para microempresas e empresas de pequeno porte, que não seja falida e que não tenha condenação por crimes concursais.

O pressuposto objetivo é o estado de crise econômico-financeira da sociedade empresária. Não deve existir deferimento de recuperação judicial sem a caracterização da crise momentânea da sociedade empresária viável economicamente.

O fato é que a Lei nº 11.101/2005 não instituiu requisitos materiais econômicos para caracterização da crise que teria seus efeitos condicionados na recuperação judicial. Essa temática fica em aberto e recebe pouca ou nenhuma preocupação dos envolvidos no curso da recuperação judicial. Os requisitos materiais previstos no artigo 48 não são requisitos materiais econômicos da crise. Por exemplo, a lei poderia ter instituído que a crise seria tutelada quando o total do passivo tivesse superado um determinado percentual do total dos ativos ou quando o patrimônio líquido atingisse um valor predeterminado. O fato é que não foi instituído parâmetros econômicos para definição da crise empresarial a ser tutelada no procedimento da recuperação judicial.

No entanto, é sabido que para evidenciar o estado de crise econômico-financeira da sociedade empresária a lei exige a exposição das causas da crise, a relação completa de credores, a relação dos empregados e débitos pendentes, os extratos bancários atualizados, as certidões

---

<sup>121</sup> 6. Requisitos da recuperação judicial. (...) a recuperação pressupõe um requisito positivo, quatro requisitos negativos permanentes e um requisito negativo transitório. Com efeito, são requisitos da recuperação judicial (art. 48): a) um requisito positivo: exercício regular de atividade há mais de dois anos; b) quatro requisitos negativos permanentes: 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 (Microempresa ou de pequeno porte); IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei; c) um requisito negativo transitório: não se proibido de requer concordada nos termos da lei de Falência no dia da publicação (art. 198). (BENETI, Sidnei Agostinho. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 230-231.)

de cartórios de protesto, a relação das ações judiciais em que for parte, as demonstrações contábeis dos três (03) últimos exercícios, as demonstrações contábeis levantadas exclusivamente para instruir a recuperação judicial, a apresentação de balanço patrimonial e de demonstrações de resultados.

São estas exigências e requisitos que devem evidenciar a crise tutelada pela recuperação judicial. O processamento da recuperação pressupõe que a sociedade empresarial esteja em crise. Pela análise sistemática da lei percebe-se que o estado de crise da empresa é primordialmente aferido e avaliado na decisão de processamento (juiz) e na aprovação ou rejeição do plano (credores).

Pressupõem-se, para utilização do instituto, que a atividade esteja acometida por uma crise econômico-financeira. Esse estado de crise não pressupõe o inadimplemento já ocorrido das obrigações. A crise econômico-financeira se caracteriza quando o devedor, ainda que transitoriamente, não possua recursos financeiros disponíveis para satisfazer uma prestação vencida ou vincenda, ainda que seus ativos permanentes sejam suficientes para a satisfação de todo o passivo.<sup>122</sup>

A crise econômico-financeira preceituada pela lei é aquela situação em que existe obstáculos para operação produtiva empresarial (capacidade de operar) que podem levar a paralisação da atividade. A crise financeira está relacionada com a capacidade de pagamento do caixa e a falta de disponibilidade de moeda (ou crédito) para cumprir com as obrigações vencidas ou vincendas.

Muito se discute na doutrina acerca dos motivos e do “conceito” (tipos)<sup>123</sup> de crise empresarial. A crise empresarial passa pelas delimitações doutrinárias de insolvabilidade

---

<sup>122</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 238.

<sup>123</sup> Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que veem reduzidos os pedidos dos outros empresários. (...) A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. (...) Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 17. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 223-224).

econômica e insolvabilidade jurídica e<sup>124</sup> pelos parâmetros econômicos de crise conjuntural e de crise estrutural.

Para o reconhecimento da lei (deferimento e homologação do acordo) não existe nenhuma limitação quanto a crise ser patrimonial, ou econômica, ou financeira. Também não existe nenhuma limitação quanto a crise ser conjuntural ou estrutural. Também não se percebe nenhum delimitador na lei quanto as condições de solvabilidade econômica como elementos necessários ou imprescindíveis para que a crise possa ser tratada no formato determinado pela Lei nº 11.101/2005.

Estas discussões só serão úteis se proporcionarem a identificação de elementos para que se possam idealizar os critérios que caracterizam a crise empresarial reconhecida (deferimento do processamento da recuperação judicial) e tratada (apresentação de documentos econômico-financeiros, *stay period*, apresentação do plano, novação, negociação antes e na AGC, homologação judicial do plano, etc) pela Lei nº 11.101/2005.

A utilidade destas discussões é questionável, pois não existe limites na recuperação judicial e nem mesmo uma franca discussão deste tema no momento do deferimento do processamento da recuperação judicial e muito menos no momento do desfecho da negociação ou até mesmo nos motivos que possam ensejar a falência.

No entanto, é fato que o deferimento do processamento da recuperação judicial, da aprovação do plano na AGC, da homologação do plano pelo juízo e até mesmo da reprovação do plano que culminaria com a decretação da falência são decisões que estão aferindo os contornos jurídicos e fáticos da crise da empresa em dificuldade econômico-financeira.

A análise a ser feita pelo juízo da recuperação judicial ao fundamentar a manutenção do contrato empresarial de longo prazo que seja fundamental ao soerguimento da recuperanda é uma análise posterior ao reconhecimento da crise empresarial. Esta sequência de fases no procedimento da recuperação judicial, mesmo que a decisão seja exarada em um único

---

<sup>124</sup> A insolvabilidade econômica do devedor consiste na falta de recursos para que possa satisfazer todo o seu passivo. (...) Trata-se de uma insolvência jurídica, imposta quando presentes os requisitos objetivos do artigo 94 da LFRF. (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 356-357).

momento processual o que não descaracteriza a sua dupla análise, é um instrumento racional e factível para afastar o uso inadvertido da recuperação judicial e trazer eficiência ao procedimento. É um instrumento de eficiência utilizado pela Lei nº 11.101/2005, pois parte do reconhecimento de que haveria agentes econômicos buscando incentivos perversos na norma. A análise econômica da recuperação judicial pressupõe o oportunismo para instituir seus correspondentes desestímulos.

A decisão de manutenção do contrato empresarial de longa duração no curso da recuperação judicial estaria precedida obrigatoriamente do reconhecimento judicial de que a empresa é viável e que está temporariamente em situação de crise. Este reconhecimento ainda seria renovado ou rechaçado a qualquer momento no curso da recuperação judicial por qualquer dos credores. Formalmente os credores estariam em reunião em uma assembleia (AGC) para ratificar todas as análises dos contornos da crise da recuperanda que foram feitas desde a distribuição do pedido.

É importante que a crise seja relevante para que se possa ter a tutela da Lei nº 11.101/2005. A crise econômico-financeira tutelada pela lei é aquela que obstaculiza a manutenção da atividade empresarial e que não encontra solucionamento sem que haja uma negociação estruturada e condicionada pelo estado juiz.

Ademais, não é qualquer atividade empresarial que terá a tutela da lei de insolvência. Como já foi dito, a Lei nº 11.101/2005 instituiu alguns requisitos para identificar a atividade empresarial relevante merecedora da salvaguarda da recuperação judicial.<sup>125</sup> A lei reconhece como estado de crise econômico-financeira relevante aquela dificuldade temporária que assola aquela atividade empresarial relevante justamente porque pode proporcionar malefícios para coletividade.

A diferenciação entre a crise empresarial com relevância socioeconômica e a crise empresarial sem relevância socioeconômica é um critério de eficiência instituído pela Lei nº

---

<sup>125</sup> Enfim, também segundo este autor, o lapso de dois anos não guarda relação exclusivamente com o tempo de inscrição na junta comercial; guarda relação direta com o exercício da atividade regular e lícita, ao tornar aquela atividade útil ao desenvolvimento da economia do País. Aliás, sintomaticamente, o texto fala em “atividade econômica” e não em atividade comercial ou empresarial. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *A Recuperação Judicial e o Produtor Rural*. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 39.)

11.101/2005. O argumento que sustenta a não intervenção do estado juiz, com a instituição de critérios de acesso à recuperação judicial, é um argumento econômico denominado de regra de *minimis*. A internalização dos custos da crise somente será justificada economicamente quando os custos sociais advindos da paralisação da atividade empresarial tiverem relevância socioeconômica.<sup>126</sup>

Os critérios subjetivos e objetivos da Lei nº 11.101/2005 que estão relacionados com os contornos da crise empresarial são instrumentos de eficiência da norma que afastam o uso inadvertido da recuperação judicial. Com a superação da análise dos critérios subjetivos e objetivos da Lei nº 11.101/2005 o juízo estaria autorizado pelo artigo 47 a tratar e acondicionar o mínimo necessário para o soerguimento da recuperanda.

#### **2.1.4 A Competência do Juízo da Recuperação Judicial**

A recuperação judicial preconizada pela Lei nº 11.101/2005 é um procedimento jurisdicional voluntário, negocial, que preconiza a observância dos direitos precedentes e que tem objetivo e finalidade determinada em seu próprio texto.

Aferir a competência do juízo da recuperação judicial é aferir a medida da sua jurisdição, uma vez que a jurisdição determina a esfera de atribuições dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais. Este tópico está delineado para evidenciar que a decisão de manutenção do contrato empresarial de longo prazo fundamental ao soerguimento da recuperanda é uma das atribuições do juízo da recuperação judicial visto que a lei instituiu a busca pela concretização de seus objetivos e de suas finalidades.

O juiz da recuperação é o único juízo capaz de aferir a realidade jurídica e fática de todas as relações jurídicas da recuperanda e é por isso que é o juízo competente para guardar atenção com o cumprimento dos objetivos e das finalidades da norma. Assim, não é razoável sustentar que o juízo da recuperação judicial é competente apenas para tratar dos créditos sujeitos que serão ou foram novados pela aprovação do plano de recuperação judicial. Esta é

---

<sup>126</sup> O princípio de não intervir quando os prejuízos ao bem-estar social são presumivelmente irrelevantes é denominado regra de *minimis*, mais um conceito jurídico fundamentado economicamente. (AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 306.)

uma interpretação que mitiga a intenção da norma em ter meios úteis ao soerguimento. O soerguimento da recuperanda depende de muito mais do que tratar da novação dos créditos sujeitos à recuperação judicial.

Tudo aquilo que estiver diretamente envolvido com o soerguimento da atividade empresarial atrai a competência do juízo da recuperação judicial. Nenhum outro juízo pode decidir acerca de situações fáticas e jurídicas que impactarão ou criarão obstáculos insuperáveis ao soerguimento daquela atividade que a lei reconhece como relevante para o progresso nacional.

A competência do juízo da recuperação judicial está relacionada com tudo aquilo que for necessário para tutela mínima do procedimento de soerguimento da recuperanda. É a competência pelo critério da matéria tratada. Este é o posicionamento que subsidia a competência jurisdicional do juízo da recuperação judicial para atos de alienação e expropriação de bens não sujeitos, mas que são essenciais ao soerguimento da recuperanda. Decisões impositivas do juízo da recuperação judicial que impactam nas relacionais negociais da recuperanda visando um bem-estar coletivo de médio prazo.

Importa registrar que a comunhão de credores tem legitimidade para tratar das situações contratuais que podem ser modificadas pela novação prevista no artigo 59 da Lei. A manutenção contratual compulsória não está adstrita às decisões da comunhão de credores por não envolver créditos pendentes e sim envolver as regras de cumprimento de prestações futura.

Não cabe a coletividade de credores decidir sobre a continuidade da prestação de serviços e das condições desta prestação após o deferimento do pedido de recuperação judicial. Apesar dos interesses indiretos de todos os credores na manutenção do contrato empresarial imprescindível para o soerguimento da recuperanda, a legitimidade para decidir é do juízo da recuperação judicial tendo em vista que a matéria versa sobre direitos potestativos futuros das partes envolvidas no contrato. A manutenção do contrato não mitiga os direitos aos créditos anteriores e não deve imiscuir nos créditos futuros para que os riscos contratuais continuem sendo instituídos pelas partes.

A manutenção compulsória de contrato de longa duração essencial é de competência do juízo da recuperação judicial porque é uma decisão que está diretamente relacionada com as

condições mínimas de soerguimento que devem ser propiciadas pela análise sistemática das primazias jurídicas e lógicas factuais do direito da empresa em crise.

### ***2.1.5 A Análise Consequencialista na Recuperação Judicial***

A incorporação de pensamentos jurídicos alienígenas ao ordenamento brasileiro sempre é questionada por variados argumentos como se fosse possível acreditar na evolução e na prática de um ordenamento nacional sem acompanhar os mais diversos pensamentos jurídicos que permeiam e que permeiam o mundo. É claro que a ponderação<sup>127</sup> no uso do pensamento jurídico estrangeiro é salutar, mas também, a acessibilidade ao novo conhecimento é fundamental para o progresso de um povo.

Para alguns existe incompatibilidade dos pensamentos do *common law* com os ordenamentos de origem romano-germânica como é o caso do sistema jurídico pátrio. Este ponto é relevante tendo em vista que a análise econômica do Direito foi inicialmente pensada no sistema do *common law*.

Guardadas as suas peculiares estruturas originárias, o fato é que o ordenamento nacional está estruturado com algumas normas constitucionais programáticas, instrumentos constitucionais para suprir a omissão do legislador, elementos legais de integração das normas, de cláusulas abertas e de princípios expressos e não expressos nas leis com a intenção de integrar e interpretar o arcabouço jurídico brasileiro. O próprio Código Civil foi assentado em alguns valores programáticos como a eticidade, a socialidade e a operabilidade que fazem com que a aplicabilidade da legislação civilista, inclusive a comercialista, seja feita a partir de uma interpretação além do próprio texto escrito da norma.

A doutrina e a jurisprudência têm papel relevante no procedimento de insolvência pátrio ao fato que a aplicabilidade do sistema de insolvência flexibiliza e integra o texto escrito da Lei nº 11.101/2005. A interpretação jurídica no sistema de insolvência é feita a partir de uma

---

<sup>127</sup> É certo, no entanto, que embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa mostrar-se fonte de subsídios útil, nem um nem outra pode ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não devem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e modelos pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia do direito brasileiro, conduzindo-nos por caminhos com ele incompatíveis. (GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12.)

lógica de insolvência que não está expressa em nenhuma norma, além de existir o artigo 47 que institui valores programáticos de hierarquia superior. Portanto, não é inconveniente dizer que o sistema de insolvência nacional é construído a partir da lei de insolvência e não pela Lei nº 11.101/2005.

Para enfrentar esta suposta incompatibilidade entre o sistema jurídico norte-americano e o sistema jurídico brasileiro é salutar trazer um posicionamento do próprio Posner sobre o assunto.

[Entre os constitucionalistas brasileiros] cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos legislativos, o que permite e até mesmo impõe o exercício da discricionariedade judicial, (...) A novidade do movimento “Direito e Economia” está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social (...) Seria um exagero dizer que a economia é a própria essência vital do direito, mesmo no common law anglo-americano. Mas trata-se de um exagero sugestivo, que aponta uma afinidade profunda, embora incompleta, entre o processo legal e a teoria das escolhas racionais. Especialmente numa sociedade comercial (como é o Brasil de hoje), é inevitável que os valores comerciais, tais como a eficiência econômica, venham a influenciar as autoridades que determinam os rumos políticos do país, e, como é inevitável a discricionariedade judicial, os juízes se contam entre autoridades. (Posner, 2010, p.xi-xv) <sup>128</sup>

Acreditando ser possível que o ordenamento jurídico possa receber boas contribuições com o estudo dos métodos econômicos consequencialistas, alguns doutrinadores brasileiros<sup>129</sup> passaram a se dedicar ao estudo da análise econômica do Direito.

Na busca de sua compreensão, os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Economia Institucional, construíram importante instrumental de análise do qual não podemos deixar de lançar mão. “Armados com este conjunto de conceitos, torna-se consideravelmente mais fácil analisar o funcionamento do mercado” e, portanto, das empresas e de sua atividade. Não é exagero afirmar que a utilização desse instrumental catalisa a construção de uma teoria geral moderna do direito comercial, auxiliando não apenas a construção, mas a compreensão de conceitos utilíssimos ao “adempimento dell’ ufficio del giurista” Como sempre advertiu CARNELUTTI, “[in] on v’è concetoo giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridic ala sua base”. A tradição do direito mercantil sempre pregou a indispensabilidade da observação do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática, para construção da ciência do direito. (...) A compreensão da realidade é

<sup>128</sup> ARAUJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134.

<sup>129</sup> Tais como: Arnaldo Wald, Jairo Saddi, Rachel Sztajn, Luciano Benetti Timm e Ivo T. Gico Jr.

pressuposto do estudo comercialista, por isso nossos clássicos nunca deixaram de empregar os ensinamentos dos economistas. É tempo de revitalizarmos essa aliança, como nos propomos no segundo ensaio deste livro.<sup>130</sup>

Universidades brasileiras<sup>131</sup> e a própria comunidade jurídica nacional<sup>132</sup> acenaram pelo estudo da matéria que vem sendo difundida e impactando a aplicabilidade de algumas áreas do Direito como é o caso do Direito Econômico e mais especificamente o Direito Contratual Empresarial, o Direito Concorrencial e o Direito da Empresa em Crise.

Os instrumentos da ciência econômica têm sido ventilados como argumentos de concretude do Direito nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça como foi o caso do julgamento do REsp. 1.555.202/SP de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen, analisando a situação dos autos sob o viés da literatura de Direito e Economia (Law & Economics), concluem que esse prejuízo "hipotético", no caso dos "investimentos específicos", sugere uma percepção limitadora da responsabilidade de quem exerce a resilição, atenta aos custos estritamente necessários ao cumprimento do contrato, e não necessariamente a todos aqueles que tiverem sido realizados pela contraparte (Santolim, Cesar. A proteção dos investimentos específicos na resilição unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. In: Revista Síntese: direito empresarial, n. 35, p. 9-13, nov./dez. 2013)

A análise consequencialista na recuperação judicial pátria trará concretude aos valores tidos como relevantes ao direito da empresa em crise.

### ***2.1.6 O Critério de Eficiência da Recuperação Judicial***

A eficiência econômico-financeira perseguida pela Lei nº 11.101/2005 com o procedimento estruturado da recuperação judicial não está vinculada à maximização dos créditos dos devedores e dos ativos da recuperanda. A eficiência econômico-financeira está relacionada com a minimização dos impactos negativos nos mais diversos interesses que orbitam a crise empresarial, inclusive os interesses dos credores e o próprio devedor.

---

<sup>130</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 18.

<sup>131</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. A Economia e o Direito de Propriedade: Diálogos FEA e Largo São Francisco. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 97, p. 281-286, 2002.

<sup>132</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Home*. São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

Os critérios de eficiência econômico-financeira perseguidos pela norma nacional não são sempre pela proteção monetária dos envolvidos como pode ser percebido em outros ordenamentos alienígenas.<sup>133</sup> O sistema de insolvência nacional é um sistema de equilíbrio de interesses.

O critério de eficiência econômico-financeira previsto na Lei nº 11.101/2005 é voltado aos interesses de todos os afetados pela crise empresarial. A eficiência econômico-financeira perseguida pela recuperação judicial extrapola os interesses individuais dos credores da recuperanda, como pode ser percebido nas hipóteses de soerguimentos previstos no artigo 50 da lei.

Algumas das hipóteses de soerguimentos sugerida pela Lei nº 11.101/2005, como deságio e o parcelamento condicionam o crédito já contratado e, portanto, condicionam o crédito que havia sido livremente pactuado no curso da recuperação judicial. Salutar evidenciar que nem sempre este novo condicionamento terá a anuência do credor em face do critério majoritário instituído para deliberação na Assembleia Geral de Credores. Algumas outras medidas restringem a própria gestão do negócio da recuperanda ao fato de que existe sugestões no artigo 50 da lei de alterações dos poderes societários. No corpo da norma existem outras restrições de gestão como é a obrigatoriedade de apresentação de informações e de restrições de alienação de ativos patrimoniais.

Por causa destes critérios de eficiência econômico-financeira que implica tormentosa consequência ao direito de crédito dos credores e à recuperanda é que a recuperação judicial deve ser utilizada somente naqueles casos em que o solucionamento precisa ser feito dentro de um cenário estruturado de negociação.<sup>134</sup>

É facilmente perceptível que a estrutura da Lei de Recuperação Judicial é aparelhada para condicionar direitos para que seja possível ter um equilíbrio de múltiplos interesses. O

---

<sup>133</sup> Note-se que a legislação alemã, ao contrário da lei francesa supra apresentada, foi elaborada de forma a não atribuir preferência à adoção de um procedimento de liquidação ou recuperação. Os idealizadores da norma acreditavam que uma lei de insolvência deveria facilitar a eficiente exigência dos direitos dos credores e que tanto a liquidação quanto a reorganização poderiam ser meios utilizados para o alcance desse fim. (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedades por ações: O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 123-133.)

<sup>134</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004. p. 20. p.47.

equilíbrio destes múltiplos interesses que é perseguido pela recuperação judicial deve ser analisado a partir dos estímulos e das punições (desestímulos) da norma. Isso porque as ações individuais dos agentes do mercado (análise econômica dos comportamentos estratégicos) são racionalmente individualistas e o equilíbrio de todos os interesses envolvidos na crise só será tutelado em um sistema institucionalizado com uma racionalidade coletiva. É a racionalidade coletiva que propicia o afastamento do oportunismo e da assimetria de informação que são imprescindíveis para uma negociação em um cenário de crise.

A racionalidade individual é condicionada institucionalmente (estado juiz e pela norma) no procedimento da recuperação judicial. É a racionalidade econômica coletiva que permite que a estrutura legal da insolvência seja assimilada no ordenamento nacional. O procedimento judicial da recuperação da empresa é construído a partir do reconhecimento da relevância das instituições (estado/juiz e norma) no solucionamento das questões contratuais regidas anteriormente pelas primazias do direito civil.

As instituições (recuperação judicial) são reconhecidamente relevantes no solucionamento das questões privadas que não foram superadas pelas partes envolvidas e que tenham impactos sociais e econômicos relevantes. A opção pelo solucionamento das questões de mercado a partir das instituições e da norma, com regras de incentivos e punições claras, traz segurança ao mercado. Essa segurança do mercado é advinda do conhecimento de todas as regras e de todos os eventuais efeitos de um procedimento de recuperação judicial. O conhecimento das regras do jogo e de seus efeitos é o núcleo estruturante da econômica de qualquer nação desenvolvida.

No curso da recuperação judicial os critérios de eficiência econômico-financeira instituídos pela norma afasta aquele critério de eficiência econômico-financeira do livre mercado. As negociações não são pautadas no exclusivo interesse econômico-financeiro das partes envolvidas.

Não são os interesses econômico-financeiros individuais do devedor e dos credores que irão pautar a negociação capaz de propiciar o soerguimento da recuperanda. A negociação é estruturada pela norma, com intervenções legais que condicionam a vontade das partes, porque a livre negociação praticada no mercado não restou frutífera. A negociação é estruturada

para superar o oportunismo e a assimetria de informação e obter uma conciliação de múltiplos interesses.

Os critérios de eficiência econômico-financeira que tutelam interesses de vários afetados superando eventuais interesses individuais é condizente com a política de progresso nacional.

Assim, a análise da disciplina relativa à preservação da empresa não prescinde de alguma incursão no plano da utilidade e prestabilidade econômica das normas, uma vez que ao direito, na funcionalização das regras jurídicas, cabe respeitar a noção de eficiência econômica, dificultar o oportunismo, a busca de vantagens desproporcionais ou facilitar desequilíbrios na alocação de recursos que gerem ou aumentem custos de transação.<sup>135</sup>

Os interesses econômico-financeiros da coletividade (interesses coletivos) são prestigiados em outros microssistemas jurídicos como o da concorrência. A lei antitruste protege os interesses econômico-financeiros da coletividade e não o interesse dos agentes de mercado. O fato é que este olhar da legislação para os interesses econômico-financeiros de vários interessados no âmbito do direito empresarial, mesmo aqueles interessados não identificados, não é algo peculiar ao procedimento da recuperação judicial, estando presentes em outros microssistemas como é o caso do sistema de normas que tutela a livre concorrência empresarial.

A eficiência econômico-financeira da Lei de Recuperação Judicial não pode ser aferida apenas pela maximização de ativos dos credores ou mesmo dos devedores. Assim, a eficiência econômico-financeira da lei não deve ser aferida pelo eventual soerguimento de uma unidade produtiva isolada. A eficiência econômico-financeira da recuperação judicial deve ser vinculada aos impactos positivos em todo o mercado, haja vista que a crise de uma empresa viável com atividade empresarial relevante traz impactos às empresas que são suas fornecedoras, às empresas que são suas parceiras empresariais, às empresas que trabalham com as atividades correlacionadas com a sua atividade, aos trabalhadores com crédito, aos trabalhadores sem crédito, aos consumidores de seus produtos ou serviços e ao fisco.

---

<sup>135</sup> SZTAJN, Rachel. Art. 49. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 219.

A paralisação de uma grande planta frigorífica<sup>136</sup> em um município impacta diretamente toda a economia municipal e indiretamente a economia regional. O encerramento da atividade empresarial do frigorífico provoca demissões em massa e de uma forma abrupta. Uma grande quantidade de trabalhadores perde seus empregos e em face da especialidade do trabalho enfrentam grandes dificuldades em se realocar no mercado municipal e até regional. É necessário todo um trabalho despendido pelo Estado para realocação daqueles trabalhadores, inclusive com gastos assistenciais e com gastos do eventual aumento da criminalidade. A demissão dos trabalhadores gera demanda na Justiça do Trabalho, um maior aparelhamento dos serviços de segurança pública e, portanto, novos custos ao Estado. Novos custos ao Estado representam novos custos à população. Uma parcela da população fica desempregada e perde seu potencial econômico de consumo trazendo prejuízos ao comércio municipal e regional. O enfraquecimento do comércio municipal impacta os cofres do município e prejudica todo o planejamento orçamentário por anos. O impacto nos cofres do município prejudica o desenvolvimento de políticas públicas nas áreas de saúde, educação e infraestrutura que podem retardar em muito anos o progresso da cidade. O impacto abrupto nos cofres municipais impõe o endividamento do município para suprir a falta de recursos pelo enfraquecimento do comércio local. As empresas que trabalham diretamente com as atividades correlatas às atividades do frigorífico também encerram suas atividades, como é o exemplo das empresas que beneficiam os subprodutos do frigorífico. As empresas de transporte de gado, as oficinas de caminhões, as empresas terceirizadas do frigorífico (pessoal, limpeza, lavagem de roupas etc.), os hotéis, os postos de gasolina e todas as outras empresas satélites são impactadas pela crise do frigorífico. A paralisação da atividade do frigorífico impacta no preço da arroba de gado e interfere diretamente na quantidade de abate de animais. Aumenta os custos de produção do abate de gado tendo em vista que os animais que seriam abatidos naquela planta frigorífica precisam ser encaminhados para outras plantas frigoríficas mais distantes. (custos de transporte) A crise empresarial envolve muitos outros interesses além dos interesses dos credores e do próprio devedor.

A estrutura da Lei de Recuperação Judicial, que suspende a execução, que suspende a prescrição de crédito, que provoca deságio e parcelamento de crédito já contratado, que provoca novação e extinção de crédito, que extingue execução depois do crédito novado, que impõe

---

<sup>136</sup> SAMPAIO, Amanda. Frigorífico de Mirassol D'Oeste fecha unidade e demite 701 funcionários. *Portal G1*, Cuiabá, 06 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/agrodebate/noticia/2015/07/frigorifico-de-mirassol-doeste-fecha-unidade-e-demite-701-funcionarios.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

anuência da maioria em detrimento de eventual discordância da minoria, que restringe os poderes de gestão e que restringe direitos patrimoniais, só encontra justificativa na tutela do interesse social e econômico da coletividade de impactados. A estrutura da Lei de Recuperação Judicial, que é uma estrutura de exceção, pois altera significativamente as relações jurídicas entre credor e devedor, só se justifica pelo interesse econômico-financeiro da coletividade.

O direito de crédito em um cenário de crise deve ser analisado pelos critérios econômico-financeiro do procedimento da recuperação judicial. O credor não é desprestigiado ao fato de que seu crédito é condicionado em cenário de crise que alterou totalmente o risco do crédito, ou seja, que alterou totalmente o equilíbrio contratual. A análise econômica do direito sustenta que o valor do crédito não está vinculado ao seu valor presente tendo em vista que o risco de não pagamento interfere no valor nominal do crédito. O crédito, como qualquer outro haver financeiro, está intrinsecamente relacionado com o risco. Quanto maior o risco envolvido menor é o valor econômico do crédito. O critério econômico-financeiro evidencia que a eventual diminuição do valor nominal de crédito contratual (deságio do plano) pode ser equilibrada economicamente com a diminuição do risco de pagamento feito pelo plano aprovado.

Em hipótese alguma a recuperação judicial tem caráter assistencialista mesmo tendo evidente propósito de tutelar o interesse da coletividade.<sup>137</sup> Os critérios econômico-financeiros demonstram que o custo da paralisação abrupta das atividades de um frigorífico são frondosamente maiores que os custos de internalização propiciados pelo procedimento da recuperação judicial.

A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que,

---

<sup>137</sup> (...) Isso porque a empresa é a célula essencial da economia de mercado e como tal cumpre relevante função social. Curioso é que essa função social da empresa nada tem a ver com a prática de atos de caridade ou de cunho social, como em um primeiro momento pode parecer. Efetivamente, a empresa não cumpre função social ao doar itens aos desabrigados de uma enchente ou a plantar árvores em áreas ambientalmente degradadas. Claro que essas práticas são louváveis, mas não se relacionam com a função das empresas (...) Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre sua função social. (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017. p. 82-83.)

socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.<sup>138</sup>

O procedimento da recuperação judicial trata de condicionamento de custos socioeconômicos e não de assistencialismo do devedor ou de proteção do credor.

### **2.1.7 O Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial**

O objeto do estudo vincula as suas conclusões. A delimitação do objeto de estudo tem a pretensão de fazer com que todas as argumentações estejam correlacionadas com o objeto estudado fazendo com que toda a estrutura da dissertação obedeça a uma lógica jurídica.

Para fomentar as discussões no curso da recuperação judicial acerca da manutenção de vínculos de negócios é importante que a funcionalidade do contrato esteja relacionada com a perenidade da atividade empresarial. As características dos vínculos jurídicos e a função do contrato são elementos que importam para o direito da empresa em crise.

O estudo trata da manutenção do contrato empresarial o que afasta por si só o estudo dos contratos descontínuos que tem a característica indissociável de se resolver imediatamente. Não existe manutenção de contratos empresariais descontínuos, pois a satisfação econômica e social deste tipo de contrato é imediata. Só há que se falar em manutenção de contrato quando o contrato tem um programa contratual idealizado para perdurar no tempo.

O verbo manter traz o sentido de continuidade. Dar continuidade em uma relação contratual que já está perdurando no tempo. Manter é fazer com que o cumprimento do contrato seja protraído no tempo. Não há que se falar em manutenção do contrato *spot*. Pode-se discutir cumprimento ou descumprimento de contrato *spot*, mas a sua própria característica de ter a satisfação imediata afasta qualquer discussão acerca de sua continuidade no tempo.

Contratos descontínuos não perduram no tempo e quase sempre têm o seu objeto relacionado com transferências de riquezas de fácil valoração pecuniária e com baixa interação

---

<sup>138</sup> SZTAJN, Rachel. Art. 49. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 223.

entre as partes. Já os contratos empresariais de longo prazo apresentam alta interação entre as partes pela complexa pretensão de harmonizar os vários direitos e deveres de todos os interessados durante todo o curso de execução do contrato.

O ordenamento pátrio reconhece que o tempo é um fator que impacta as relações jurídicas contratuais ao trazer novos condicionamentos aos contratantes. O condicionamento entre as contratantes empresariais instituídos pelo tempo faz surgir uma relação jurídica diferente daquela contratação de resolução imediata (contrato *spot*).

A imposição de alta interação entre partes contratantes faz com que o objeto da relação jurídica seja de difícil avaliação pecuniária. A necessidade de alta interação traz alguns outros valores à relação contratual como a importância da qualidade e da quantidade dos produtos ou serviços, do desempenho eficiente dos contratantes na execução do contrato, no planejamento futuro de execução do contrato e na cooperação advinda do interesse comum.

O contrato empresarial de longo prazo é um instrumento de organização da atividade produtiva, visto que instrumentaliza o planejamento, tutela as expectativas coerentes com o negócio e favorece o funcionamento de mercado ao manter estável a produção e a oferta de bens e serviços.

A motivação econômica das partes ao celebrar um contrato empresarial de longo prazo está relacionada com a eficiência alocativa e com a produtiva dos bens e dos serviços. A motivação econômica das partes contraentes deve ser tida como um ato racional que prima pela eficiência. As partes são racionalmente motivadas a manter uma relação contratual que reduz custos da produção de bens e serviços.

A relação desenvolvida entre as partes em um contrato empresarial de longa duração é instituída pelo interesse comum de circulação de riquezas. O contrato é o instrumento que permite a transferência de bens e serviços entre as partes por longo tempo em um ambiente em que a confiança e a colaboração<sup>139</sup> são necessárias para afastar o oportunismo e o

---

<sup>139</sup> (...) nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é meu lucro (...) Nos contratos de comunhão de escopo (...), os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os

comportamento predatório. A confiança e a colaboração estão relacionadas com a incompletude contratual que é comum nas relações jurídicas de longa duração. A relação entre as partes contraentes é desenvolvida por uma governança (confiança e colaboração) contratual que elimina o oportunismo e os custos de transação. A governança contratual é indissociável desta relação jurídica ao fato de que a incompletude não é do contrato e sim da própria relação negociada.

Assim, percebe-se que os vínculos obrigacionais são estendidos para fazer com que a essencialidade dos contratos, a dependência econômica e a especificidade de ativos sejam tidas como elementos fáticos (funcionalidade dos contratos) com efeitos jurídicos muito relevantes nos contratos empresariais de longa duração e de grande importância na recuperação judicial.

Essas características fazem com que os contratos empresariais de longa duração sejam importantes para perenidade da atividade empresarial sendo que os instrumentos que contribuem para perenidade da atividade empresarial são fundamentais para o estudo da recuperação judicial. A essencialidade, a dependência econômica e a especificidade de ativo são características presentes, juntas ou isoladamente, na maioria dos contratos empresariais de longo prazo e não é a regra dos contratos *spot*.

A essencialidade, a dependência econômica e a especificidade de ativo são indicadores imprescindíveis para subsidiar a manutenção compulsória de um contrato empresarial na recuperação judicial e que normalmente não estão presentes nos contratos de execução imediata.

### ***2.1.8 A Ruptura Antecipada e Sem Justo Motivo do Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial***

As discussões acerca da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração no curso da recuperação judicial estão envoltas com a intenção de manter o cumprimento das prestações contratuais. A contratante em crise tem interesse em manter o

---

caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem. (GRAU, Eros. Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei, p. 91-92 citado por FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 52.)

cumprimento das prestações contratuais relevantes para que possa manter a fonte produtora de riquezas necessária ao soerguimento.

A atividade empresarial é um feixe de relações contratuais. Sendo assim, é o cumprimento das prestações contratuais relevantes, ou seja, as relações negociais relevantes, que propicia a manutenção da atividade empresarial (objetivo da recuperação judicial) para se ter a preservação de empregos, geração de novos empregos, pagamentos dos créditos trabalhistas em atraso, pagamento dos créditos trabalhistas atuais, pagamentos dos créditos contratuais em atraso, pagamentos dos créditos contratuais atuais, recolhimento de tributos, equilíbrio concorrencial, geração de conforto e bem-estar para a população (finalidades da recuperação judicial).

O cumprimento das prestações contratuais está intrinsecamente relacionado com a manutenção da atividade empresarial. A empresa que se encontra em estado temporário de crise econômico-financeira encontrará meios para o seu soerguimento na recuperação judicial desde que seja possível a manutenção de suas relações negociais. Os negócios da recuperanda precisam estar acontecendo.

A estrutura institucional da recuperação judicial precisa ter meios para propiciar a manutenção e continuidade dos negócios empresariais da recuperanda quando o outro contratante resolve romper abruptamente e sem justo motivo com o contrato empresarial de longa duração relevante ao soerguimento.

Ter meios institucionais de insolvência para manter o cumprimento das prestações contratuais relevantes é ter meios para assegurar que o objetivo da Lei nº 11.101/2005 (manutenção da atividade) será concretizado em um médio prazo. A Lei nº 11.101/2005 que foi idealizada para tratar dos efeitos avassaladores da paralisação da atividade empresarial precisa ter meios institucionalizados para afastar as hipóteses de idiosincrasias de mercado. Aqui a hipótese de idiosincrasia de mercado está relacionada com a ruptura antecipada da relação jurídica duradora sem justo motivo econômico e com relevante impacto social.

É claro que o oportunismo, muitas das vezes caracterizado pelo poder econômico e pelo poder de mercado, nunca será aceito como justo motivo econômico para ruptura contratual em um ordenamento em que as externalidades contratuais são tuteladas. Ainda mais em um

microsistema em que os efeitos sociais da manutenção da atividade empresarial é uma finalidade legal (preservação da empresa).

A preocupação com a manutenção do cumprimento das prestações contratuais pressupõe por consequência lógica o temor da extinção da relação jurídica contratual de forma unilateral. A ruptura contratual de forma unilateral e antecipada de uma relação jurídica duradora pode proporcionar uma grave alteração na distribuição dos riscos econômicos do contrato com tormentosos impactos nos interesses individuais do outro contratante (consequências internas do contrato) e tormentosos impactos nos interesses de todos aqueles que gravitam em torno da empresa em crise (consequências externas do contrato).

A preservação da empresa foi idealizada para acondicionar os interesses individuais dos devedores e dos credores (contratantes) aos interesses de todos aqueles que gravitam em torno da empresa em crise. A ruptura antecipada e imotivada de um contrato empresarial de longa duração relevante ao soerguimento da recuperanda é matéria de interesse de todos aqueles que se beneficiam direta ou indiretamente da atividade empresarial daquela empresa em crise econômico-financeira.

A primazia jurídica desta discussão não pode estar circunscrita aos círculos dogmáticos do princípio da autonomia da vontade. A autonomia da vontade do contratante não pode ser um instrumento de idiosincrasia de mercado capaz de frustrar a pretensão do constituinte originário de assegurar que o ordenamento pátrio esteja a serviço do progresso econômico e não do progresso individual dos agentes econômicos. O progresso econômico no ordenamento nacional está relacionado com o contínuo desenvolvimento socioeconômico e o desenvolvimento socioeconômico está diretamente relacionado com a manutenção da atividade empresarial.

As relações jurídicas empresariais são pautadas indiscutivelmente pelos critérios fáticos que trazem a previsibilidade de todos os seus efeitos. A previsibilidade nas relações contratuais empresariais de longa duração não está circunscrita ao princípio da autonomia da vontade. Haverá hipótese em que a previsibilidade estará alicerçada em outros valores jurídicos que não seja o princípio da autonomia da vontade. É por isso que é inadmissível que o princípio da autonomia da vontade possa estruturar uma relação contratual empresarial em descompasso com os valores sistêmicos do ordenamento jurídico.

O princípio da autonomia da vontade não é argumento jurídico contratual para fomentar o oportunismo (poder de mercado e poder econômico) quando interesses de diversos agentes econômicos estão envolvidos. A primazia jurídica das externalidades do contrato empresarial de longa duração está em consonância com as finalidades da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005) e isso torna possível a construção hermenêutica que condiciona os interesses individuais (autonomia da vontade do contratante) ao progresso nacional.

Justamente porque as finalidades da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005) não estão adstritas a favores legais ao devedor é que os valores jurídicos consagrados no direito da empresa em crise não são aptos a tratar das rupturas contratuais em que exista inadimplência da recuperanda ou nulidades/lesão que viciem o próprio programa contratual. A inadimplência mencionada é aquele obstáculo insuperável a continuidade da relação jurídica por culpa de um dos contraentes.

O microsistema da insolvência trata dos motivos fáticos e jurídicos da crise empresarial que assola um dos contratantes. São estes motivos fáticos e jurídicos da crise empresarial que devem nortear as discussões acerca da manutenção do cumprimento das prestações contratuais firmados pela recuperanda.

A ruptura contratual por inadimplência contratual e por vícios que maculam a estrutura da relação jurídica de longa duração envolvem elementos fáticos e jurídicos que devem ser tratados pelos preceitos do Código Civil e que, portanto, não atraí a competência do juízo da recuperação judicial. As rupturas contratuais por inadimplência contratual e por vícios/lesão são rupturas contratuais por justo motivo que não são condicionadas pela Lei nº 11.101/2005. Os valores jurídicos da Lei nº 11.101/2005 não podem subverter os valores do direito privado sob pena de atentar contra os preceitos constitucionais que primam pelo progresso nacional.

A Lei nº 11.101/2005 não condiciona os interesses do devedor que não tem condições de manter hígida a relação contratual justamente porque este é um critério de viabilidade da empresa. A Lei nº 11.101/2005 reconhece relevância social e econômica apenas para a crise da empresa viável economicamente. A empresa que não tem condições de manter hígida as suas relações contratuais, não deve ter o processamento da recuperação judicial deferido porque deve ter sua falência decretada. Nestas condições, a busca pela preservação da empresa será

perseguida pelos fundamentos do artigo 75 da Lei nº 11.101/2005 que arregimenta o procedimento de falência no ordenamento nacional.<sup>140</sup>

A única inadimplência contratual tratada pela Lei nº 11.101/2005 está relacionada com a falta de pagamentos anteriores ao pedido de recuperação judicial advindo da comprovada dificuldade econômico-financeira. É a dívida que pode ser novada no plano de recuperação judicial. A continuidade das prestações contratuais, ou seja, a manutenção do contrato empresarial após o deferimento do processamento da recuperação judicial não pode ser ventilada nos casos em que a opção de ruptura contratual tenha justo motivo econômico endereçadas pelos preceitos do art. 475<sup>141</sup> e pelas várias hipótese de extinção da relação jurídica por nulidades/lesão. Estas são hipóteses de ruptura da relação jurídica por inadimplemento do devedor que devem ser tratadas pelos preceitos do Código Civil sob pena de subversão dos valores jurídicos do direito privado.

As primazias jurídicas da Lei nº 11.101/2005 não se prestam a tutelar as relações negociais parametrizadas pelo direito privado justamente porque devem estar vinculadas aos fatos da crise empresarial.

O estudo não trata das hipóteses de inadimplemento do contrato. Pressupõe, por racionalidade do credor, que o inadimplemento contratual anterior e substancial tenha sido discutido antes da distribuição do processo de recuperação judicial.<sup>142</sup> Portanto, o estudo não trata das hipóteses do artigo 475 e das hipóteses de nulidade ou anulabilidade da relação jurídica contratual. Isso porque, estas são situações que não atraem a competência do juízo da

---

<sup>140</sup> Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. § 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). § 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

<sup>141</sup> Código Civil. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.)

<sup>142</sup> Essa cláusula não se confunde com a hipótese de inadimplemento do contrato; trata de um direito de o considerar resolvido antecipadamente. Não se trata, logicamente, de hipótese de inadimplência anterior à recuperação judicial, pois nesse caso a resolução se terá realizado antes do ajuizamento do pedido. (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 332.)

recuperação judicial justamente porque os fundamentos jurídicos das discussões são estranhos aos preceitos do direito da empresa em crise.

É pela mesma razão que o estudo não debruça sobre as discussões fundamentadas nos preceitos do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil. E por consequência lógica o estudo defende que as hipóteses de manutenção do contrato empresarial de longa duração a ser determinadas pelo juízo da recuperação judicial não devem ser fundamentadas no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil. Havendo subsunção dos preceitos do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil a discussão deve ser feita em outro juízo que não seja o juízo da recuperação judicial.

Em todas as hipóteses em que a discussão jurídica estiver assentada eminentemente nos preceitos do Código Civil, como é o caso da hipótese do parágrafo único do artigo 473<sup>143</sup>, não há que se falar em atração do juízo da recuperação judicial justamente porque o solucionamento pode ser dado por regras e valores jurídicos que não aqueles específicos do direito da empresa em crise.

A Lei nº 11.101/2005 é aparelhada para tutelar os efeitos da crise e não para tutelar todos os interesses da empresa em crise. O procedimento judicial da recuperação da empresa em crise é assentado em um microsistema de direito especializado que tem outras primazias além das primazias gerais previstas pelo Código Civil ou por leis ordinárias esparsas.

O microsistema jurídico do direito da empresa em crise deve tratar daquelas rupturas contratuais unilaterais sem justo motivo que acontecem antecipadamente e que prejudiquem o soerguimento de uma contratante em reconhecido estado de crise econômico-financeira (contrato relevante) e que não encontram fundamentos específicos no Código Civil ou em legislação esparsa.

---

<sup>143</sup> Código Civil. Art. 473. (...) Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.)

A extinção da relação contratual<sup>144</sup> sem justo motivo e de forma antecipada é consequência lógico formal do princípio da autonomia da vontade e está arremetida no caput do art. 473 do Código Civil.<sup>145</sup> A regra geral sustenta que as contraentes empresariais podem optar pela extinção da relação jurídica a qualquer tempo, independentemente da hipótese de indenização por perdas em danos. Em regra geral, o princípio da autonomia da vontade permite que a contraente faça suas ponderações acerca da continuidade da relação contratual ou a sua ruptura mediante o pagamento de uma indenização ao contraente eventualmente preterido.

Também é verdade que a jurisprudência pátria já tem acenado para a tutela de interesses coletivos, subsidiada pela flexibilidade da relatividade contratual, ao sustentar que naqueles casos em que as externalidades contratuais são relevantes, não é dado romper um contrato empresarial de longo prazo sem comprovar o justo motivo provocado pelo outro contratante.<sup>146</sup>

No entanto, em um cenário de crise empresarial reconhecida e tutelada pela Lei nº 11.101/2005 em que a extinção contratual sem justo motivo e de forma antecipada cria obstáculos insuperáveis ao objetivo da recuperação judicial, os preceitos do Código Civil não são suficientes para tutelar os interesses dos trabalhadores com ou sem crédito, dos outros contratantes de outros contratos firmados com a recuperanda com ou sem crédito, do equilíbrio concorrencial, do interesse do fisco, dos interesses dos consumidores e dos interesses dos cidadãos ao progresso nacional.

A indenização civil não será capaz de promover a superação das dificuldades econômico-financeiras da contratante em crise. O que interessa à contratante em crise

---

<sup>144</sup> Seja na doutrina, seja nos tribunais, reina a discórdia a respeito da terminologia dos institutos que gravitam em torno da extinção da relação jurídica contratual. De fato, não há acordo sobre as hipóteses em que se deve empregar os conceitos de resolução, rescisão ou revogação. Na prática, os termos são igualmente manejados de forma imprecisa. O Código Civil atual emprega o termo rescisão para indicar a extinção decorrente de denúncia da relação contratual. Todavia, a disciplinar a prestação de serviço e a agência, vale-se dos termos rescisão e resolução, respectivamente, para tratar de situações análogas, conforme se verifica da leitura dos arts. 607 e 720 do texto legal. Diversamente do que sugere a intuição, nem a discussão doutrinária e jurisprudencial, nem a consequente imprecisão das cláusulas contratuais, cria embaraço à compreensão do regime estabelecido no Código. Por isso, afigura-se mais conveniente esclarecer o teor da regra em comento, sem adentrar no debate próprio à constituição sistemática, cuja importância reclama exame em outra sede. (ZANETTI, Cristiano de Souza; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva Jur, 2019. p. 763-764.)

<sup>145</sup> Código Civil. Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Instituto o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.)

<sup>146</sup> 2º TACivSP no AgIn 673.800-00/3.

econômico-financeira é a manutenção do contrato empresarial de longa duração relevante ao seu soerguimento e não os valores indenizatórios advindos da ruptura contratual por vontade unilateral da outra contratante.

É comum que exista uma cláusula resolutiva nos contratos empresariais prevendo que a distribuição de ação judicial de recuperação judicial será motivo para ruptura contratual. A distribuição de ação judicial de recuperação judicial não pode ser tida como motivo justo de rescisão de contrato empresarial de longa duração relevante e indispensável ao soerguimento empresarial sob pena de frustrar as finalidades da Lei nº 11.101/2005.

A discussão acerca da cláusula resolutiva assentada na hipótese futura de distribuição da ação de recuperação judicial atrai a competência do juízo da recuperação judicial porque não pode ser tida como caso de inadimplência da recuperanda e sim de abusividade da autonomia da vontade com impactos negativos em múltiplos interesses tutelados pela Lei nº 11.101/2005.

Como dito alhures, o princípio da autonomia privada não pode ser veículo para frustrar a pretensão constitucional ao progresso nacional. Existe abusividade no uso do princípio da autonomia da vontade quando a cláusula resolutiva preceituada no artigo 474 do Código Civil<sup>147</sup> prevê a distribuição da recuperação judicial como fato superveniente ensejador da ruptura contratual unilateral.<sup>148</sup> Existe abusividade na contratação e uso inidôneo dos preceitos do artigo 474 do Código Civil por atentar contra a interpretação sistemática do ordenamento nacional.

Embora não haja determinação leal de vencimento, o art. 49, ao estipular a conservação dos contratos, não permite a conclusão de que haveria liberdade contratual irrestrita. A autonomia contratual deve ser limitada diante dos interesses dos terceiros envolvidos no processo de recuperação judicial. (...) A cláusula de vencimento antecipado, outrossim, viola a sua própria função social (art. 421 do CC). (...) A cláusula de vencimento antecipado em virtude

---

<sup>147</sup> Código Civil. Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.)

<sup>148</sup> Apesar da polêmica, cremos que o argumento sustentado pelo Professor Waldírio Bulgarelli é o correto, pois se baseia no fato e que o mero pedido de recuperação judicial não é causa de resolução dos contratos bilaterais. Mesmo aplicando as normas de direito comum, a proteção que a lei dá à outra parte é o direito de exigir que o devedor preste caução. Além disso, o Código Civil de 2002 contém normas contratuais que devem ser respeitadas no exame dessa questão. A principal delas, evidentemente, é que o contrato deve ser pautado em razão e nos limites da sua função social, limitação que abrange tanto a liberdade de contratar quanto a de resolver unilateralmente os contratos. (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 332.)

da recuperação judicial deverá ser considerada juridicamente impossível e, nesses termos, deve ser entendida como não escrita.<sup>149</sup>

Em um cenário de crise, a análise de juridicidade da ruptura de um contrato empresarial por força da cláusula resolutiva (distribuição da ação de recuperação judicial) passa pelo reconhecimento da superação da vontade das partes expressa no momento da contratação pelos fundamentos das externalidades contratuais (pela flexibilidade da relatividade contratual) e pelos fundamentos do direito da empresa em crise.

Já a análise de juridicidade da ruptura do contrato empresarial de longa duração sem que exista previsão da cláusula resolutiva circunscrita ao pedido de recuperação judicial passa pelo reconhecimento da superação da vontade de uma das partes manifestada no curso do contrato<sup>150</sup> pelos fundamentos das externalidades contratuais (pela flexibilidade da relatividade contratual) e pelos fundamentos do direito da empresa em crise.

O fato é que em um cenário de crise tutelada pela Lei nº 11.101/2005, a manifestação de vontade, seja no momento da contratação (previsão de cláusula resolutiva), seja no curso da execução do contrato (sem cláusula resolutiva), deve ser parametrizada pelo direito da empresa em crise em face das funestas consequências aos interesses da coletividade (externalidades do contrato).

É este o motivo da pertinência de um microsistema jurídico de insolvência nacional<sup>151</sup> equipado com uma lógica jurídica própria. Tratar das relações de negócios relevantes para manutenção da atividade empresarial em um cenário de crise econômico-financeira em que as regras gerais do direito privado não são suficientes.

Portanto, o tema de estudo desta dissertação é a extinção da relação contratual operada por vontade unilateral sem justo motivo e antecipada com nefastos impactos para consecução

---

<sup>149</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 215-216.

<sup>150</sup> fundamentado na máxima jurídica de que ninguém é dado permanecer vinculado ao contrato sem sua vontade.

<sup>151</sup> A Lei 11.101, de 2005, amplamente reformada pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, constitui um microsistema, na acepção dada por Natalino Irti. A Lei especial contém normas pertinentes a vários ramos do direito e que, de modo coerente e sistemático, voltam-se ao enfrentamento da crise da empresa. Há regras de direito material – comercial, obrigacional, penal e até tributário – e de direito processual civil e penal. Todas elas devem ser interpretadas e aplicadas segundo princípios próprios do direito da insolvência. (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Comentários ao art. 1º. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 41.)

do objetivo da Lei nº 11.105/2005. O estudo está voltado à discussão do direito potestativo de pôr fim a um contrato antecipadamente, com ou sem cláusula resolutiva expressa, que seja imprescindível para o soerguimento da contratante que se encontra em reconhecida crise econômico-financeira.

### ***2.1.9 O Contrato Empresarial de Longa Duração como Ativo da Recuperanda***

Como é de conhecimento de todos, a Lei nº 11.101/2005 promoveu profundas alterações fazendo com que houvesse uma evolução do direito de insolvência para um direito da empresa em crise. Estas alterações superaram os conceitos e os parâmetros patrimonialistas que desconsideravam os ativos intangíveis. Os ativos intangíveis têm realce no mercado contemporâneo sendo que em muitos dos casos são o verdadeiro ativo empresarial.

Hodiernamente os ativos tangíveis dividem espaço e importância com a marca empresarial, com a gestão empresarial e com a capacidade de geração de fluxo de caixa futuro. A avaliação dos critérios de solvência empresarial mudou radicalmente impondo adequações na legislação que trata do direito da empresa em crise.<sup>152</sup> O valor da empresa está muito relacionado com o valor agregado pela sua atividade empresarial e não mais pelo acervo patrimonial tangível.

O valor da empresa está na atividade empresarial (*going concern*), ou seja, o negócio viável (gerador de riquezas) tem valor no mercado contemporâneo.

Tullio Ascarelli ensina que atividade é uma série de atos coordenáveis entre si em função de uma finalidade comum. (...) Prossegue explicando que a palavra ato, no caso, não deve ser tomada em seu sentido jurídico, mas sim como negócio, palavra que também há de ser tomada em sentido vulgar, comum. Portanto, atividade seria a série de negócios coordenados para um determinado fim, sendo os negócios parte integrante da atividade.<sup>153</sup>

A atividade empresarial, aqui tida como o desenvolvimento do próprio negócio, em muitos casos agrega valor maior do que o valor da sede da empresa, da sua planta fabril e da

---

<sup>152</sup> ET ALII, Marcos de Barros Lisboa. A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

<sup>153</sup> SZTAJN, Rachel. Art. 49. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 225.

sua frota de veículos, por exemplo. A marca empresarial, a gestão empresarial e a capacidade de gerar fluxo de caixa futuro estão intrinsicamente relacionados com a atividade empresarial. A marca e a gestão estruturam e direcionam a atividade empresarial para ser geradora de fluxo de caixa futuro. Isso exemplifica que tudo aquilo que está relacionado com a geração de benefícios econômicos e financeiros (riqueza) é um ativo empresarial. Lembrando que geração de riqueza empresarial não está vinculado necessariamente ao ganho objetivo e imediato de valor pecuniário. A riqueza empresarial pode estar relacionada, por exemplo, com a diminuição dos custos de produção de produtos e serviços.

É neste aspecto econômico que o contrato empresarial deve ser tido pelo juízo da recuperação judicial como um ativo empresarial a ser preservado. O fato de reconhecer que a natureza jurídica de um contrato empresarial, principalmente seus desdobramentos obrigacionais, é regido pelo direito, não inviabiliza a visão econômica de que os contratos são um ativo empresarial.

Segundo o professor Rubens Requião alguns contratos, principalmente aqueles contratos empresariais com cláusulas de exclusividade, geram incremento patrimonial para um dos contratantes.<sup>154</sup>

Trata-se de aferir valor e não de suscitar uma discussão jurídica. São justamente os contornos jurídicos de um contrato que trazem segurança e previsibilidade para que o mesmo possa ser tido como um ativo patrimonial. Um ativo patrimonial específico que pode ser individualizado, aferido e valorado.

Em uma concessória de veículo o fato gerador de todas as suas riquezas está assentado no contrato de concessão comercial de veículos automotores terrestre. O contrato de concessão comercial de veículos automotores terrestre é aquilo que mais deve ser preservado para que a atividade empresarial transcorra com regularidade e seja capaz de gerar lucro para os sócios e externalidades positivas para toda a sociedade.

Em uma visão econômica, o contrato empresarial de longa duração fundamental para a preservação da atividade empresarial é um ativo intangível como são as licenças, os direitos autorais (marcas e patentes), o software, a carteira de clientes e o capital intelectual. O fato é

---

<sup>154</sup> REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres), p. 120, citado por FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 165.

que o contrato empresarial de longa duração agrega valor a sociedade empresária. Uma concessionária de veículo sem um contrato de concessão de veículo tem baixo valor comercial. Uma distribuidora de bebidas sem um contrato de distribuição com o fornecedor tem baixo valor comercial. Uma empresa franqueada sem um contrato de franquia tem baixo valor comercial.

O patrimônio como universalidade de direito, artigo 91 do CC, é um complexo de relações jurídicas com valores econômicos.<sup>155</sup>

A atividade empresarial é um feixe ou nexo de contratos empresariais<sup>156</sup> fazendo com que o contrato de longa duração torne um elemento integrante do processo produtivo da empresa. Os fatores de produção são tidos como tudo aquilo que for essencial ao processo produtivo da empresa, fazendo com que o contrato empresarial seja tido como um fator de produção, como é o caso da terra, do trabalho e do capital.

O procedimento de recuperação judicial está aparelhado para que exista um ambiente estruturado de negociação. A proteção de ativos da recuperanda é importante para que este ambiente seja estruturado e que se possa pensar no soerguimento da atividade empresarial.

O contrato empresarial de longa duração fundamental para manutenção da atividade produtiva da recuperanda é um ativo da empresa capaz de dar concretude ao princípio da preservação da empresa na recuperação judicial. Em várias situações existe a hipótese de proteção de outros ativos da recuperanda para que os objetivos e finalidades da lei sejam atingidos.

Este contrato empresarial é um ativo tão importante quanto a planta fabril de uma indústria, quanto os caminhões de uma transportadora, quanto os maquinários de uma construtora, ou seja, fundamental para manutenção da atividade empresarial porque é um fator de produção diretamente ligado com a produtividade da recuperanda.

---

<sup>155</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

<sup>156</sup> Ronald Coase.

### ***2.1.10 Os Desestímulos ao Uso Inidôneo da Recuperação Judicial***

Para tratar de objetivo e de finalidade da norma é imprescindível tratar de ferramentas que possam mensurar a eficiência normativa. Assim, para tratar de eficiência normativa é salutar que se tenha a concepção de como os agentes econômicos se comportam diante das regras e quais são as estruturas de incentivos. As escolhas são feitas a partir de uma maximização racional de interesses dos agentes econômicos. Os interesses estão relacionados aos custos envolvidos nas opções feitas. As escolhas são sempre excludentes e, portanto, sempre existe um custo envolvido. A escolha por A excluiu a opção B. Quando existe uma escolha por algo, o agente econômico deixa de usufruir dos efeitos da outra opção, portanto, sempre existe um custo envolvido. O custo da escolha por algo é a renúncia dos efeitos que se teria com a outra oportunidade.

Este custo não é necessariamente pecuniário, mas no direito da empresa em crise é sempre a representação de um contexto econômico. É factível presumir que normalmente os agentes econômicos irão considerar os custos e os benefícios de suas escolhas. É racional presumir que os agentes econômicos farão as suas escolhas com a finalidade de maximizar o seu bem-estar econômico. É irracional presumir que um agente econômico adotará uma atitude que proporcione prejuízos maiores dos que os benefícios.

Este custo é denominado de custo de oportunidade (*trade off*) e evidencia que os agentes econômicos pautam as suas escolhas pela maximização racional de seus interesses.

O sistema normativo deve considerar esta escolha racional de maximização de interesses para estar aparelhado com os incentivos que direcionam as escolhas dos agentes econômicos para os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico. Os agentes econômicos reagem aos incentivos da norma e assim, desenvolvem atividades que irão contribuir com as finalidades do ordenamento jurídico.

Importa em averiguar os incentivos que existem no sistema jurídico de insolvência para que se possa aferir as consequências das normas. A eficiência normativa está intrinsecamente relacionada com as suas consequências práticas na vida dos agentes econômicos.

Neste aspecto, novamente, é necessário evidenciar o marco didático que é importante na construção da argumentação jurídica desta dissertação. O estudo será desenvolvido a partir do reconhecimento de que uma das contratantes esteja em estado de crise econômico-financeira. O estudo não promove nenhuma discussão acerca da caracterização da crise econômico-financeira ao fato de que o argumento irá ser construído a partir da premissa de que uma das contratantes esteja realmente em crise.

Este é um marco didático importante para abordar os critérios de estímulos ou de desestímulos que o ordenamento pátrio pode instituir aos contraentes de contratos empresariais de longa duração que se encontram em crise.

A instituição deste marco didático tem o condão de afastar a hipótese de que a manutenção compulsória de contratos empresariais pelo juiz da recuperação judicial possa ser utilizada como meio inidôneo de manutenção contratual. Seria a hipótese de que o empresário possa distribuir uma ação de recuperação judicial com o intuito específico de conseguir a manutenção de um contrato de longa duração, ou seja, a hipótese de um empresário que não está em crise econômico-financeira conseguir a manutenção do contrato empresarial por decisão do juiz da recuperação judicial.

Esta hipótese atentaria contra os princípios finalísticos da recuperação judicial por estar atendendo a um interesse individualista de um empresário e por estar banalizando os instrumentos instituídos pela lei de insolvência nacional que pretende o soerguimento empresarial. Ademais, esta hipótese estaria subvertendo os primados do direito empresarial que tem como primazia a liberdade de contratação.

As argumentações desta dissertação têm início a partir do reconhecimento do estado de crise econômico-financeira, pois reconhece que não haveria estímulos úteis no ordenamento brasileiro para esta hipótese de desvirtuamento da recuperação judicial.

Primeiro, porque a Lei nº 11.101/2005 tem critérios instituídos para aferição da crise empresarial que possa ensejar o deferimento do processamento da recuperação judicial. Este critério já é uma realidade e que é suficiente para afastar eventuais fraudes aos fins perseguidos na recuperação judicial.

Segundo, porque o procedimento de insolvência traz consigo vários novos custos de transação em que se verá envolvida a recuperanda, como, por exemplo, aqueles advindos da designação nominativa de empresa em recuperação judicial, da queda ou até da eliminação da expectativa de obter crédito bancário e até mesmo dos eventuais investidores, da dificuldade de firmar ou manter novos contratos empresariais com hipótese de pagamentos parcelados ou pagamentos futuros, da queda da credibilidade e da respeitabilidade empresarial, da indisponibilidade de bens patrimoniais, da eventual ingerência na gestão de seu empreendimento, entre outros.

Terceiro, porque existe outros procedimentos e outros parâmetros legais que podem promover a manutenção compulsória de contratos empresariais que não trazem consigo os custos (dificuldades) do procedimento de insolvência nacional. É o caso, por exemplo, da manutenção contratual a ser pretendida por empresa em bom estado de solvabilidade no juízo cível fundada nos preceitos do artigo 473 do Código Civil.

Quarto, porque a manutenção compulsória de contrato de longo prazo no curso da recuperação deve ser subsidiada por critérios específicos da crise empresarial. A presença concreta (não teórica ou ideológica) dos subsídios fáticos e jurídicos são indissociáveis da manutenção compulsória. Estes subsídios fáticos e jurídicos serão individualizados no capítulo três (03) desta dissertação.

Quinto, porque a Lei nº 11.101/2005 está aparelhada com preceitos punitivos para o uso inidôneo da norma. As situações de fraude e de lesões a interesses de terceiros e coletivos são situações que a norma reconhece que devem ser punidas criminalmente. A previsão de preceitos punitivos interfere no comportamento reacional do agente econômico gerando os efeitos *ex ante* da norma. Por outro lado, a subsunção da norma punitiva a um caso concreto praticado no curso da recuperação judicial gera os efeitos *ex post* da norma. Os efeitos *ex ante* e *ex post* da norma interferem no comportamento do agente econômico, pois criam desestímulos ao uso inidôneo da recuperação judicial.

Portanto, o estudo reconhece que não existe nenhum estímulo para o uso inidôneo da recuperação judicial como procedimento para alcançar a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração por determinação do juízo da recuperação judicial.

### ***2.1.11 A Recuperação Judicial e a Ordem Econômica Nacional***

A contextualização da ordem econômica constitucional nacional deve ser um elemento indissociável para compreensão dos instrumentos que promovem o progresso econômico no Brasil. O entendimento de que os parâmetros econômicos constitucionais condicionam os meios que impulsionam o desenvolvimento nacional, traz para a vida cotidiana do Direito Comercial a concepção de que a Lei de Recuperação Judicial é um instrumento a serviço da economia e do progresso nacional.

O enquadramento econômico do desenvolvimento nacional dado pela ordem constitucional é o balizamento substancial para todas as relações negociais que movimentam a cadeia produtiva pátria.<sup>157</sup> Indiscutivelmente estas relações negociais são solidificadas e estruturadas pelos contratos empresariais e são arregimentadas pelo procedimento da recuperação judicial quando a crise econômico-financeira assola os contraentes.

E é por este motivo que se passa a dar enfoque às primazias econômicas, com seus contornos sociais, preceituados no texto constitucional que condicionam, desde sempre, a liberdade negocial.

Já com uma concepção constitucional republicana e democrática instituída pela Constituição de 1891, os brasileiros conheceram a sua segunda Constituição republicana em 16 de julho de 1934. A Constituição de 1934, acompanhando as alterações que estavam acontecendo no mundo,<sup>158</sup> trouxe para o cenário constitucional os elementos estruturantes da ordem econômica nacional que deveriam arregimentar todo o arcabouço jurídico nacional. O

---

<sup>157</sup> A própria noção de política econômica implica a existência de fins a cuja perseguição deverá se adaptar todo o sistema, mediante distorções conscientemente impostas ao seu funcionamento, devendo entender-se aqui a palavra distorções como a significar uma forma de operação diversa daquela normalmente ditada pelos padrões do mercado. Apenas para exemplificar: até há algum tempo o mercado estava ávido pela importação de diversos produtos. Esta somente não ocorria pela incidência de altas tarifas aduaneiras e outras medidas impostas pelos responsáveis pela política econômica de então. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 207.)

<sup>158</sup> As preocupações econômicas ingressam de maneira explícitas nos textos constitucionais com a Constituição mexicana de 1917, nesta até com bastante detalhe no tocante a regulação fundiária. No entanto, maior repercussão e impacto alcançaria a Constituição alemã promulgada em agosto de 1919 – a Constituição de Weimar – com seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica (*Wirtschaftsleben*) paulatinamente imitado, embora com conteúdo diverso, por outras cartas que se lhe seguiram em vários países do mundo. Registre-se, entretanto: situada entre as duas, coloca-se a Lei Fundamental soviética de 1918, com extensa matéria de natureza econômica, voltada a implantar o sistema de economia coletivista, inclusive mediante normas que expressamente aboliam a propriedade privada da terra e demais riquezas naturais. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 207.)

capítulo específico que trata da ordem econômica nacional é totalmente vinculado a vários critérios sociais. A ordem econômica da Constituição de 1934 já é uma ordem econômica parametrizada pelas suas próprias matizes sociais o que afasta de plano a ideia de um mercado amplamente livre e desregulamentado.

Então a ordem econômica foi alçada a preceito constitucional e teve um capítulo específico com 28 artigos que trataram de monopólio de indústrias e de atividade econômica, de fomento à economia popular, do desenvolvimento do crédito, da nacionalização das instituições bancárias de depósitos e das empresas de seguros, da vedação à contratação de taxas de juros exorbitantes (proibição expressa da usura), da propriedade e exploração do subsolo e das quedas d'água, do estabelecimento das condições de trabalho, da proteção social do trabalhador, do exercício das profissões liberais, das concessões públicas, do amparo assistencial aos desvalidos, do estímulo à educação básica, do combate a endemias, da proteção à maternidade e à infância, do amparo à produção e da preservação dos interesses econômicos do país.

CONSTITUIÇÃO DE 1934 - TÍTULO IV – DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL - Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.<sup>159</sup>

A Constituição de 1934 idealizou a liberdade econômica condicionada aos princípios da Justiça e com o propósito de ser o meio para atender as necessidades da vida que proporcionem a existência digna a todos os brasileiros. Afasta-se a hipótese de relações negociais arregimentadas apenas pelas forças de mercado para a aproximação de uma liberdade negocial a ser praticada dentro de contornos jurídicos e normativos previamente instituídos constitucionalmente.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

<sup>160</sup> Mostra-se assim, a intersecção histórica do liberalismo político, da economia de mercado e do racionalismo codificador do direito, para culminar na crítica dos modelos e no surgimento dos complexos fenômenos do Estado intervencionista, da economia dirigida e do direito instrumentalizado. (FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. Prefácio à 1ª edição. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 10.)

Em 10 de novembro de 1937, o conceito republicano e democrático das Constituições anteriores foi sufocado por uma nova Constituição brasileira. No entanto, a Constituição de 1937 não pode ser desconsiderada como elemento normativo que tenha contribuído com a evolução para um Estado progressista ao fato de ter previsto um capítulo inteiro que trata da ordem econômica.

A ordem econômica nacional está prevista na Constituição de 1937, a partir do artigo 135 até o artigo 155. Dentre seus preceitos merece ser evidenciado a previsão de um primado à liberdade de iniciativa, à intervenção subsidiária do Estado na economia e às formas de intervenção do Estado na economia e ao conceito embrionário de proteção da concorrência.

CONSTITUIÇÃO DE 1937 - DA ORDEM ECONÔMICA – Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.<sup>161</sup>

A quarta Constituição do Brasil surgiu a partir de uma deliberação do Poder Legislativo nacional em 18 de setembro de 1946. Restabeleceu-se os conceitos republicanos democráticos e trouxe instrumentos sólidos para repressão dos atentados às garantias individuais que perduram até os tempos atuais. A democracia representativa foi premiada pela instituição de eleição direta para presidente da República em um regime verdadeiramente presidencialista.

Mas, aquilo que importa para este estudo está preceituado no capítulo da ordem econômica e social (art. 145 ao art. 162) merecendo relevo as previsões programáticas do artigo 145 e o novo conceito de propriedade trazido pelo artigo 147. A Constituição de 1946 inova o conceito de propriedade ao trazer a função social como um de seus elementos estruturantes e que depois foi o subsídio constitucional para a doutrina fundamentar a função social do contrato e da empresa.

---

<sup>161</sup> BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

A consagração da função social da propriedade no texto constitucional altera a estrutura da ação do Estado, que antes era caracterizada por parâmetro eminentemente negativo (poder de polícia/restrição) para passar a ter ações com parâmetro eminentemente positivo. Antes a ação do Estado era aquela capaz de evitar atividades que pudessem causar malefícios aos bens coletivos tutelados pela norma passando, a partir de 1946, para uma ação estatal capaz de garantir que a propriedade gere efeitos positivos que reverberem por toda a sociedade.

DA CONSTITUIÇÃO DE 1946 - TÍTULO V – DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL - Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. (...) Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 exaltou a importância da ordem econômica nacional (art. 157 a art. 166) a ser construída a partir de vários condicionamentos coletivos no âmbito social e econômico.

DA CONSTITUIÇÃO DE 1967 - TÍTULO V – DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL – Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (...) Art. 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para complementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

A Constituição cidadã elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte que foi promulgada em 05 de outubro de 1988 exaltou uma ordem econômica no Brasil que é fruto de uma acumulação de conquistas feitas desde a Constituição 1934. A ordem econômica parametrizada no bem-estar da coletividade a ser perseguida a partir das liberdades civis e da promoção das garantias individuais.

O progresso econômico foi instituído constitucionalmente como a mola propulsora capaz de promover a dignidade individual e a justiça social<sup>162</sup> pela perseguição vinculada e incessante do respeito à propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do hipossuficiente/consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução de desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego, do tratamento favorecido às empresas com vulnerabilidade no mercado (microempresa e empresa de pequeno porte) e do livre exercício de atividade econômica. O progresso econômico é idealizado a partir do desenvolvimento educacional, cultural, profissional, produtivo e social.

Em uma análise mesmo que perfunctório dos artigos 170 a 175 da Constituição de 1988, percebe-se que foi instituído um sistema econômico dual ou misto que determina que a vida econômica será instituída pelo encontro das decisões de mercado com as decisões políticas de Estado. O bem-estar da coletividade foi idealizado a partir de uma sociedade progressista e solidária que possibilite uma vida digna a todos os cidadãos por meio também de várias ações do Estado na economia.

O texto constitucional institui um sistema econômico descentralizado, mas permite a ação do Estado na economia (direção, absorção, indução) dentro dos parâmetros previamente consolidados no próprio texto constitucional.

A carta constitucional reconhece a importância das decisões de mercado, mas não esquece que o mercado não tem todos os elementos necessários para equacionar todas as necessidades econômicas vivenciadas pelos agentes econômicos e que impactam os interesses de toda a coletividade.

As falhas de mercado ganham importância como fundamento das diretrizes econômicas da carta constitucional porque o livre mercado não consegue superar sem consequências para toda a coletividade a falha de mobilidade, a falha de transparência, a falha

---

<sup>162</sup> O princípio da função social passa intimamente pelo viés constitucional materializado o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição da República (a propriedade atenderá à sua função social), cuja interpretação deve ser sistematizada com o artigo 170, inciso III, da mesma Carta. Tais dispositivos constitucionais elencam abstratamente a função social como elemento essencial da propriedade privada e da ordem econômica. (SILVEIRA, Arthur Alves; FERNANDES JR, João A. Medeiros; MEDEIROS, Laurence Bica. Os vetores constitucionais da função social no processo de recuperação judicial. *In*: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 606.)

de estrutura, a falha de sinal, a falha de incentivo e a falha analítico-institucional. A preocupação com as falhas de mercado pode ser percebida no § 4º do artigo 173 do texto constitucional que expressamente reprime o abuso do poder econômico em todas as suas facetas, ou seja, reprime a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

As falhas de mercado, que são as deficiências intrínsecas e estruturais do livre mercado, já justificam a intervenção do Estado em um sistema constitucional dual em face dos interesses da coletividade tutelados constitucionalmente. A intervenção do Estado vem suprir os pressupostos de funcionamento do mercado, ou seja, a justificativa constitucional de ingerência do Estado é sempre quando as forças de interesses individuais retiram os pressupostos de funcionamento do livre mercado.

A ação do Estado na economia nacional foi idealizada como meio de manter a operacionalidade do mercado e para garantir a concretização de alguns interesses relevantes para sociedade que quase sempre são desmerecidos no jogo de interesses individuais. A falha de incentivo é aquela presunção de que não existem incentivos nas relações econômicas individuais para preservação automática de interesses coletivos como o progresso nacional ou o pleno emprego.

A ação do Estado, subsidiada pelo artigo 174 da carta constitucional, não é uma ação burocrática que quase sempre dificulta a atividade empresarial, mas sim uma ação que impulsiona a iniciativa privada na atividade de produção de bens e serviços com medidas que maximizem a eficiência do mercado.

A busca pela eficiência do mercado é parametrizada na carta constitucional pelo princípio da livre iniciativa, da propriedade privada, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, que juntos são tidos como os princípios protetores do sistema de mercado.

É dentro deste contexto econômico constitucional programático que o progresso econômico nacional está idealizado que se extrai os motivos determinantes da Lei nº 11.101/2005 que previu a recuperação judicial da empresa em crise.

Tem-se uma legislação infraconstitucional que acomoda os interesses econômicos individuais dos contratantes, mas, privilegia todas as externalidades positivas advindas das relações contratuais firmadas no âmbito das atividades empresariais. Os interesses econômicos individuais devem ser preservados nas relações contratuais empresariais não para atender apenas os interesses dos contraentes, mas também para servir ao propósito constitucional do constante progresso da nação.

É perceptível que os motivos determinantes da recuperação judicial no Brasil são econômicos e voltados ao atendimento dos preceitos constitucionais da ordem econômica nacional e não voltados para o atendimento específico dos interesses (vontades) individuais dos empresários assolados pelos efeitos da crise.

A primeira diretriz a ser seguida, portanto, é que, além dos interesses do devedor e dos credores, o direito da empresa em crise deve buscar uma organização eficiente de todos os demais interesses, centrando-se na busca da concretização do interesse público (na concepção romana, ou seja, de interesse do povo), expresso nos princípios e objetivos da ordem econômica estabelecidos no art. 170, da CF/1988. Em uma palavra, parte-se do pressuposto de que o direito da empresa em crise constitui um importante instrumento de implementação de políticas públicas, constituindo um dos capítulos da política econômica.<sup>163</sup>

O dirigismo estatal<sup>164</sup> condiciona as relações contratuais na instituição de um microsistema jurídico, como a Lei nº 11.101/2005, para acomodar os interesses individuais em um contexto de socialidade. A Lei nº 11.101/2005 é um instrumento (direito instrumentalizado) de uma carta constitucional que tem diretrizes programáticas (Constituição social democrática) que preza pelo progresso nacional a partir de uma política de economia dirigida. A crise empresarial, que impacta a economia local, regional e nacional, precisa ser arregimentada pelo Estado (economia dirigida) justamente porque o soerguimento da atividade empresarial não se dará pelas forças do livre mercado<sup>165</sup> e impactará interesses (bem) da coletividade tutelados constitucionalmente.

---

<sup>163</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 186-190, abr./jun. 2007.

<sup>164</sup> “[...] o Estado legislador intervém na autonomia da vontade toda vez que vislumbra a ameaça de violação direta ou indireta dos valores sociais consagrados em princípios maiores do ordenamento jurídico, manifestada pela dominação econômica de um contratante sobre os demais; ou quando esse poder econômico é capaz de ameaçar a economia popular. (MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, v. 364, p. 7, 1998.)

<sup>165</sup> Nesta circunstância, as regras de mercado (evidências estruturais) parecem não alcançar todos os agentes, havendo, por exemplo, megaempresas e grandes conglomerados que passam a agir por regras próprias que

O procedimento da recuperação judicial é idealizado para os mercados imperfeitos. A intervenção do Estado por meio do procedimento da recuperação judicial acontece nos mercados reais, ou seja, nas hipóteses de oportunismos e de assimetrias informacionais que geram e externalizam grandiosos custos de transação. A recuperação judicial é um instrumento de intervenção estatal com a função de internalizar os custos do insucesso empresarial para tutelar os direitos dos impactados com a crise da recuperanda.

A crise empresarial precisa ser arremetida pelo Estado para evitar ou mitigar os efeitos da paralisação da atividade empresarial na microeconomia e na macroeconomia. Além das consequências microeconômicas que podem ser evidenciadas pela inutilidade dos recursos escassos já aplicados naquela atividade empresarial em crise, prejuízos de terceiros, crise em atividades correlatas como a indústria de bens de consumo que seria fomentada pelos trabalhadores desempregados como também pela própria empresa em crise e pelos setores de insumos correlacionados com a produção de bens e serviços da empresa em crise, existem também as consequências macroeconômicas que podem ser percebidas pelo desemprego, pela inflação e nos impactos no PIB.<sup>166</sup>

Isso é muito perceptível quando são evidenciados os objetivos do microsistema jurídico de insolvência nacional que instituiu um ambiente negocial condicionado e promoveu alterações substanciais nos termos previamente acordados nos contratos empresariais justamente a partir de uma flexibilidade da relatividade contratual.

---

subvertem as de mercado. Isto revela, em partem um mundo de aparências (o livre mercado) que denuncia pela prática sem limites da livre iniciativa como um jogo de grandes interesses. (FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. Prefácio à 1ª edição. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 10.

<sup>166</sup> PIB – Produto Interno Bruto. (...) Trata-se de uma varável que capta o nível de atividade econômica de uma região. (...) A definição provavelmente mais conhecida é a que o PIB corresponde ao valor de mercado dos bens e serviços finais produzidos em uma economia em determinado período de tempo. (...) Consumo (C): bens e serviços adquiridos pelos consumidores. Maior componente do PIB da grande maioria dos países. No Brasil, equivale a cerca de 60% do PIB. Ex: alimentos, carro novo, consulta médica, passagens aéreas etc. pg. 72. (...) Desemprego. (...) Discussões sobre emprego e desemprego estão muito relacionados com o produto (PIB). Isto porque quando a economia encontra-se em fase de expansão, o produto está crescendo. Para tanto é necessário que mais pessoas sejam contratadas, o que implica em maior emprego (menor desemprego). (...) Pesquisas domiciliares são realizadas (um exemplo, para o Brasil, é a Pesquisa Mensal de Emprego – PME, do IBGE) que questiona, entre outras coisas, se o indivíduo tem ou não emprego no momento da entrevista. Pg. 75. (...) Inflação. (...) Inflação diz respeito à elevação generalizada nos preços da economia ou no nível geral de preços. (...) Outro item de interesse para os economistas é a famosa relação negativa entre inflação e desemprego, a chamada Curva de Phillips. pg. 77. (ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco, SHIKIDA, Claudio Djissey. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 72-77.)

O estudo dos objetivos e das finalidades da lei de insolvência é relevante para demonstrar que o dirigismo estatal ao flexibilizar a relatividade dos contratos empresariais não está buscando os interesses das partes contraentes ou instituindo critérios assistencialistas ou paternalistas nas relações contratuais. Não se trata de criar políticas distributivas através das relações privadas e sim, se está pensando na concretude dos valores constitucionais do arcabouço econômico nacional.

Todo o procedimento legislativo que culminou com a promulgação da Lei nº 11.101/2005 foi norteador pelas consequências positivas que o instrumento jurídico (Lei) teria na economia nacional.<sup>167</sup>

Esse interesse pela economia nacional está expressamente registrado no relatório de apresentação da Lei nº 11.101/2005 emitido do Senado Federal. Em análise ao relatório fica nítido que o propósito da lei é trazer concretude aos preceitos constitucionais que arregimentam a econômica brasileira.

Aceito todavia a honraria, reconhecendo a importância desta nova norma não só para o sistema jurídico, mas para a própria economia brasileira, louvando o trabalho e iniciativa do Congresso Nacional, exortando todos aqueles ligados ao tema a divulgarem e utilizarem este inovador instrumento jurídico, que pretende marcar uma nova era, especialmente no que pertine à recuperação de empresas em dificuldade, dando novo alento e impulso à nossa economia.<sup>168</sup>

A Lei nº 11.101/2005 que trata da recuperação judicial, constituída com diretrizes e não simplesmente aspectos econômicos, é um instrumental a serviço de uma política econômica constitucional instituída para garantir a existência de um livre mercado pautado na livre concorrência e na livre iniciativa que seja útil na consagração do bem-estar coletivo.

---

<sup>167</sup> A luta para baixar o custo do crédito esteve presente na agenda legislativa, como a criação de várias leis. Nesse diapasão, foram editadas várias leis de caráter eminentemente econômico, visando trabalhar a relação direito/economia por meio de uma complexa moldagem de incentivos. Assim, foi editada a nova lei falimentar (Lei nº 11.101/2005), a Lei de fomento do mercado imobiliário (Lei nº 10.931/04), a Lei dos Títulos Agropecuários (Lei nº 110.076/2004), a lei de apoio ao micro crédito (Lei nº 11.101/2005), entre outras. (WALD, Arnaldo Wald; WAISBERG, Ivo. *Contrato Bancário*. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 55.)

<sup>168</sup> BRASIL. Senado Federal. *Relatório do Senado Federal – Lei nº 11.101/2005*. Senador Tasso Jereissati. Brasília, DF, 2005. p. 5.

Portanto, não existe nenhuma pertinência na interpretação jurídica que possa ser traduzida em uma aplicabilidade dos contratos empresariais que seja dissociada da importância dos efeitos econômicos gerados para além do círculo de interesse dos contraentes. Muito mais ainda, quando a interpretação precisa ser feita dentro dos contornos do microsistema que arregimenta o soerguimento da empresa em crise.<sup>169</sup>

Este estudo está alicerçado em um instrumento da política econômica nacional<sup>170</sup> que é o procedimento da recuperação judicial. Os instrumentos da política econômica nacional são os meios (conceitos operacionais aproveitáveis)<sup>171</sup> para que os fins constitucionais (progresso econômico; estabilidade econômica; justiça econômica; liberdade econômica) possam ser concretizados a partir das relações empresariais.

E é neste contexto macroeconômico que deve ser encontrada uma interpretação capaz de acomodar o contexto microeconômico caracterizado pelas dificuldades advindas das relações de negócios de longa duração firmadas por empresário assolado pela crise empresarial.

## 2.2 O Objetivo da Recuperação Judicial

Mesmo que este estudo esteja relacionado com uma lei vigente desde o mês de junho de 2005,<sup>172</sup> a análise dos motivos do seu objetivo continua sendo um tema atual justamente porque a aplicabilidade desta norma continua acontecendo hodiernamente.

---

<sup>169</sup> As ambiguidades normais da escrita, as percepções diferentes das partes, a necessidade comercial ou até a falta de boa-fé, elementos habituais e muitas vezes cumulados, podem levar à necessidade de interpretação contratual. E caso isso ocorra, a interpretação passa a ser elemento de estabilização do mercado, pois ela dará o sentido ao contrato, que por sua vez é o instrumento de construção do mercado. É um ato, portanto, de suma relevância e impacto. Pensar em regras interpretativas é uma necessidade prática e não uma escolha acadêmica. (WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018. v. 2, p. 608.)

<sup>170</sup> Os meios e instrumentos de que pode lançar mão o Estado na condução de sua política econômica podem ser classificados em cinco grandes categoriais: Instrumentos de finanças públicas, Instrumentos monetários e creditícios, Instrumentos cambiais, Meios de controle direto, Adaptação institucional. (...) a adaptação institucional (...) É o caso típico das leis sobre sociedades, sobre desapropriação, reorganização de empresas, locação, bolsas e tantas outras (...). (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.)

<sup>171</sup> Terminologia utilizada por Fábio Nusdeo. (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 177.)

<sup>172</sup> Lei nº 11.101/2005 - Art. 201. Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação. (BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.)

Ademais, o estudo acerca do objetivo da recuperação judicial é necessário para as conclusões acerca da manutenção compulsória dos contratos empresariais determinados pelo juízo da recuperação judicial.

A identificação do objetivo da recuperação judicial está expressa no corpo da Lei nº 11.101/2005 no artigo 47 como sendo a viabilização de meios capazes de superar a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o devedor viável economicamente.

Dispõe expressamente a LRE que, por meio da recuperação judicial, objetiva “viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor”. O pressuposto objetivo a ser considerado é este, genericamente indicado. Não se exige que a situação esteja marcada pelo inadimplemento de certa obrigação, ou que se mostre iminente a impossibilidade de cumprir os compromissos financeiros assumidos. O legislador não se prende a fórmulas: a crise existe, e ninguém mais apto do que o devedor para proclamá-la. O que se quer, agora, é possibilitar o meio para a sua superação.<sup>173</sup>

Este estudo tem o interesse de tratar dos elementos que motivaram o legislador a especificar a viabilidade da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor como um pressuposto objetivo da recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 incorporou os critérios da teoria da empresa que haviam sido introduzidos no ordenamento pátrio pelo Código Civil de 2002 e trouxe significativas alterações conceituais ao Direito da empresa em crise.

A teoria da empresa foi articulada primeiramente pelos doutrinadores italianos para superar os parâmetros legais da teoria dos atos de comércio. A teoria dos atos de comércio sugeridas pelos franceses foi o substrato para arregimentar o Código Comercial Brasileiro de 1850. A teoria dos atos de comércio definia o âmbito de atuação (aplicabilidade) da legislação mercantil pela identificação de alguns atos que eram tidos como atos de comércio. No Brasil tivemos inclusive a regulamentação do Código Comercial que trouxe uma lista de atividades tidas como sendo atos de comércio.

A teoria da empresa foi pensada como uma teoria capaz de atender às expectativas advindas das relações de negócios que não eram supridas pela teoria dos atos de comércio. Esta

---

<sup>173</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 102, 2005.

teoria não atendia a complexidade da economia contemporânea porque desprezava as características da empresa e se apegava apenas na identificação de algumas de suas atividades.

A teoria da empresa instituída no ordenamento pátrio pelo Código Civil de 2002 consagra as características da empresa contemporânea ao vincular a vigência da legislação mercantil ao conceito de empresário. O artigo 966 do Código Civil nacional identifica o empresário como sendo aquele que desenvolve atividade econômica e organizada para produção ou circulação de bens ou serviços com a intenção de obter lucro ou ganhos econômicos.

Do conceito de empresário, tem-se que a empresa é a atividade economicamente organizada para produção ou circulação de bens ou serviços capaz de gerar lucro ou ganhos econômicos. Os critérios da teoria da empresa consolidados no Código Civil de 2002 trazem a identificação autônoma da atividade empresarial como sendo a característica peculiar que identifica a empresa.

Fundamental compreender o conceito de atividade. A empresa é formada pelo elemento subjetivo (o empresário) e pelo elemento objetivo (o estabelecimento empresarial). Esses dois elementos devem ser organizados, isto é, a estruturação da força de trabalho própria e de terceiros e dos bens e direitos, com vista à colocação de um bem ou serviço no mercado. O complexo de atos necessários para manter essa organização produtiva dinamicamente em funcionamento abastecendo o mercado e circulando riqueza é a atividade empresarial. O conceito está centrado nessa atividade e na sua dimensão econômica, por isso abrange produção e circulação de bens ou serviços, pois, em regra, pouco importa o objeto em si, mas sua inserção no mercado com valor econômico. Fábio Ulhoa Coelho bem notou que essa brutal diferença fez com que a teoria da empresa fosse mais do que uma mera substituição da figura do comerciante, mas um novo modelo de disciplina privada da economia.<sup>174</sup>

A empresa é a atividade.<sup>175</sup>

Esta definição é importante para o estudo da recuperação judicial para termos evidenciado que a empresa não é o devedor e não é o estabelecimento. O empresário é o

---

<sup>174</sup> WAISBERG, Ivo. Comentário art. 985 e 986. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1344.)

<sup>175</sup> (...) é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata". (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.)

representante da empresa e, portanto, é o empresário quem assume compromisso (obrigações) e agrega patrimônio (bens sociais ou da sociedade). O estabelecimento é a estrutura de ativos necessários para o desenvolvimento da atividade da empresa.

Para este estudo da recuperação judicial, o empresário é o devedor, o estabelecimento é um ativo e a empresa é o valor social tutelado pela Lei nº 11.101/2005.

A empresa é uma atividade, um fenômeno multifacetário e dinâmico, não sendo propriamente sujeito nem objeto de direito. Não se confunde com o empresário, que é sujeito de direito. Também não pode ser confundida com o estabelecimento empresarial, que é o objeto de direito. Ela é a atividade em si, uma concepção abstrata, oriunda de uma contatação econômica fática.<sup>176</sup>

Esse critério é incorporado pela Lei nº 11.101/2005 ao transparecer que não tem como objetivo tutelar o empresário/devedor e nem proteger o patrimônio da empresa dos ataques de seus credores. A recuperação judicial tem o objetivo de viabilizar os meios de superação da situação de crise do empresário insolvente para que seja possível a preservação da atividade empresarial. O patrimônio da empresa terá proteção legal desde que esteja vinculado ao objetivo de manutenção da atividade empresarial. O fato é que o ativo da empresa não está vinculado ao conceito de atividade empresarial e é justamente por isso que é perfeitamente possível se falar em liquidação total de ativos no curso da recuperação judicial e não se atentará contra a manutenção da atividade empresarial.

É claro, que é muito comum que para o desenvolvimento da atividade empresarial seja necessários o gozo e o uso do patrimônio da empresa. São tidos pela Lei nº 11.101/2005 como sendo os ativos necessários e imprescindíveis para o desenvolvimento da atividade empresarial. Mas, o foco continua sendo a atividade empresarial.

Como já foi exposto nesta dissertação, a recuperação judicial inovou o solucionamento da crise do devedor no ordenamento nacional ao trazer a manutenção da atividade empresarial viável economicamente como uma premissa da lei. A Lei nº 11.101/2005 ainda definiu expressamente qual o objetivo que deve ser perseguido para que aquela premissa legal possa

---

<sup>176</sup> WAISBERG, Ivo. Comentário art. 985 e 986. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1344.

ser concretizada. A viabilização para a superação da situação de crise momentânea de devedor economicamente viável é o objetivo<sup>177</sup> para persecução das finalidades da lei.

A tutela da Lei nº 11.101/2005 está voltada para atividade economicamente organizada para produção e circulação de bens e serviços para que seja possível que todos possam ser beneficiados pelos efeitos da função social da empresa e usufruam do bem-estar social proporcionado pelo desenvolvimento nacional.<sup>178</sup>

Tem-se que a reorganização da recuperanda é indissociável da pretensão de solução da situação de crise empresarial no Brasil. A reorganização da empresa devedora viável economicamente é o objetivo identificado pelo legislador como sendo o meio para manutenção da atividade empresarial.

A atividade empresarial é tida como um valor social desagregado do devedor e do estabelecimento empresarial. A lei está voltada para manutenção da atividade empresarial, pois reconhece a sua imprescindibilidade para que a circulação de riqueza possa promover o desenvolvimento nacional. A atividade empresarial propicia os meios para que seja possível gerar e transferir as riquezas que propiciam o desenvolvimento nacional.

A atividade empresarial é um fenômeno social. A sua manutenção gera benefícios e a sua paralisação gera consequências maléficas para a coletividade. Os impactados pela atividade empresarial são muitos e os interesses atingidos extrapolam os aspectos individuais do devedor e dos credores. Este é um elemento motivador importante na definição do objetivo da recuperação judicial. O objetivo da recuperação judicial foi identificar um meio capaz de condicionar os interesses da coletividade.

---

<sup>177</sup> 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 emprego, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. (ET ALII, Marcos de Barros Lisboa. A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42.)

<sup>178</sup> O foco da regulação da LREF não é o sujeito, isto é, o empresário individual ou a sociedade empresária (ou o seu controlador), mas sim os fatores de produção devidamente organizados para o exercício da atividade empresarial. (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017. p. 88-89.)

A viabilidade da superação da situação de crise da recuperanda terá a atenção do Poder Judiciário para que seja possível tutelar os interesses de todos os impactados pela eventual paralisação da atividade empresarial.

Existem diferentes impactados pela crise empresarial. Alguns agentes econômicos impactados assumiram espontaneamente os riscos pelo relacionamento com a recuperanda sendo que outros não tiveram a mesma liberdade de escolha. O empresário credor, com ou sem garantias de créditos, tem uma estrutura de negócio e um aparato técnico a sua disposição para subsidiar a tomada de decisão de se relacionar ou não com outro empresário. A análise de risco e de viabilidade do negócio são condicionamentos comuns no momento da contratação de uma relação empresarial.

Esta não é a situação do trabalhador com créditos a receber e muito menos é a situação do trabalhador sem créditos a receber e ameaçado de perder o emprego. A situação do consumidor também difere, pois não há como se fazer análises de riscos e de viabilidades dos produtos disponíveis no mercado e que são necessários ao bem-estar cotidiano. Ademais, são incontáveis os impactos que podem interferir na vida dos consumidores advindos da concorrência pela exclusão do mercado de uma atividade empresarial significativa na sua região.

Perceptível que além dos interesses daqueles que foram diretamente impactados pela crise da recuperanda, a recuperação judicial foca na tutela dos interesses de impactados sem direito de créditos e impactados que não são identificáveis.

Os interesses jurídicos a serem tutelados pela recuperação judicial não são circunscritos aos interesses do devedor e da coletividade de credores fazendo com que o objetivo da lei tenha a pretensão de tutelar os interesses coletivos de vários impactados pela crise.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> Essa Lei pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na lei anterior. A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*: comentada artigo por artigo. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.)

A liquidação de ativos não é capaz de atender aos interesses tutelados pela recuperação judicial e por isso tem-se como norte a viabilização da superação da situação de crise financeira econômica da recuperanda.<sup>180</sup>

### 2.3 As Finalidades da Recuperação Judicial

Todos os aspectos jurídicos relacionados na recuperação judicial estão alinhavados para a manutenção da atividade empresarial da recuperanda. A intenção primeira é fazer com que a atividade empresarial continue apta a manter os empregos, a gerar novos empregos, a gerar novos negócios, a manter as relações de negócios previamente acordadas, a honrar com os pagamentos novados no plano de recuperação, a pagar os eventuais impostos atrasados e a manter o pagamento regular dos novos impostos.

A doutrina<sup>181</sup> classifica as finalidades da recuperação judicial em dois (02) tipos. Têm-se as finalidades que podem e devem ser atendidas em um médio prazo e as finalidades que serão atendidas apenas após o transcurso de um longo prazo. As finalidades de médio prazo e a finalidades de longo prazo.

É perceptível que o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 instituiu prioridades:

Artigo 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.

As finalidades da recuperação judicial estariam vinculadas aos critérios de prioridades especificados na lei. As prioridades da lei estão relacionadas com a sua plausibilidade de atendimento e pautadas por uma análise factível da situação de crise. Não é plausível e não é

---

<sup>180</sup> Evidente é a importância que a empresa possui para a economia de uma sociedade, tanto que a grande parte dos empregos e da produção de riqueza é criada pela sua atuação no contexto regional e mundial. (...) A enorme participação que a empresa possui na economia moderna foi notada também sobre o direito falimentar clássico. Verificou-se que a liquidação de uma empresa provocaria graves consequências para a sociedade civil, Estado, tributos, consumidores, acionistas, mercado etc., e que esta situação não se coadunava mais com a realizada empresarial, e da sua importância como fonte de preservação do capitalismo. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 09.)

<sup>181</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, 2005.

factível (critério de racionalidade econômica) ter a expectativa de que uma empresa viável assolada por uma crise estrutural possa estar gerando todas as externalidades positivas previstas na Constituição Federal (artigo 170 da CF) na data da homologação do plano. No planejamento dos planos de soerguimento (planejamento estratégico), os interessados devem ter consciência daquilo que é plausível e factível. Não se trata da idealização de um sonho teórico e sim de um plano plausível e factível. O tempo é fato determinante na persecução das finalidades da recuperação judicial.

A lei institui com primeira finalidade de médio prazo a manutenção da fonte produtora. A manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção da atividade empresarial deve apresentar viabilidade para atender estas finalidades de médio prazo. A viabilidade econômica do plano de soerguimento deve estar primeiramente relacionada com a capacidade da recuperanda em manter a operação empresarial para que seja possível manter os empregos e os pagamentos dos créditos novados e dos créditos não sujeitos a recuperação.

A estruturação do procedimento da recuperação judicial é coerente com estas finalidades de médio prazo tendo em vista que em um primeiro momento existe a suspensão de pagamentos de todos os seus créditos sujeitos e são atribuídos alguns condicionamentos aos créditos não sujeitos para que seja possível no momento mais crítico direcionar os recursos financeiros disponíveis para a manutenção da operação.

A manutenção da fonte produtora estaria tutelada pela recuperação judicial já no início do procedimento em face da possibilidade de realocação de recursos financeiros. Estes recursos que estariam sendo alocados para pagar créditos sujeitos ou que estavam sendo retirados do caixa da empresa de forma forçada (bloqueios judiciais e cumprimento de acordos judiciais) agora podem ser realocados para a manutenção regular da atividade empresarial. Com a manutenção da atividade empresarial é plausível e factível que em um médio prazo a recuperanda esteja em condições de garantir os empregos e honrar com os seus compromissos.

Assim, é plausível e factível esperar que com a estrutura institucionalizada da crise, promovida pela recuperação judicial, a recuperanda tenha condições de manter a fonte produtora e em um médio prazo possa garantir o emprego dos seus empregados, honrar com os pagamentos dos créditos novados e com os pagamentos dos créditos não sujeitos ao plano.

Percebe-se que as finalidades de médio prazo já estão relacionadas com as externalidades da crise, ou seja, com o propósito de impedir ou minimizar as consequências da crise e não necessariamente com os interesses da recuperanda e dos seus credores individualizados. Tem-se a manutenção da operação para tutelar os interesses dos trabalhadores e dos credores. Não é desmedido evidenciar que honrar com os pagamentos dos créditos novados e com os pagamentos dos créditos não sujeitos ao plano está relacionado com a tutela do crédito e não com a tutela do credor individualizado.

Ademais, a manutenção da fonte produtora propicia a continuidade dos relacionamentos de negócios, do atendimento dos interesses dos consumidores, favorece a manutenção do equilíbrio concorrencial, a satisfação daqueles agentes econômicos impactados que não têm crédito e daqueles agentes econômicos impactados que não podem ser identificados.

Já as finalidades de longo prazo estão alinhavadas com a evolução da atividade empresarial da recuperanda no tempo. Ao final do período de fiscalização instituído pelo artigo 61 da Lei nº 11.101/2005, independentemente do tempo instituído no plano para pagamentos dos créditos novados, têm-se expectativas para o cumprimento das finalidades de longo prazo da recuperação judicial.

Após o transcurso do prazo do artigo 61 da Lei nº 11.101/2005, a recuperanda deve estar apta a estar no mercado. Independentemente da função do prazo instituída pela norma é fato concluir que o prazo de 02 (dois) anos é um prazo razoável para que a recuperanda possa ter alcançado o equilíbrio econômico-financeiro necessário ao soerguimento. Lembrando que a este prazo de 02 (dois) anos é acrescido o prazo médio de 365 dias<sup>182</sup> entre a distribuição da recuperação judicial e a homologação do plano.

Tem-se um período razoável e muito mais favorável ao reequilíbrio econômico-financeiro visto que os créditos foram novados com deságio e parcelamentos, que eventualmente tenham existido incentivos (sem sucessão)<sup>183</sup> a alienação de ativos patrimoniais

---

<sup>182</sup> Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Observatório da PUCSP.

<sup>183</sup> Um dos pontos de maior relevância para o sucesso da presente lei, bem como para a recuperação da empresa, está previsto neste dispositivo. Com base na nova lei, a alienação dos bens do devedor estará livre de qualquer ônus, sendo que o arrematante não será considerado sucessor em nenhuma hipótese, nem mesmo tributária, salvo

desnecessários a operação empresarial e que os bens essenciais estejam à disposição da operação empresarial.

A preservação da empresa é a finalidade nuclear, pois somente em condições viáveis de estar no mercado é que a empresa gerará naturalmente os efeitos sociais advindos de suas atividades e estimulando a atividade econômica nacional.

Manutenção da fonte produtora é um conceito diferente de preservação da empresa.

As finalidades da recuperação judicial extraídas do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 são a manutenção da fonte produtora, a manutenção do emprego dos trabalhadores já contratados pela recuperanda, a regularidade com os pagamentos dos créditos novados e dos créditos não sujeitos, a preservação da função social da atividade da recuperanda e a manutenção do estímulo à atividade econômica nacional.

Os interesses individuais dos envolvidos na recuperação judicial não estão elencados como finalidades da Lei nº 11.101/2005. E como ficou noticiado no tópico antecedente, os interesses individuais dos envolvidos também não são tidos como objetivo da recuperação judicial.

A persecução da lei é pelo cumprimento de seu objetivo para que seja possível ter expectativas acerca da concretude das suas finalidades.

## **2.4 Os Princípios na Recuperação Judicial**

O Direito vem se transformando pelas suas próprias insuficiências. Ficou reconhecido que aplicar o Direito nas questões práticas da vida a partir de uma interpretação exclusivamente vinculada ao texto literal da lei era insuficiente. A resposta do ordenamento nacional, a insuficiência desta interpretação lógico-formal foi trazer valor para o corpo da lei através de um contexto principiológico. A interpretação do Direito nacional está vinculada à lei com conotações valorativas.

---

quando o arrematante for sócio da sociedade falida ou sociedade controlada pelo falido; parente em linha reta ou colateral até o 4º grau, consanguíneo ou afim do falido ou de sócio da sociedade falida; ou identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. (ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Confrontada e Breves Anotações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.80.)

O ordenamento pátrio tem valores a serem perseguidos na aplicabilidade das regras e por isso é tido como um sistema jurídico aberto que promove o diálogo dos valores normativos com a situação vivenciada pelo destinatário da norma.

Os princípios, antes vistos como meras referências subsidiárias, sem atribuição de eficácia normativa própria, hoje constituem os novos protagonistas do direito contratual. Se, por um lado, tais normas possuem maior flexibilidade e deixam espaço para o intérprete adaptar o texto normativo à diversidade de situações fáticas encontradas na vida econômica; por outro lado, ampliam o espectro de discricionariedade e o poder criativo do magistrado. Registre-se que a tarefa do intérprete, cuja atividade passa a fazer parte do processo de construção da juridicidade, deve estar sempre vinculada ao “complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, [sendo esta a] única garantia do pluralismo e da democracia. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p.237-240.<sup>184</sup>

As regras gerais do ordenamento jurídico não conseguem tratar de toda as exceções arregimentadas pelo procedimento da recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005. Algumas das consequências da crise empresarial são exceções às regras gerais (falha de mercado) que também precisam ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. Este estudo está relacionado a situações empresariais peculiares que são vivenciadas por contraentes e que não encontram solucionamentos na regra geral do ordenamento.

As situações peculiares vivenciadas pelos contraentes são sempre caracterizadas pelos aparentes confrontos de valores jurídicos. O fato é que os valores esculpidos no preceito constitucional do livre exercício da liberdade econômica podem ser ponderados com outros valores que compõem o sistema jurídico nacional, inclusive de índole constitucional, como é caso da função social da empresa, do pleno emprego, do progresso nacional, entre outros. Os valores jurídicos do livre exercício econômico devem ser compatibilizados com todos os valores que estruturam o sistema jurídico nacional.

O princípio da preservação da empresa (valor jurídico) é uma norma aberta de caráter programático e de índole interpretativa, expressamente prevista no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que deve nortear a operacionalidade de todo o procedimento da recuperação

---

<sup>184</sup> SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O contrato de consórcio financeiro e o cumprimento da função social. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 195.

judicial. A interpretação dos preceitos da Lei nº 11.101/2005 sempre há de ser feita de forma sistematizada para que sempre o intérprete esteja trabalhando para que existam ações que privilegiem os meios de soerguimento da recuperanda.

Além disso - e mais importante -, a leitura completa de um diploma como a Lei de Recuperação e Falência, para que se compreenda por inteiro a estruturação dos institutos nele previstos, não pode se afastar do primordial reconhecimento principiológico da preservação da empresa. A interpretação da lei há, assim, de repelir eventual embate entre normas procedimentais e tal princípio, para permitir que, ao final, as primeiras sejam um reflexo do último.<sup>185</sup>

Nestas situações, em que estão envolvidos valores normativos consagrados pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 existe a necessidade de compatibilizar e ponderar as normas-regras e normas-princípios porque a subsunção da regra à situação fática não é suficiente. No entanto, a Lei nº 11.101/2005 não trouxe uma metodologia específica para esta compatibilização e ponderação.

A compatibilização e ponderação de normas-regras e normas-princípios feita no âmbito da recuperação judicial exclusivamente a partir de concepções filosóficas do Direito não são eficientes. A aferição das consequências da decisão tida como certa deve ser um método racional na harmonização e ponderação de normas-regras e normas-princípios para que exista a criação, a interpretação e a aplicação do Direito de forma eficiente.

O uso da hermenêutica jurídica tradicional possibilita a identificação das normas que podem subsidiar a tomada de decisão no curso do procedimento da recuperação judicial. Isto é apenas o início do trabalho do hermeneuta e não é o suficiente para perseguir as finalidades da lei nas situações peculiares vivenciadas pela empresa em crise. Após, é necessário investigar as prováveis consequências internas e externas da relação empresarial da recuperanda. As consequências das decisões judiciais precisam ser consentâneas com os valores perseguidos pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. A análise das consequências práticas da decisão da aplicabilidade da norma de insolvência é um critério racional que deve nortear a operacionalidade da recuperação judicial. A concretização dos valores esculpidos no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 é a eficiência normativa que deve ser perseguida pelo intérprete.

---

<sup>185</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

A compatibilidade destes valores é pontual e deve ser feita pelo intérprete em situações concretas a partir da análise de elementos mensuráveis e factíveis.

#### ***2.4.1 O Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial***

A ausência de boa-fé nas relações internas da sociedade empresária, a falta de confiança mútua e a falta de colaboração entre os sócios (*affectio societatis*) sempre colocou em risco a perenidade da empresa. Foi enfrentando estes problemas societários que o Professor Rubens Requião, em 1959, sustentou a juridicidade da “preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio”. Com a tese apresentada na Universidade do Paraná/PR, o Professor Rubens Requião suscitou as discussões iniciais acerca do conceito de preservação da empresa.

O conceito de preservação da empresa, subsidiado pelo princípio da função social da propriedade, pelo princípio da função social da empresa e pelo princípio do pleno emprego extrapolou as discussões eminentemente societárias para ser referência em todo o direito empresarial.

O princípio da preservação da empresa está previsto no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 como uma das finalidades a serem perseguidas na recuperação judicial. A previsão expressa na Lei nº 11.101/2005 do princípio da preservação da empresa evidencia que a recuperação judicial é voltada à atividade empresarial e aos efeitos sociais da crise da recuperanda.

A atividade empresarial e os efeitos sociais da crise são os dois (02) elementos motivadores da inclusão do princípio da preservação da empresa como finalidade a ser perseguida na recuperação judicial.

A referência à atividade empresarial evidencia o distanciamento das finalidades da recuperação judicial com os interesses individuais do empresário.

O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, “empresa” é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”), O que

se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito.”<sup>186</sup>

Indiscutivelmente tem-se a solidificação do caráter institucionalista da empresa no âmbito do procedimento de recuperação judicial.<sup>187</sup> A teoria institucionalista contemporânea argumenta que o interesse social da sociedade empresária não está circunscrito aos interesses dos seus sócios atuais como é propugnado pela teoria contratualista clássica. A teoria institucionalista contemporânea reconhece a função social da sociedade empresária e prima pela observância de outros interesses que não sejam aqueles exclusivos dos sócios (lucro ou aumento do valor das ações).

(...) o direito falimentar – ou da crise da empresa – corresponde a um dos ramos do direito empresarial em que se evidencia com maior nitidez a função social da empresa, ou a necessidade de contemplar todos os interesses afetados, que não se resumem aos interesses do empresário. Os interesses externos, no momento da crise da empresa, passam ao primeiro plano, ao lado dos internos. (...) Os arts. 47 e 75, da Lei 11.101/2005 tornam inequívoco o reconhecimento do aspecto material, ou seja, do interesse público envolvido no direito falimentar.<sup>188</sup>

Sociedade empresária e sócio não são conceitos jurídicos iguais, não são sinônimos. A sociedade empresária é uma entidade jurídica autônoma (personificação e segmentação patrimonial) que congrega uma infinidade de interesses diferentes aos dos sócios, fazendo com que exista necessariamente uma convergência de ações para realização de outros interesses que não seja somente a maximização de lucros. A teoria institucionalista pode ser evidenciada nos preceitos do parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 6.404/1976<sup>189</sup> e no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

<sup>186</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 21. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 79.

<sup>187</sup> No direito societário, essas idéias são introduzidas pela obra de um economista alemão, W. Rathenau, que em trabalho hoje clássico<sup>12</sup> identifica o interesse social ao interesse público, verdadeira substituição do Estado, que deveria ser operado pela empresa privada. Trata-se, portanto, de verdadeiro oposto à visão contratualista clássica. Como é de rigor no raciocínio dialético, trata-se de solução contrária (mas não contraditória) em relação à contratual. Assim sendo, é possível reconhecer que ambos são falsos e daí derivar uma síntese sem cair em qualquer equívoco lógico. O autor, economista e homem de negócios, influenciado pela gravíssima situação econômica da Alemanha no fim da Primeira Guerra Mundial, identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.)

<sup>188</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 186-190, abr./jun. 2007.

<sup>189</sup> Lei 6.404/76 - Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve

Não existe um desprestígio aos interesses do empresário devedor na recuperação judicial. Os interesses do empresário estão consagrados em várias fases do procedimento de recuperação judicial como, por exemplo, na legitimidade processual de instaurar o procedimento judicial (no ordenamento brasileiro, somente o devedor tem legitimidade processual para requerer o processamento da recuperação judicial), para apresentação do plano de soerguimento e eventualmente anuir com a proposta de alteração do plano na Assembleia Geral dos Credores.

O fato é que a atenção finalística da lei é com a atividade empresarial e não com o devedor. A recuperação judicial não é um “favor legal” que possa atender exclusivamente aos interesses do empresário devedor. No procedimento da recuperação judicial, a atividade empresarial não é “uma coisa dos sócios”.<sup>190</sup> O artigo 47, ao preceituar o princípio da preservação da empresa, demonstrou que o interesse do procedimento da recuperação judicial está além dos interesses societários do empresário devedor.

A própria concepção de um procedimento institucionalizado para viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do empresário afasta qualquer suscitação de que a sociedade empresária não deve e não pode sofrer com intervenções do poder estatal. O procedimento de recuperação judicial é concebido justamente pelas dificuldades tidas como insuperáveis do empresário devedor - em resolver por seus próprios meios a sua crise - sem os condicionamentos feito pelo Poder Judiciário. A própria concepção de um procedimento institucionalizado da recuperação judicial afasta as primazias autocentristas que sustentaram a teoria contratualista da sociedade.

---

usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.)

<sup>190</sup> O fato histórico que faz do contratualismo a tese inicial é bastante simples. A Revolução Industrial marca o momento em que se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista a presença do Estado na atividade econômica (como vinha ocorrendo no mercantilismo). A evolução tecnológica industrial permite à burguesia acreditar que ela, sozinha e com liberdade, seja capaz de levar adiante o processo de acumulação. Não espanta, portanto, que a Revolução Industrial traga consigo princípios societários bastante individualistas. A sociedade passa a ser vista como coisa dos sócios. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.)

Para parte da doutrina brasileira, a preservação da empresa na recuperação judicial fica muito evidente nos atos de intervenção do Poder Judiciário.<sup>191</sup> Atos que podem ser evidenciados com o poder dever do juízo em aprovar um plano de soerguimento sem o assentimento de todos os credores (critério de representação majoritária) e em até reduzir o quórum legal em determinadas circunstâncias (*cram down*). Também pode ser percebido no poder dever do juízo em afastar o representante da recuperanda nos casos em que o mesmo esteja atentando contra a perenidade da atividade empresarial (fraude).

A Lei nº 11.101/2005 não tem a intenção de caracterizar o interesse social da sociedade empresária como sendo o interesse público. É claro que o legislador nacional não pretendeu converter a sociedade empresária em uma entidade pública. A norma apenas evidenciou que o interesse social da sociedade no curso da recuperação judicial deve ser balizado pelo princípio da preservação da empresa.

O princípio da preservação da empresa está esculpido na legislação para ordenar as atividades e as interpretações no âmbito da recuperação judicial no sentido de harmonizar<sup>192</sup> os interesses do empresário devedor (dos sócios), dos credores sujeitos, dos credores não sujeitos, dos empregados com créditos, dos empregados sem crédito, dos parceiros empresariais, da economia local, da economia regional, do equilíbrio concorrencial e do desenvolvimento econômico nacional.

---

<sup>191</sup> SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JR., Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 111-113.

<sup>192</sup> “Recurso Especial. Relação de consumo. Cumprimento de sentença. Atos de constrição. Fornecedor em recuperação judicial. Competência. Juízo da recuperação. Proteção do consumidor e Preservação da Empresa. Princípios não absolutos. Ponderação. Manutenção da empresa. Tutela de interesses múltiplos. Prevalência. Interpretação sistemático-teleológica da Lei 11.101/2005. 1. A controvérsia dos autos consiste em definir a competência para realizar atos de constrição destinados ao cumprimento de sentença proferida por magistrado do juizado especial cível, em favor de consumidor, quando o fornecedor já obteve o deferimento da recuperação na vara empresarial. 2. O compromisso do Estado de promover o equilíbrio das relações consumeristas não é uma garantia absoluta, estando a sua realização sujeita à ponderação, na hipótese, quanto aos múltiplos interesses protegidos pelo princípio da preservação da empresa. 3. A Segunda Seção já realizou a interpretação sistemático-teleológica da Lei 11.101/2005, admitindo a prevalência do princípio da preservação da empresa em detrimento de interesses exclusivos de determinadas classes de credores, tendo atestado que, após o deferimento da recuperação judicial, prevalece a competência do Juízo desta para decidir sobre todas as medidas de constrição e de venda de bens integrantes do patrimônio da recuperanda. Precedentes. 4. Viola o juízo atrativo da recuperação a ordem de penhora on line decretada pelo julgador titular do juizado especial, pois a inserção da proteção do consumidor como direito fundamental não é capaz de blindá-lo dos efeitos do processo de reestruturação financeira do fornecedor. Precedente. 5. Recurso especial provido para reconhecer a competência do juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro” (realce nosso). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.598.130/RJ*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 07. mar. 2017.)

Os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na ideia da preservação da empresa, verdadeiro ponto comum de encontro desses interesses. É aí e só aí que presume a Lei haver convergência entre esses interesses durante o processo de recuperação da empresa. Essa presunção é correta. Interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante. Entre esses últimos a convergência não é absoluta: enquanto os trabalhadores, no caso típico, não precisam se preocupar com recuperação da lucratividade a curto prazo, que pode levar a administração a assumir posturas empresariais arriscadas, para os minoritários a lucratividade a curto prazo é talvez o único e principal objetivo.<sup>193</sup>

A recuperação judicial trata dos efeitos de todos os impactados. A paralisação das atividades empresariais da recuperanda provoca efeitos além da esfera do empresário e dos seus credores. Interesses dos empregados (manutenção dos postos de trabalho), das empresas concorrentes (preservação do equilíbrio concorrencial) e de uma coletividade não individualizada (consumidores) devem ser relacionados na recuperação judicial.

A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. (...). Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuricidade tipificadas (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.<sup>194</sup>

Após se fazer o registro da vinculação do conceito de atividade empresarial na recuperação judicial, é necessário evidenciar a sua importância para os propósitos de

---

<sup>193</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

<sup>194</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 275-276.

soerguimento da recuperanda. A importância da atividade empresarial está relacionada aos efeitos sociais benéficos que importam para o bem-estar coletivo.

A empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo – o lucro –, promove interações econômicas (produção ou circulação de bens e serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final – de fato, não é –, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de “externalidades positivas”) do exercício da sua atividade.<sup>195</sup>

Os efeitos sociais ficam evidentes após transparecer a gama de interesses envolvidos e que devem ser tutelados no procedimento da recuperação judicial.

(...) Ao comentar os arts. 47 e 75 da Lei n.11.101/05 afirma que “Os dois princípios, em verdade, poderiam ser resumidos em um único e maior princípio de todo o direito empresarial: a conservação da empresa.” O fundamento deste princípio está, segundo a autora, apoiado na função social da atividade empresarial, que encerra um ‘feixe de contratos’ em que vários interesses se equilibram (de empregados, fornecedores, sócios, credores e outros).<sup>196</sup>

A preservação da atividade empresarial com vista a privilegiar os efeitos sociais disseminados pela continuidade da capacidade produtiva da recuperanda no tempo - substrato econômico - compõe o conceito de preservação da empresa insculpido no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

A preservação da empresa é interesse de todos. Nesse ponto existe convergência de interesses entre todos os agentes econômicos impactados pela crise empresarial. O devedor tem interesse em saldar suas contas, os credores têm interesse de receber seus créditos, os trabalhadores têm interesse de manter seus empregos e receberem seus salários atuais e atrasados, o Estado tem interesse nos recolhimentos dos tributos e a coletividade preza pelo seu bem-estar. Todos esses interesses dependem da preservação da empresa.

<sup>195</sup> SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017. p. 72-73.

<sup>196</sup> ANDRIGHI, Nancy. Comentários. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 491-495; PUGLIESI, Adriana Valéria. Preservação da empresa. In: JORGE, André Lemos et al. (Org.). *Coletânea da Atividade Negocial*. São Paulo: Uninove, 2019. p. 323.

A percepção de convergência de interesses acerca da preservação da empresa direciona a aplicabilidade da lei nos momentos de aparentes conflitos de valores jurídicos e evidencia que todos os agentes econômicos impactados estão legitimados a serem tutelados no procedimento da recuperação judicial.

Calixto Salomão Filho explicita interesses externos e interesses internos na companhia. Continua sustentando que trabalhadores e acionistas minoritários são cotitulares do interesse à manutenção da empresa enquanto forma de manter a organização produtiva mais adequada.<sup>197</sup>

A preservação da empresa evidencia que é a partir da continuidade da atividade empresarial que pode se pensar na concretude do pleno emprego, na estabilidade social dos direitos consumeristas, no equilíbrio das leis de mercado (demanda e oferta), na regularidade da receita pública (tributos), na estruturação de políticas públicas financeiras e políticas públicas desenvolvimentistas.<sup>198</sup>

#### ***2.4.2 A Prioridade do Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial***

Os argumentos sintetizados neste estudo têm a pretensão de demonstrar que a perseguição de valores principiológicos que arregimentam a recuperação judicial, pautados em uma subsunção específica e devidamente motivada por critérios de eficiência, devem ser priorizados frente a outros valores principiológicos pelo juízo da recuperação judicial nos casos específicos em que estiver envolvido a satisfação de interesses da coletividade.

Mais do que um simples objetivo do instituto, a preservação da empresa reflete os valores sobre os quais toda a Lei Falimentar é erigida. Por sua imposição, orientam-se o interprete e aplicador diante de eventuais conflitos ou omissões legislativas com fundamento norteador para a superação das lacunas ou aparentes contradições.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 264.

<sup>198</sup> Malgrado vivamos numa sociedade eminentemente capitalista, neoliberal e de forte economia globalizada por meio de blocos integrados, a empresa se constitui hoje patrimônio de todos, com conotação social. (BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. *Revista do Advogado*, v. 83, p. 8, set. 2005.)

<sup>199</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 240.

A prioridade dos valores principiológicos da recuperação judicial deve ter a atenção do juízo recuperacional para que a própria finalidade social do soerguimento da recuperanda seja preservada.

Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o “emprego dos trabalhadores”. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os interesses dos credores. (...) Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, recuperação judicial.<sup>200</sup>

Os interesses de todos os outros credores sujeitos, o interesse de todos os outros credores não sujeitos, dos interesses dos empregados com créditos, dos empregados sem créditos, dos consumidores, do equilíbrio concorrencial, da receita pública e das políticas desenvolvimentistas nacionais devem ter a atenção prioritária do juízo da recuperação judicial frente ao interesse individual do contratante de um contrato de longa duração que sem justo motivo pretende rescindir antecipadamente a relação jurídica fundamental para superação da crise econômico-financeira da recuperanda.<sup>201</sup>

O reconhecimento da necessidade de tutelar os múltiplos interesses envolvidos afastou abruptamente a recuperação judicial da pretérita legislação nacional de insolvência que sempre esteve circunscrita à uma visão liquidatória-solucionatória que enfatizava o pagamento dos credores. A recuperação judicial afastou-se desta visão liquidatória-solucionatória para admitir e incentivar mecanismos que promovam a manutenção da atividade produtiva empresarial.<sup>202</sup>

A decisão do juízo da recuperação judicial que determinar a manutenção de contrato empresarial de longa duração fundamental ao soerguimento da recuperanda está subsidiada pelo

---

<sup>200</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*: comentada artigo por artigo. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.136.

<sup>201</sup> O que se espera é que a Lei esteja em condições para fornecer elementos objetivos concernentes à preservação da atividade produtiva e na obtenção do interesse social da empresa em si. No direito falimentar fica em segundo plano o interesse particular dos administradores. O interesse coletivo no direito falimentar é a regra, principalmente para não ter liquidada uma empresa, a qual é fonte de riqueza, e que atende ao princípio funcional da atividade empresarial organizada. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10-11.)

<sup>202</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 24.

poder-dever de admitir e incentivar mecanismos que promovam a manutenção da atividade empresarial.

A Lei nº 11.101/2005 preconiza que os motivos para superação das dificuldades econômico-financeiras estão além da composição do devedor com os credores, pois reconhece o interesse do poder público e de toda a coletividade com os efeitos da crise empresarial. Isso representa a inclusão do interesse social na manutenção da atividade empresarial no procedimento da recuperação judicial. O indiscutível reconhecimento da importância da função social da empresa viável em crise é fundamento para admissão e incentivo de mecanismos voltados ao soerguimento da recuperanda.<sup>203</sup>

A interpretação jurídica que subsidia a decisão judicial do juízo da recuperação judicial que impõe a manutenção do contrato empresarial de longo prazo está alicerçada no reconhecimento do interesse social da empresa em crise. O interesse social da empresa não desconsidera os interesses individuais dos contratantes e suas consequências mercadológicas.<sup>204</sup> O interesse social é aquele que representa o interesse de todos os impactados pelos efeitos da paralisação da atividade produtiva, como é o caso dos trabalhadores com crédito, dos trabalhadores sem crédito, do consumidor e de vários stakeholders.

O interesse social da empresa em crise deve ser reconhecido como sendo os interesses de todos aqueles que orbitam aquela atividade empresarial e, portanto, o interesse social fundamenta-se na preservação da empresa. A preservação da empresa deve ser tida como sendo a manutenção da capacidade produtiva da empresa (substrato econômico da empresa).<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Pretendeu-se introduzir no Brasil, com esta nova legislação falimentar, a moderna visão que impera no direito americano, como o Bankruptcy Code (...) Essas legislações mais modernas partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do judiciário. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*: comentada artigo por artigo. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.136.)

<sup>204</sup> A centralidade atribuída ao princípio da demonstra por si só a indispensabilidade de se entender o seu significado. Mas há ainda outro motivo para tanto. A devida compreensão do seu conteúdo pode auxiliar o intérprete a evitar o que se sói denominar de “farra principiológica”. Não se pode admitir que a remissão corriqueira e sem limites à expressão torne-se fundamento para toda e qualquer leitura das normas e, por via de consequência, impeça-a de exercer seu papel. (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 13.)

<sup>205</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 20.

Por isso, os motivos determinantes da manutenção compulsória não autorizam o abandono da função econômica do contrato e dos interesses individuais do empresário. A função econômica do contrato e os interesses individuais do empresário são elementos sociais que estabilizam o mercado e precisam ter a atenção do juízo da recuperação judicial nas hipóteses de manutenção compulsória de contrato de longa duração.

O juízo da recuperação judicial deve sopesar todos os interesses e valores envolvidos, inclusive aqueles que dizem respeito à função econômica do contrato e aos interesses individuais dos contratantes. A ponderação de todos os interesses envolvidos na recuperação judicial deve ser feita tendo o princípio da preservação da empresa como pilar fundamental (centralidade) do esforço hermenêutico.

A manutenção da capacidade produtiva da empresa deve ser perseguida também como parâmetro de solucionamento de conflitos ou aparentes conflitos de interesses, visto que é um elemento comum e de interesse de todos os impactados pela crise empresarial.<sup>206</sup>

Da mesma forma, importante salientar que o aplicador do Direito deve utilizar em sua atividade interpretativa os valores e objetivos declarados em tal dispositivo. Isso significa que a busca pela preservação da empresa viável e pelo exercício de sua função social deve informar a leitura dos dispositivos que regulam a recuperação (...). Ora, se o princípio da preservação da empresa foi expressamente declarado pelo art. 47, ele deve perpassar todo o desenrolar do procedimento de recuperação judicial.<sup>207</sup>

Não existe um desprestígio aos interesses individuais (autonomia da vontade) e sim uma priorização institucional/legal para que o juiz da recuperação judicial promova o mínimo necessário para salvaguardar os objetivos e as finalidades da Lei nº 11.101/2005. Interesses individuais manifestados sem justos motivos e que podem provocar malefícios irremediáveis a todos os impactados pela crise empresarial devem ser condicionados pelo princípio da preservação da empresa.

---

<sup>206</sup> Nesse contexto, a premissa básica que perpassa a recuperação de uma empresa em dificuldade econômico-financeiras é a de que todos os envolvidos no negócio, incluindo os credores, o devedor, seus sócios, empregados, fornecedores e a comunidade em geral, podem se beneficiar com a superação do estado de crise empresarial, desde que a um custo econômico razoável. (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017. p. 134.)

<sup>207</sup> CERZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 27.

Em outras palavras, a preservação da empresa é alcançada por meio de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados.<sup>208</sup>

A motivação institucionalista da recuperação judicial exterioriza o interesse que o estado, a sociedade e a economia têm com o papel desempenhado pela empresa viável em crise econômico-financeira temporária. Todos têm interesses de médio prazo para que seja promovido o mínimo necessário para resguardar a manutenção da atividade empresarial daquela empresa relevante em crise com vista no crescimento regular da economia.

A função social da empresa é institucionalizada no procedimento da recuperação judicial através do princípio da preservação da atividade empresarial. A estrutura central do procedimento da recuperação judicial está aparelhada para preservar a fonte produtora de riqueza com fito de estimular a economia nacional, mantendo a preocupação com a conciliação de todos os interesses envolvidos.

É nítido que a Lei nº 11.101/2005 abandonou a hercúlea tentativa de conceituar o instituto da preservação da empresa para se preocupar em instituir um procedimento em que os interesses envolvidos sejam admitidos e que seja capaz de manter a atividade empresarial. A Lei nº 11.1001/2005 afasta-se do dogmatismo jurídico e aproxima-se do pragmatismo ao reconhecer que existe a necessidade de um procedimento que traga efetividade ao princípio da preservação da empresa.<sup>209</sup>

O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial não é um dogma jurídico visto que a manutenção da atividade empresarial capaz de gerar riquezas em benefícios de todos deve ser procedimentalmente garantida. O solucionamento estruturado da crise no

---

<sup>208</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7, p. 34.

<sup>209</sup> Muitos são os trabalhos de dogmática jurídica que procuram explicar a normatização jurídica do contrato e extrair dela uma coerência lógico-sistemática. O estudo dogmático necessita de crenças a priori, que não repousam sobre hipóteses cientificamente verificáveis (como por exemplo, as interpretações bíblicas ou do Corão, que dependem da crença na existência de um Deus pelo intérprete. Na dogmática jurídica não é diferente. Pugnar pela “constitucionalização do Direito Civil”, exemplificadamente, supõe uma crença a priori na superioridade normativa da Constituição. Não há teste observável para isso. Vale dizer, não há uma realidade subjacente que se queira descrever. Em outras palavras, teorias jurídicas dogmáticas do contrato nada dizem sobre a realidade das partes e do fenômeno social subjacente ao contrato. (TIM, Luciano Benetti. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 157.)

procedimento da recuperação judicial deve integrar todos os interesses envolvidos com um objetivo único que é a manutenção da atividade empresarial geradora de riqueza.

No curso da recuperação judicial, que é um procedimento estruturado com aspectos publicísticos, a manutenção compulsória do contrato empresarial de longo prazo rescindido ou ameaçado de ser rescindido sem justo motivo deve ser garantida pelo juízo da recuperação porque o princípio da preservação da empresa foi consolidado procedimentalmente pelo pragmático motivo de proteger os interesses da coletividade.

O princípio da preservação da empresa impõe deveres positivos<sup>210</sup> (assemelhados aos deveres advindos da função social da empresa) ao juízo da recuperação judicial voltados para manutenção da atividade empresarial que pode ser feita através da manutenção do contrato empresarial de longo prazo fundamental ao soerguimento da recuperanda.

A empresa é o centro e o destinatário da recuperação judicial visto que somente a manutenção da atividade (aspecto funcional da empresa) é capaz de proteger todos os interesses envolvidos e o próprio aviamento empresarial.

---

<sup>210</sup> Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar o objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 33.)

### **3 MANUTENÇÃO COMPULSÓRIA DO CONTRATO EMPRESARIAL DE LONGA DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Nos capítulos anteriores deste estudo foi feita uma contextualização sistemática do ordenamento jurídico nacional, inclusive da própria recuperação judicial, para demonstrar a compatibilidade da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial com o ordenamento pátrio. A contextualização sistemática do ordenamento feita nos tópicos anteriores é importante para subsidiar os argumentos específicos deste capítulo da dissertação.

Agora é importante a identificação de quais são os subsídios jurídicos, fáticos e econômicos que fundamentam a manutenção compulsória do contrato empresarial e a identificação da condicionante para a manutenção compulsória no curso da recuperação judicial.

Os subsídios jurídicos, fáticos e econômicos são os cerne deste capítulo. São os subsídios jurídicos, fáticos e econômicos que permitem especificamente sustentar a possibilidade de manutenção compulsória de um contrato empresarial no curso da recuperação judicial. A identificação dos subsídios são elementos indissociáveis para que a conclusão deste estudo não seja dogmática.

Por fim, será construído os argumentos para demonstrar que a decisão de manutenção compulsória do contrato empresarial, mesmo que seja analisada a partir de um objeto específico, em um cenário de exceção, com a presença de todos os subsídios jurídicos, fáticos e econômicos ensejadores presentes, deve ser condicionada às regras de mercado, principalmente quanto ao tempo e quanto ao valor dos contratos.

Neste tópico 03 da dissertação as argumentações acerca da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração estarão envoltos com **3.1)** a análise dos subsídios e **3.2)** a condicionante da decisão.

### **3.1 Subsídios Jurídicos com Fundamentos Econômicos**

Não é desmedido evidenciar novamente o objeto do estudo, ou seja, que a manutenção compulsória tratada neste estudo é aquela advinda da ruptura antecipada de contrato empresarial de longa duração sem justo motivo, em um cenário de crise.

A manutenção compulsória do contrato de longa duração na recuperação judicial deve ser deferida quando estiverem presentes os seus subsídios objetivos. Para manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração os parâmetros interpretativos da especificidade do cenário da crise são importantes, mas não supre a exigência da presença dos subsídios objetivos.

Este tópico sustenta que o deferimento da manutenção compulsória em um cenário de crise deve ser fundamentado com a constatação nos autos da **3.1.1)** essencialidade do contrato, **3.1.2)** da dependência econômico-financeira com o contrato e da **3.1.3)** especificidade do ativo do contrato empresarial. Estes três critérios devem estar presentes cumulativamente para que a relação contratual possa ser reconhecida com elemento fundamental ao soergimento da empresa em crise temporária.

#### ***3.1.1 A Essencialidade do Contrato Empresarial em um Cenário de Crise***

A caracterização da essencialidade em um cenário de crise sempre estará relacionada com a relevância econômica e financeira do contrato empresarial de longa duração. Em um cenário de crise arregimentado pelo procedimento da recuperação judicial os critérios para aferição desta essencialidade são critérios econômicos e financeiros.

A essencialidade do contrato empresarial deve estar comprovada nos autos da recuperação judicial por critérios objetivos que possam ser mensurados pelo juízo. São critérios econômicos e financeiros relacionados diretamente com o soergimento empresarial. Essencialidade é a característica daquele contrato empresarial de longa duração que importa para recuperação da atividade empresarial viável.

Este tópico da dissertação tem a pretensão de identificar e contextualizar os critérios econômicos e financeiros que caracterizam a essencialidade do contrato para o soergimento

empresarial. A essencialidade do contrato para o soerguimento deve ter as seguintes características, não necessariamente cumuladas, quais sejam: **3.1.1.1)** relevância econômico-financeira, **3.1.1.2)** relação estratégica com o negócio empresarial e a **3.1.1.3)** individualidade do contrato empresarial.

#### *3.1.1.1 Relevância Econômica do Contrato Empresarial para a Recuperanda*

Um contrato com relevância econômica e financeira para a recuperanda é advindo daquela relação de negócio fundamental para a manutenção do substrato econômico da atividade empresarial. Alguns contratos empresariais estão relacionados diretamente com o próprio negócio empresarial da recuperanda. São contratos imprescindíveis para que a atividade econômica seja desenvolvida.

Pode ser por exemplo, um contrato de concessão comercial. Contrato de concessão comercial ou mais comumente denominado de contrato de distribuição *stricto sensu* de produtos. Um dos contratantes é o fabricante que se vê obrigado a vender seus produtos ao outro contratante que é o distribuidor que se obriga a comprá-los em condições que possibilitem a viabilidade de sua revenda. O distribuidor tem acesso aos produtos do fabricante em melhores condições, muitas das vezes com disponibilidade de crédito, para que juntos possam auferir lucros. O distribuidor tem o compromisso contratual de criar as redes de distribuições de revenda dos produtos em uma determinada área geográfica otimizando o acesso do consumidor ao produto do fabricante.

Assim, o contrato de distribuição é o próprio negócio do distribuidor. O contrato de distribuição é um contrato relevante para a atividade empresarial do distribuidor por estar diretamente relacionado ao substrato econômico da sua atividade empresarial.

#### *3.1.1.2 Relevância Estratégica do Contrato Empresarial com o Negócio da Recuperanda*

A estratégia do negócio é muito mais do que o substrato econômico do contrato pode evidenciar. A estratégia do negócio está além dos inconvenientes advindos da realização de várias compras desconectadas (custos de transação) e das adversidades que podem surgir com a estrutura societária (hierarquia).

O contrato de distribuição é o próprio negócio. A marca da franquia é o próprio negócio. A marca do carro é o próprio negócio da concessionária.

O contrato empresarial de longa duração envolvido na estratégia do próprio negócio da empresa dita as regras econômicas e financeiras dos agentes econômicos (sócios, cotistas) e não apenas dos contratantes.

O contrato empresarial relacionado com a estratégia do negócio é aquele instrumento capaz de desenvolver esforços para captação de serviços ligados ao crescimento da empresa, capaz de promover o compartilhamento de valores fundamentais dos contraentes e capaz de ser instrumento de continuidade e aprimoramento da gestão empresarial.

### *3.1.1.3 Individualidade do Contrato Empresarial em um Cenário de Crise*

O contrato empresarial de longa duração será essencial quando estiver diretamente relacionado com a manutenção da capacidade produtiva da recuperanda.<sup>211</sup> Esta característica da essencialidade pode ser percebida na individualidade do contrato empresarial.

A essencialidade pode estar ligada à individualidade do contrato. A individualidade do contrato aqui está relacionada ao grau de sua disponibilidade no mercado. O contrato essencial é aquele que não pode ser simplesmente substituído por outro da mesma natureza sem gerar enormes custos de transação.

A possibilidade (viabilidade) de substituição de um contrato relevante da recuperanda não agrega importância para a continuidade de sua atividade empresarial. Somente aquele tipo de contrato relevante com características peculiares que dificultam a sua substituição é que é tido como um contrato essencial.

O contrato de concessão comercial será um contrato essencial desde que não haja outras concessões disponíveis no mercado para a recuperanda. Se a atividade empresarial de

---

<sup>211</sup> De qualquer forma, não basta a mera alegação de que o bem é essencial à recuperação judicial; é indispensável que o devedor comprove ao juiz as características/qualidades técnicas do bem, aquelas que o tornam imprescindível para o exercício da atividade empresarial em questão.” (SCALZILLI, João Pedro; Spinelli, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina: Ano. p.286-28).

distribuição de produtos puder continuar a ser desenvolvida com a distribuição de outro produto fabricado por outro fabricante não há que se falar em essencialidade do contrato de concessão atual.

A essencialidade não está circunscrita às melhores opções da recuperanda, porque nesta situação o sistema jurídico da recuperação judicial não está tutelando os interesses individuais do empresário devedor.<sup>212</sup> A essencialidade do contrato empresarial está circunscrita aos obstáculos para a continuidade da atividade empresarial, mas não é um favor legal.

### ***3.1.2 A Dependência econômica em um Cenário de Crise***

A condição privilegiada na relação contratual em um contrato empresarial de longa duração pode ser exercida por qualquer das partes. Não é necessariamente o fabricante ou o fornecedor que exerce o poder econômico sob o outro contratante. Exemplo muito nítido disso é a posição dos grandes varejistas frente aos fabricantes de produtos que dependem de uma ampla capilaridade de distribuição.

O que é importante para este estudo é a análise das interferências que a dependência econômico-financeira gera na relação contratual de longa duração em um cenário de crise.

Em um cenário sem crise empresarial, a dependência econômica já é uma característica importante nas relações de negócios firmadas a partir de contratos de longo prazo. A dependência econômica de uma das contratantes condiciona a viabilidade do seu negócio. A estrutura econômica do negócio e, em alguns casos, a própria viabilidade do seu negócio dependem do suporte econômico do outro contratante.

---

<sup>212</sup> “No que concerne à remoção de bens do estabelecimento do devedor, o fundamento é evidente: manter as operações (...) O fato de ser o bem essencial para a manutenção do exercício da atividade, fundamento da restrição, não se atém às hipóteses anteriores. Aqui o que se visa é garantir a geração de caixa, preservar empregos, oferecer produtos, bens ou serviços à sociedade.” (SZTAJN, Rachel. Art. 49. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 230; grifei e dei destaque em negrito).

A dependência econômica restringe a liberdade nas tomadas de decisões do agente econômico e cria um sistema de incentivo muito diferente daqueles incentivos presentes em um livre mercado.

Até aqui tem-se contextualizado os efeitos da dependência econômica em um cenário sem crise empresarial. A interferência contratual advinda da dependência econômica é potencializada em um cenário em que a contraente dependente está em crise. Em um cenário de crise empresarial a dependência econômica da recuperanda está relacionada com o próprio objetivo e com as finalidades da Lei nº 11.101/2005.

A crise empresarial altera significativamente a dependência econômica e impõe impactos diretos na relação jurídica das partes ao ponto que existe quem entende<sup>213</sup> que o cenário de crise é um elemento que caracteriza a própria dependência econômica. O cenário de crise retira algumas ou senão todas as alternativas para uma nova contratação com um novo contratante que mantenha a mesma pujança comercial da recuperanda. Nesta visão, o cenário de crise não só impacta a relação jurídica como é fator que pode ensejar a dependência econômica em uma relação jurídica (contrato) que até então tinha equilíbrio de poder.

Este contexto da relação jurídica contratual em um cenário de crise é a presunção de que o contraente dependente, em uma relação de negócios com dependência econômica, não está apto a superar de forma abrupta as exigências do livre mercado.

Neste ponto a análise do juízo da recuperação judicial deve ser pragmática e feita a partir da realidade dos fatos. Coase, já advertia que as análises eminentemente teóricas quase sempre representam as diferenças de ideologias jurídicas de um mundo fictício que não tem correlação com o mundo vivenciado pelas pessoas/agentes impactadas pelas decisões. É importante que aos valores jurídicos sejam incorporadas as características da realidade analisada (situações concretas) para que os efeitos das decisões estejam em consonância com uma análise sistemática do ordenamento jurídico. A análise sistemática do ordenamento de insolvência nacional tem que estar em consonância com o objetivo e com as finalidades da Lei nº 11.101/2005, já estudadas em outros capítulos desta dissertação.

---

<sup>213</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

Uma análise racional da realidade, em que a recuperanda é dependente economicamente de um contrato fundamental para sua atividade, induz que a ruptura deste contrato com dependência econômica levará a paralisação das atividades empresariais justamente porque o agente econômico não tem condições imediatas de atender os incentivos (trocas) exigidos pelo livre mercado.

Neste cenário de uma realidade concreta, a ruptura deste contrato será obstáculo ao cumprimento do objetivo e das finalidades da Lei nº 11.101/2005, ou seja, a ruptura deste contrato será o motivo indireto de todas as externalidades negativas advindas da paralisação de uma atividade empresarial com relevância social e econômica.

É claro que a presença da dependência econômica em um contrato empresarial de longa duração não pressupõe que a ruptura seja sempre com o abuso de poder do contratante economicamente mais forte. A hipótese de manutenção compulsória de contrato empresarial não deve representar a eternização de vínculos relacionais.

A dependência econômica nos contratos empresariais de longa duração é pautada por um critério de conveniência econômico-financeira onde o agente econômico pode averiguar os custos e os benefícios envolvidos na opção. A princípio não há nenhum problema nisso.

O foco deste estudo está relacionado com o fato de que a dependência econômica em um cenário de crise é um critério importante para se aferir o grau de vínculo contratual e sua importância para com a manutenção da atividade produtiva da empresa recuperanda. A pauta deste estudo não está diretamente relacionada com o eventual abuso do poder econômico exercido por um dos contratantes, mas, com os efeitos que os vínculos obrigacionais de dependência econômica têm no soerguimento de uma empresa viável que está temporariamente em crise. O eventual abuso do poder econômico só será relevante para tomada de decisão do juízo da recuperação judicial (competência do juízo) se impactar diretamente na concretude do objetivo e das finalidades da Lei nº 11.101/2005.

Em um cenário de crise, a tomada de decisão do juízo da recuperação judicial não deve estar vinculada a uma independência jurídica formal do contrato de longa duração visto que

esta independência jurídica formal, expressão da livre manifestação de vontade, não afasta a análise dos efeitos de uma situação concreta de dependência econômica.<sup>214</sup>

Isso porque, em um cenário de crise empresarial, o ordenamento precisa estar aparelhado para solucionar os eventuais efeitos negativos advindos de uma relação de dependência econômica em que um dos contratantes tem capacidade de impor condições e o contratante dependente não tem outra opção que não aquela de aceitar a imposição.

A dependência econômica em um contrato empresarial de longo prazo proporciona uma superioridade de um dos contratantes que desregulamenta a equidade na relação contratual e que deve ser considerada para o soerguimento da recuperanda dependente. Os riscos contratuais assumidos pela recuperanda dependente foram divididos entre as partes não pela ampla liberdade de contratar dos agentes econômicos e sim pelo exercício de força econômica da contratante que exerce o poder econômico.

A contratante que exerce o poder econômico tem total indiferença e total independência econômica no contrato empresarial de longa duração. Os riscos do contrato são afetados pela dependência e precisam ser reequilibrados no curso da recuperação judicial sob pena de frustrar o soerguimento da recuperanda. O equilíbrio dos riscos contratuais feito por ingerência das instituições (estado juiz) e da norma (Lei de Recuperação Judicial) são justificados pelo objetivo e pelas finalidades de cunho coletivos perseguidas pelo direito de insolvência nacional.

A estrutura institucionalizada da recuperação judicial deve condicionar as fontes concretas da dependência econômica para que se possa tratar de equilíbrio de interesses. A análise das situações concretas de uma relação jurídica condicionada por um contrato empresarial de longa duração quase sempre demonstrará um desequilíbrio de poder entre os contratantes.<sup>215</sup> Este desequilíbrio de poder está fortemente presente nas situações concretas do dia a dia das contratantes onde o oportunismo gera abusos de direitos.

---

<sup>214</sup> BRITO, Maria Helena. O Contrato de concessão comercial, p. 3 citado FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 34.

<sup>215</sup> Esta afirmação é feita pela professora Paula Forgioni citando a doutrina de José Alexandre Tavares Guerreiro e de Fábio Konder Comparato. (FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 225.)

A dependência econômica altera a estrutura de incentivos dos agentes econômicos nas relações de negócios. O comportamento racional maximizador dos interesses dos agentes econômicos não estará relacionado às regras de mercado e sim a um contexto de hierarquia vertical entre os contraentes. As escolhas do distribuidor estarão relacionadas com uma cadeia de comando e não diretamente vinculada à sua estabilidade no mercado. Isso caracteriza o poder relacional de um dos contratantes que deve ser considerado pelo juízo da recuperação quando estiver em risco o soerguimento da empresa em crise.

O poder relacional vem do intenso envolvimento no negócio e dos investimentos feitos em um contrato empresarial de longa duração. Este envolvimento e estes investimentos são exigidos pelo contratante dominante e cumpridos pelo contratante dependente.

Este desequilíbrio de poder na relação de negócio permite que um dos contratantes institua, a partir de suas conveniências econômicas, o programa contratual. Também é certo que as imposições são aceitas também por uma análise de conveniência econômica. Existe conveniência econômica na aceitação de imposições quando falta melhores opções econômicas no mercado. Isso pode ser constatado pela falta de outro contratante, pela falta de espaço no próprio mercado e pelos vultosos investimentos não recuperáveis (*suck costs* – custos de saídas) em uma eventual ruptura. Em algumas situações o valor vultoso dos custos de saídas (*suck costs*) justificam economicamente a aceitação de imposições contratuais feitas pelo contratante dominante. Não é diferente com a hipótese de não ter disponível outro contraente e da hipótese de quando o mercado já se encontra totalmente preenchido por outros agentes econômicos.<sup>216</sup>

O fato que importa para um cenário de crise é que é perceptível que o contrato, mesmo com parâmetros de conveniência econômica no momento da contratação ou da repactuação, tem desequilíbrios na diluição de riscos que precisam ser acondicionados institucionalmente para que se possa tratar de soerguimento de uma atividade empresarial viável.

---

<sup>216</sup> (...) Segundo Calixto Salomão Filho, há três hipóteses de dependência econômica: (i) dependência de sortimento, que se refere à impossibilidade de o agente em posição de inferioridade se valer de produto semelhante ao oferecido pelo agente em posição de prevalência, seja por razão de marca, de grupo de marcas ou de diferentes gêneros de produtos; (ii) dependência empresarial, em que se dá mediante a longa duração da relação contratual, impondo altos custos de saída (*sunk costs*) para o contratante em posição de inferioridade, e (iii) dependência conjuntural, que decorre de aproveitamento de período de crise (*escassez*) de determinado produto pelo agente em posição de vantagem. (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit*: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 176.)

O desequilíbrio dos riscos contratuais em um contrato fundamental para atividade empresarial da recuperanda tem enorme potencial de frustrar os meios de soerguimento previsto no plano. Aqui trata-se do desequilíbrio de risco que permite que uma das contratantes tenha conveniência econômica (oportunismo) de romper sem justo motivo um contrato que seja fundamental para o soerguimento da recuperanda.

Também, é comum presenciar no mercado que as relações de dependência econômica são fruto da notoriedade de mercado (*market share*) de uma determinada marca de produtos ou serviços. Situação em que o produto ou o serviço é o negócio daquela contratante que é dependente economicamente da contratante que tem o direito de propriedade da marca. Tem-se uma situação em que a substituição do produto ou serviço tratado no contrato empresarial de longo prazo é impossível ou geraria enormes e inviáveis custos de transação. Nesta situação, o contrato empresarial de longo prazo impõe restrições verticais a recuperanda que criam obstáculos a sua manutenção no mercado em caso de ruptura daquele contrato. O contrato empresarial de longo prazo pode ser motivo de restrições verticais de mercado que precisam ser condicionadas pela estrutura legal da recuperação judicial se for socialmente e economicamente relevante soerguer a atividade empresarial.

A dependência econômica nos contratos empresariais de longa duração não é uma ilicitude e é aceita como um mecanismo de eficiência do programa contratual. A eficiência do programa contratual pode ser constatada com a presença de vantagens econômicas para ambas as partes. O ordenamento pátrio está aparelhado para contenção dos eventuais abusos que serão feitos em outro juízo que não o juízo da recuperação judicial se os eventuais abusos não forem relevantes para o soerguimento da recuperanda.

Portanto, não é este aspecto de legalidade que importa para subsidiar a decisão de manutenção de um contrato empresarial no curso da recuperação judicial. A decisão do juízo da recuperação judicial não está vinculada a eventuais abusos advindos da dependência econômica. Na recuperação judicial, os critérios da dependência econômica importam para que se possa aferir o impacto e a vinculação do contrato empresarial com o soerguimento da crise econômico-financeira da recuperanda.

A ruptura antecipada e sem justo motivo deve ser rechaçada pelo juízo da recuperação judicial que tem o poder/dever de propiciar meios equilibrados que possibilitem a manutenção

da fonte produtora e disseminadora de riquezas. O equilíbrio está em afastar os oportunismos que podem prejudicar toda a coletividade e manter o programa contratual eficiente. É um jogo em que os jogadores têm interesses de médio prazo comuns e que não será solucionado senão em um ambiente capaz de estruturar todos os interesses envolvidos.

A decisão judicial do juízo da recuperação judicial é ato regulamentar da escolha política feita pela Constituição Federal pátria, haja vista que os interesses das partes são equilibrados no curso da recuperação judicial para que o progresso nacional seja prestigiado. Assim, a decisão judicial do juízo da recuperação judicial deve afastar os efeitos de eventual abuso de dependência econômica que se solidificam na vida real pelo oportunismo e pela perseguição egoística da conveniência econômica individual.

A dependência econômica de uma das contratantes pode ser mais facilmente percebida quando a relação contratual tem **3.1.2.1)** cláusula de exclusividade, **3.1.2.2)** quando a ruptura provocar uma redução abrupta de faturamento, **3.1.2.3)** quando existir monopólio de produtos e serviços.

Importante esclarecer que este estudo não está sustentando que a dependência econômica só seria caracterizada pela presença conjunta da cláusula de exclusividade, da interrelação com o faturamento e do monopólio. Estas situações são identificadas no estudo, pois estão costumeiramente presente nos casos de dependência econômica.

### *3.1.2.1 A Cláusula de Exclusividade em um Cenário de Crise*

A cláusula de exclusividade no contrato empresarial de longa duração é tida como uma cláusula compatível com o mercado e com o ordenamento jurídico tendo em vista que privilegia a congruência de esforços para os objetivos comerciais previamente entabulados. Este é um argumento que não é questionado pelas suscitações desta dissertação.

Para este estudo, o que importa evidenciar é que as consequências advindas da relação de negócio, estruturada por um contrato empresarial de longa duração com cláusula de exclusividade, rompida abruptamente e sem justo motivo é fonte de dificuldades insuperáveis para manutenção da fonte produtora da recuperanda e que necessita de uma intervenção do juízo da recuperação judicial.

As características contratuais dizem muito acerca da sua importância para um dos contratantes. A cláusula de exclusividade firmada como elementos indissociáveis de muitos contratos empresariais de longa duração vincula o negócio de um dos contratantes à própria viabilidade da relação contratual. Nesta situação, o contrato com cláusula de exclusividade é o motivo de existência da própria empresa.

A cláusula de exclusividade veda a revenda de outros produtos de forma direta ou indireta por um dos contraentes, como é o exemplo da distribuidora em um contrato empresarial de distribuição de produtos ou serviços. Esta vedação cria vínculos relacionais únicos com o fabricante tendo em vista que o distribuidor tem todos os seus esforços direcionados para a revenda, distribuição ou agenciamento de produtos de uma única marca.

Não há criação de outras relações de negócios com outros fabricantes. A cláusula de exclusividade retira a possibilidade de diluição de riscos do negócio do distribuidor. A aposta de sucesso do negócio do distribuidor está em uma única relação contratual. A alocação de todo o risco do negócio a um único contrato fragiliza ou impede a estabilidade de mercado da empresa distribuidora. A estabilidade de mercado é a capacidade de se manter no mercado por seu próprio *know-how*, o que é dificultado quando um distribuidor é conhecido no mercado pela marca do fabricante. Características comuns de muitos contratos empresarial de distribuição.

A cláusula de exclusividade tratada neste estudo é aquele acordo contratual firmado entre as partes em que um dos contratantes é obrigado a utilizar, comercializar ou distribuir apenas os produtos ou serviços do outro contratante ou de alguém por ele indicado. É uma obrigação de abstenção de comercializar ou de adquirir produtos concorrentes.

Impõe uma obrigação de exclusividade de comercialização e de exclusividade de aquisição. A exclusividade de comercialização e de aquisição é quase sempre vinculada aos produtos tidos como relevantes para o negócio do fornecedor/fabricante. Produto relevante é aquele produto que importa economicamente para o fornecedor/fabricante. Nestas situações não haveria obrigação de abstenção de comercializar outros produtos que não fossem concorrentes com o produto relevante para o negócio do fornecedor/fabricante. No entanto, existem cláusulas de exclusividades que abarcam inclusive a comercialização de produtos que não sejam relevantes. Esta última hipótese está quase sempre vinculada a alguma estratégia de negócio da parte contratante que detém poder econômico na relação jurídica.

A influência que o fornecedor exerce sobre o distribuidor pela previsão da cláusula de exclusividade institui restrições verticais que limitam a estabilidade de mercado do distribuidor de produtos e serviços. Restrições verticais que impõem limitações à liberdade de venda, como é o caso da previsão de condições de garantia a serem ofertadas à clientela. Também existem restrições verticais que estão relacionadas ao preço a ser praticado pelo concessionário.

A cláusula de exclusividade de contrato empresarial de longa duração, como, por exemplo, o contrato de distribuição, sempre está associado a outras obrigações correlatas. Obrigações que são impostas por consequência da cláusula de exclusividade, como é o caso da imposição de criação de uma determinada organização de vendas, correspondentes às exigências do fornecedor/fabricante (características dos locais de venda, número de empregados, etc) e da previsão de aquisição mínima de certa quantidade de produtos.

Também é comum estar correlacionado com a imposição de aquisição e manutenção de estoque de produtos ou peças de reposição, incluindo a imposição de prestação de assistência técnica aos adquirentes e os custos com eventual treinamento de pessoal. Ainda, a cláusula de exclusividade sempre está correlacionada com investimentos mínimos e com a obrigação de garantia. A prestação de informação à concedente sobre a situação de mercado, as preferências dos adquirentes, a listagem de seus clientes, a venda casada, a licença de uso de marca, a assistência ao fabricante em caso de violação de seus direitos de propriedade industrial ou atos de concorrência desleal, as obrigações relativas à publicidade dos produtos objeto do contrato sempre estão correlacionadas com a cláusula de exclusividade.<sup>217</sup>

Importa registrar que a cláusula de exclusividade pode também causar dependência econômica do fornecedor/fabricante como é caso das relações contratuais firmadas com os grandes varejistas. A relação de dependência econômica entre as partes pode ser percebida quando o contrato empresarial de longa duração tem previsão de cláusula de exclusividade correlacionada com a cláusula que trata da duração/vigência do contrato em descompasso com a expectativa de retorno de um dos contratantes (expectativas de mercado) e com cláusulas pré-contratuais que limitam a liberdade de um dos contraentes em descompasso com as práticas vivenciadas no mercado.

---

<sup>217</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 45.

A imposição de venda casada cria critérios de dependência econômica. Cláusula que impõe a aquisição de um produto ou serviço para que seja possível a aquisição do produto que a parte realmente tem interesse em adquirir. Um produto principal subordina a aquisição de um outro produto ou serviço. Exemplo é a prestação de um serviço condicionada à utilização de outro ou à aquisição de um produto. A justificativa para prática da venda casada pode ser a manutenção de qualidade ou o critério técnico do produto. A justificativa econômica está relacionada com a distribuição de produto de pouca aceitação no mercado, pela manutenção da imagem da marca e pela diminuição dos custos de distribuição.<sup>218</sup>

Não é incomum que seja tratado no contrato empresarial de longa duração, com previsão de exclusividade de aquisição e proibição de venda de produtos concorrentes, a disciplina do fornecimento de produtos e a duração/término do contrato.

O fato é que a cláusula de exclusividade em um contrato empresarial de longa duração cria vínculos únicos entre as partes contraentes que precisam ser considerados pelo juízo da recuperação judicial quando estiver em risco uma atividade empresarial com relevância social e econômica.

### *3.1.2.2 A Redução Abrupta de Faturamento em um Cenário de Crise*

A regularidade dos recebíveis da empresa é fundamental mesmo em um cenário sem crise. Toda a gestão empresarial perpassa pela expectativa de faturamento. Os problemas com o faturamento e como os recebíveis são motivos de muitas crises empresariais.

No cenário de crise econômico-financeira, a regularidade e a manutenção do faturamento e por consequência dos recebíveis é algo indissociável da expectativa de soerguimento da recuperada. É economicamente racional crer que é inconcebível que exista soerguimento empresarial sem que exista regularidade com os faturamentos da recuperanda.

Ademais, a regularidade de faturamento tem correlação direta com a relevância social e econômica da atividade empresarial. De um lado é forçoso reconhecer que quando a atividade empresarial não gera faturamento é porque não tem relevância social e econômica e, portanto,

---

<sup>218</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 187.

não deve ser tutelada pela estrutura legal da recuperação judicial. De outro lado é forçoso reconhecer a importância de propiciar meios mínimos na recuperação judicial para que exista a regularidade de faturamento da recuperanda para que se possa ter expectativa de soerguimento.

Esta questão se torna relevante para este estudo quando grande parcela ou a totalidade do faturamento da recuperanda é advindo de um único contrato empresarial de longa duração e quando a contratante que não está em crise resolve abruptamente e sem justo motivo romper com o aludido contrato.

A ruptura abrupta e sem justo motivo de um contrato de longa duração fundamental para o faturamento de uma empresa em crise (recuperanda) afasta qualquer expectativa de soerguimento. A atividade empresarial viável com relevância social e econômica enfrentará obstáculos insuperáveis ou superáveis com custos de transação vultosos à sua reestruturação por ato sem justo motivo de um outro agente de mercado.

A conveniência econômica individual sem justo motivo atrai a presunção do oportunismo que deve ser condicionado na recuperação judicial. O oportunismo é aqui tido como aquela busca individual pelos benefícios econômicos e/ou financeiros, ou pela busca do domínio de mercado, ou pela expectativa de retirada de agentes econômicos de mercado.

A conveniência econômica individual de um dos contratantes, que subsidia a ruptura abrupta e sem justo motivo de um contrato empresarial de longa duração sabidamente fundamental para atividade da outra contratante que está sabidamente em um estado de crise com relevância social, deve ser condicionada na recuperação judicial.

Quando o faturamento é vinculado a um único contrato isso se torna um elemento significativo no equilíbrio de poder da relação jurídica. Nos casos de cláusulas de exclusividade o faturamento de um dos contratantes é totalmente vinculado e submisso à relação contratual.

A redução abrupta de faturamento é elemento indissociável da viabilização da superação da situação de crise. A ruptura abrupta provocará imediatas consequências sociais e econômicas que devem ser mitigadas pelo juízo da recuperação judicial.

### *3.1.2.3 O Monopólio de Produtos e Serviços em um Cenário de Crise*

O contrato empresarial de longa duração firmado com a contratante que detém o monopólio de produtos e serviços cria vínculos de negócio específicos com o outro contratante. O monopólio de produtos e serviços condiciona a relação jurídica às conveniências econômicas de um dos contratantes. Esse é um fato extremamente importante nas relações contratuais, inclusive com repercussões no direito concorrencial.

No entanto, neste cenário, o estudo é mais específico. O monopólio de produtos e serviços importa para o este estudo se for fruto de contínua, perene e colaborativa relação jurídica (contrato empresarial de longa duração). Ainda, a este primeiro fato deve ser acrescido a importância para a manutenção da atividade empresarial viável que se encontra temporariamente em crise.

Portanto, a análise do monopólio de produtos e serviços é importante para os argumentos desta dissertação se for fruto de um contrato empresarial de longa duração que seja fundamental para a manutenção da atividade empresarial de empresa viável que esteja passando por uma crise temporária com potencial de provocar externalidades negativas na sociedade.

A ruptura de um contrato empresarial de longa duração fundamental para que as atividades empresariais da recuperanda continuem sendo desenvolvidas é de presunção lógica. No entanto, os obstáculos são relevantes para o direito da insolvência se forem insuperáveis ou envolverem custos de transação que inviabilizem a escolha de outra opção de mercado. O monopólio de produtos ou serviços não é um problema para manutenção da atividade empresarial nas hipóteses em que o contratante possa encontrar substitutos assemelhados no mercado para dar continuidade em suas atividades sem envolvimento de grandes novos custos de transação.

O monopólio de produtos e serviços será um problema a ser resolvido pelo sistema de insolvência caso seja tão específico e tão importante que condiciona a atividade empresarial. Precisa ser muito específico (insubstituível ou envolver vultosos custos na substituição) e fundamental a atividade empresarial.

Pode ser um produto muito específico, mas que não seja fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial. Pode ser específico, mas que com pequenos custos operacionais seja possível adaptar a atividade empresarial com outro produto ou serviço disponível no mercado. São situações que não importam para o juízo da recuperação judicial, pois não vinculam a expectativa de soerguimento da recuperanda.

Para o direito da insolvência o monopólio de produtos ou serviços será importante quando for insubstituível, ou a substituição gerar custos de transações novos e vultosos e for fundamental para que a atividade da empresa em crise continue sendo desenvolvida.

A Lei de Recuperação Judicial está aparelhada para permitir que o estado juiz disponibilize as condições mínimas para que a empresa em crise com relevância social e econômica seja preservada. Aqui nesta situação, a garantia mínima de condições para a recuperanda é evitar que o outro contratante promova a ruptura sem justo motivo de uma relação colaborativa que vem ofertando (confiabilidade) por muitos anos (relação contínua) produto ou serviço indispensável ao empreendimento empresarial.

Por outro lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.<sup>219</sup>

A importância da atividade jurisdicional pode ser avaliada pela hipótese de sua ausência. O que acontecerá (efeitos jurídicos) se não houver uma decisão judicial que imponha compulsoriamente (supere o oportunismo individual – manifestação da vontade) que um contrato empresarial de longa duração que negocia produtos ou serviços fundamentais a atividade da recuperanda (insubstituíveis ou substituíveis com grandes custos de transação) que é monopolizado por um único agente econômico não seja rompido?

Estas consequências (efeitos jurídicos) tem duas facetas. A primeira é a objetiva presunção de que haverá a paralisação da atividade empresarial. Agora, a segunda trata dos efeitos da paralisação de uma atividade empresarial com relevância social e econômica para o

---

<sup>219</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 38-39.

município, ou para região, ou para o país, que são imensuráveis e que repercutirão em uma enorme variedade de impactados.

A manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração encontra justificativa no ordenamento pátrio pela preocupação com a segunda faceta das consequências da ruptura contratual, ou seja, é justificável que as consequências (efeitos jurídicos) sociais e econômicas advindas da ruptura abrupta e sem justo motivo de contrato empresarial seja tratada institucionalmente em um cenário de crise.

O monopólio de produtos e serviços previstos em um contrato empresarial de longa duração só tem relevância para o juízo da recuperação judicial quando for instrumento capaz de mitigar a tutela do progresso nacional. Nestas situações a Lei de Recuperação Judicial, a partir da suscitação da parte, impõe o poder dever do juízo da recuperação judicial em propiciar os meios mínimos (interferência mínima necessária na relação contratual) para que a recuperanda possa gerar efeitos sociais e econômicos benéficos à toda a sociedade.

### ***3.1.3 A Especificidade dos ativos contratuais em um Cenário de Crise***

A recuperação judicial é o procedimento institucionalizado que tem como objetivo a manutenção da atividade empresarial com relevância social e econômica. Também é sabido por todos os estudiosos do direito de insolvência que a manutenção da atividade empresarial pode ser perseguida pela transferência do conjunto de ativos da recuperanda. Assim, a manutenção do conjunto de ativos pode ser o meio de viabilizar o soerguimento da recuperanda com o fim de preservar a manutenção de sua fonte produtora, mas também, a preservação da atividade empresarial pode ser perseguida pela transferência do conjunto de ativos para outro empresário fazer o seu bom uso.

A preservação da atividade empresarial está relacionada com a eficiência da alocação dos fatores de produção (terra, trabalho e capital). Os fatores de produção (máquinas, equipamentos, veículos, imagem reputacional, marca, patentes, *know how*, curva de experiência, gestão, etc.) devem estar alocadas em uma estrutura empresarial produtiva. Os recursos (fatores de produção) estão relacionados com a produtividade empresarial, ou seja, com a geração de riquezas que beneficia toda a sociedade.

Assim, a atividade empresarial pode ser perseguida com o soergimento da recuperanda, mas, também pode ser perseguida com a alienação de todos os ativos necessários para que outro empresário mantenha a atividade empresarial. É esta possibilidade de alocar de forma eficiente os fatores de produção que permite suscitar que a atividade empresarial estará preservada naqueles casos em que a liquidação total dos fatores de produção seja mais eficiente para a sociedade. A eficiência na alocação de recursos de uma sociedade empresária inviável para uma sociedade empresária viável está relacionada ao modelo de eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência de Kaldor-Hicks sustenta que as consequências/perdas sofridas pela sociedade empresária inviável serão compensadas pelos efeitos do melhor uso dos bens de produção sob a gestão de uma sociedade empresária viável.

Em algumas hipóteses a relação de negócio constituída a partir do contrato empresarial de longa duração impõe que um dos contraentes adquira ativos (fatores de produção) muito específicos. São ativos empresariais pensados para satisfazer especificamente aquela relação contratual. A especificidade impede a realocação dos ativos ou a realocação economicamente viável dos ativos. A especificidade impede que a realocação seja eficiente, tendo em vista que os fatores de produção específicos não irão ser úteis a cadeia produtiva de outra sociedade empresária.

A impossibilidade de realocação dos fatores de produção é uma ineficiência do cenário de negócio que precisa ser condicionada institucionalmente quando tiver relevância social e econômica. Existe uma ineficiência relacionada com a perdidos investimentos feitos nos fatores de produção visto que não mais irão gerar lucros ao investidor e uma ineficiência relacionada a coletividade visto que os fatores de produção não mais irão gerar riquezas.

Assim, a manutenção do contrato empresarial de longa duração da recuperanda pode ser caracterizada pela especificidade de seus ativos. A atividade empresarial estaria obstaculizada pela impossibilidade de realocação dos seus ativos específicos em um outro empreendimento. Aqui é importante evidenciar que os ativos específicos podem ser ativos materiais e ativos imateriais. A proteção dos bens intangíveis como é a rede de distribuidores e fornecedores, as marcas, os métodos de produção, a carteira de clientes e o ponto comercial devem ser considerados pelo juízo da recuperação judicial.

A especificidade de ativos é um obstáculo para transferência conjunta de ativos úteis na manutenção da atividade empresarial, o que frustraria os procedimentos de liquidação total de ativos. A frustração dos procedimentos de liquidação total de ativo aqui está relacionada com eficiência da recuperação judicial (venda de UPIs). A alienação conjunta de ativos tem o propósito de fazer com que os fatores de produção continuem relacionados com a produtividade empresarial. A perdidos fatores de produção pela impossibilidade de alienação conjunta prejudica a eficiência no ambiente de negócio.

Um exemplo da especificidade de ativos está nos contratos de *built to suit*.<sup>220</sup> O *built to suit* é caracterizado pela relação de negócio em que uma contraente pretende ocupar um imóvel para o desenvolvimento de sua atividade empresarial e para tanto contrata um empreendedor para que construa ou reforme uma edificação com as especificações necessárias para atender seus interesses.<sup>221</sup> A edificação de um imóvel com atendimento das especificações do usuário é característica essencial do *built to suit* que traz o conceito de especificidade do ativo. O imóvel construído ou reformado (reforma substancial) é customizado<sup>222</sup> para atender especificamente as necessidades do usuário (contratante). O imóvel é projetado com instalações

---

<sup>220</sup> Embora o *built to suit* tenha como prestação a empreitada, não se negue que o tempo é elemento relevante para que esse contato seja firmado. De fato, o tempo para a execução da obra pode ser considerado um “peso” para os contratantes. Pudessem as partes optar, o empreendedor gostaria de entregar a obra o quanto antes (até mesmo para início ao recebimento da remuneração) e o ocupante receber a obra com a maior antecedência possível. Por outro lado, uma vez entre a obra, ambas as partes têm por objetivo que o contrato perdure no tempo. A duração do contrato é relevante ao ocupante, que recebe uma obra de acordo com as suas especificações, o que torna interessante a permanência no imóvel por longo período. Além disso, quanto maior a permanência do ocupante no imóvel (inclusive em prazo posterior àquele determinado no contrato), maior será o lucro obtido com o investimento. (...) Assim, porque o tempo é um elemento querido pelas partes, podemos categorizar o contrato *built to suit* como um contrato de execução periódica e de longa duração. (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.)

<sup>221</sup> A expressão *built to suit* pode ser traduzida literalmente por “construído para servir” ou “construído para ajustar”, mais apropriadamente construído por encomenda para locação futura. (...) O imóvel de que se trata será ocupado pelo futuro locatário para o exercício de sua atividade empresarial, qualquer que seja, e deverá atender todas as especificações por ele determinadas no contrato, entendidas como necessárias ao se negócio, cujo cumprimento integral é obrigatório. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção direito comercial, v. 5). p. 214.)

<sup>222</sup> Fabio Cili identifica as características dos imóveis demandados pelo modelo *built to suit*: “Imóveis específicos. O imóvel específico abrange as características e necessidades de um tipo determinado de usuário final e é construído segundo especificações técnicas que fogem ao convencional do mercado, por exemplo, uma clínica médica ou um laboratório (...) Imóveis customizados. Um imóvel pode ser classificado como customizado quando é concebido segundo requisitos preestabelecidos de localização, padrão construtivo, especificações técnicas, arranjo físico, legislação, dentre outros fatores, a fim de atender os desejos e necessidades de um determinado usuário final identificado”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *O Contrato Built to Suit: Contratos mercantis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção tratado de direito comercial; v. 4). p. 454.)

sob medida para atender as necessidades operacionais do usuário. O bom uso da edificação está vinculado a especificidade da atividade empresarial do usuário.<sup>223</sup>

A ruptura antecipada e sem justo motivo de um contrato *built to suit*, em um cenário de crise, traz a presunção de inviabilidade do soerguimento da recuperanda. Para entendermos a presunção de inviabilidade do soerguimento é importante evidenciar que o *built to suit* pode estar relacionado a vários imóveis, como por exemplo a construção de vários hotéis.<sup>224</sup> Se a recuperanda for a locatária, é razoável crer na inviabilidade do soerguimento tendo em vista que não conseguirá substituir os imóveis customizados para sua atividade ou terá a opção de substituir com enormes prejuízos. Se a recuperanda for o empreendedor, poderá sofrer impactos no seu faturamento que fatalmente prejudicará ou criará obstáculos insuperáveis ao seu soerguimento.

Ademais, a especificidade do ativo é um tema diretamente vinculado aos investimentos feitos em um contrato empresarial de longa duração. As análises econômicas acerca dos investimentos feitos para viabilizar uma relação contratual são feitas a partir de critérios factíveis e mensuráveis que permitem uma tomada de decisão eminentemente racional. A objetividade desta análise permite aferir eventuais oportunismos que podem prejudicar o interesse da coletividade.

A relação jurídica contratual será constituída por ativos específicos quando parte dos investimentos feitos não puder ser realocada. Os custos idiossincráticos de uma relação contratual são aqueles relacionados aos investimentos que não serão realocados em face de sua especificidade com aquela relação jurídica de origem. A doutrina chega a sustentar que nas

---

<sup>223</sup> (...) O *built to suit* vem sendo largamente utilizado para construção de imóveis corporativos, galpões industriais e logísticos, centro de distribuição, dentre outros imóveis. O poder público também tem firmado contratos *built to suit* com empresas privadas para construção de imóveis da administração pública. Rodrigo Ruete Gasparetto elenca uma série de contratos que foram celebrados mediante a modalidade do *built to suit*. Um dos primeiros contratos nacionais de que se teve notícias data de 1997, quando a empresa Dako S.A contratou a construção de seu projeto industrial, sob determinadas especificações. (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.)

<sup>224</sup> A empresa WTorre também se valeu dessa modalidade contratual para celebrar grandes negócios com o grupo hoteleiro francês Accor. Ambas as empresas se uniram para construir e operar de forma conjunta em nada menos do que vinte hotéis, em negócio imobiliário de aproximadamente R\$ 400.000.000,00. (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.)

relações jurídicas em que as transações dependem de vultosos e específicos recursos materiais e humanos é instituído um verdadeiro monopólio bilateral.<sup>225</sup>

A incerteza quanto às transações idiossincráticas pode trazer abalos ao mercado pela desconfiança quanto a segurança dos investimentos feitos no negócio. A decisão de manutenção do contrato empresarial de longa duração com custos idiossincráticos prestigia a segurança dos investimentos feitos favorecendo o ambiente de negócio ao mesmo tempo que permite o soerguimento da recuperanda.

(...) a) existência de dependência econômica de uma parte em relação à outra. A eventual proteção do agente que se encontra nessa situação, longe de ser refletir um “protecionismo infantil”, na maioria das situações mostra-se adequada à preservação da segurança jurídica, incentivando a realização de investimentos idiossincráticos.<sup>226</sup>

A segurança jurídica da relação contratual é aferida a partir da racionalidade dos agentes econômicos. Todos os agentes econômicos primam pelo cenário de negócio em que os seus investimentos sejam respeitados pelos outros agentes econômicos. O prejuízo pela falta de opção de realocação de ativos específicos de um contrato empresarial de longa duração rompido abruptamente e sem justo motivo é preocupação racional de todo agente econômico.

O Estado juiz tem o poder dever de intervir<sup>227</sup>, quando acionado, nas relações contratuais da recuperanda quando for necessário perseguir a finalidade da recuperação judicial. A relação contratual que deve ter a atenção do Estado juiz, no aspecto da manutenção compulsória, é somente aquela que seja instrumento para concretude do objetivo e das finalidades de médio prazo instituídas pela Lei nº 11.101/2005.

---

<sup>225</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 233.

<sup>226</sup> FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 234.

<sup>227</sup> O sistema reproduzido pela Lei 11.101/2005 canoniza um processo que tem função eminentemente negocial, além de não dispor sobre lide, dado que os interesses das partes são comuns, isto é, a preservação da empresa. Muitas das regras previstas nesse sistema cartesiano freiam soluções criativas encontradas pela devedora e por seus credores para afastar o cenário de crise. Também tais regras transfiguram o papel do juiz na análise do caso concreto, obrigando a aplicar as normas cogentes, mesmo que em claro prejuízo à autonomia privada. (ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; TEIXEIRA, Pedro Freitas. A função socioeconômica e o princípio da cooperação entre devedor e credores na recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 9. p. 7, jul./set. 2018.)

### **3.2 Condicionamentos para a Manutenção Compulsória de Contrato Empresarial de Longa Duração na Recuperação Judicial**

Como já argumentado nesta dissertação, a insegurança jurídica não é advinda da alteração dos termos contratados e sim da falta de conhecimento das regras postas e pela interpretação desconectada dos valores instituídos no ordenamento nacional. A incompletude do contrato empresarial de longa duração que é fruto da racionalidade limitada dos contraentes e do dinamismo dos negócios contemporâneo não é fonte de insegurança jurídica. Ao começar o jogo todos os jogadores têm consciência da regra da incompletude contratual e dos valores perseguidos pelo sistema jurídico nacional.

Todos os jogadores conhecem os valores consagrados em na Constituição que primam por um progresso econômico como meio de propiciar o desenvolvimento nacional. A instituição do procedimento da recuperação judicial advém da política de progresso nacional que todos os jogadores conhecem. A insegurança jurídica não advém do sistema de normas nacional pelo fato de que todos os jogadores conhecem as regras do jogo. Os jogadores devem montar suas estratégias de negócio a partir das regras instituídas para o jogo. A incompatibilidade das estratégias com as regras instituídas para o jogo não é caso de insegurança jurídica e sim de ineficiência no programa contratual.

No entanto, a preocupação com a insegurança jurídica deve estar relacionada com a aplicabilidade das regras do jogo. A aplicabilidade das regras do jogo de forma incoerente com os valores contemporâneos do ordenamento pátrio ou afastadas dos valores jurídicos contemporâneos é motivo de insegurança jurídica. É racional que os jogadores tenham a expectativa de que a aplicabilidade das regras do jogo seja coerente com as primazias do negócio.

Causa insegurança ao mercado quando o princípio da preservação da empresa é utilizado para subsidiar posicionamentos dogmáticos e ideológicos. Neste aspecto o princípio da preservação da empresa serviria para subsidiar qualquer decisão. A aplicabilidade do princípio da preservação da empresa não pode ser uma carta na manga utilizada de surpresa para alterar toda a regra do jogo. A aplicabilidade deve ser coerente com todos os valores perseguidos pelo sistema nacional e em observância às regras instituídas para o jogo.

A pretensão do capítulo 03 desta dissertação é evidenciar os parâmetros concretos que devem nortear a aplicabilidade das regras envolvidas na manutenção compulsória de um contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial. A aplicabilidade da norma não pode ser feita a partir de um juízo de valor individual do julgador e sim a partir de uma pragmática estrutura de julgamento. Este estudo defende que a estrutura de julgamento deve ser composta pela especificação do objeto (rescisão antecipada e sem justo motivo), do cenário jurídico (crise tratada no microssistema da insolvência) e da fundamentação a partir de critérios objetivos.

A pretensão deste subtópico 3.2 é ainda pela demonstração de critérios objetivos para análise da manutenção compulsória do contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial. Já foi estudado os critérios objetivos que juntos permitem a manutenção compulsória do contrato e agora é salutar evidenciar que existe critério objeto que obstaculiza a manutenção compulsória do contrato.

A manutenção compulsória deve ser uma realidade no curso da recuperação judicial quando estiver presente todos os requisitos objetivos tratados no subtópico 3.1 e que não estejam presentes o obstáculo do subtópico 3.2 desta dissertação.

Existem, portanto, “condicionamento positivos” e “condicionamentos negativos” para o deferimento da manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração pelo juízo da recuperação judicial. A manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração, no curso da recuperação judicial, deve ser enquadrada apenas na hipótese de ruptura antecipada e sem justo motivo quando presente a essencialidade do contrato, a dependência econômica advinda do contrato e pela especificidade do ativo contratual e desde que não afronte a função econômico-financeira do aludido contrato.

### ***3.2.1 Manutenção da Função Econômica do Contrato de Longa Duração***

A manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração subsidiada pela manutenção da fonte produtora da recuperanda necessária ao seu soerguimento (objetivo da recuperação judicial) não deve ser prestigiada a qualquer custo.

A manutenção compulsória de contrato no curso da recuperação judicial deve ser ponderada com a eficiência econômica do livre mercado. A decisão deve ser ponderada com os interesses econômicos de ambas as partes contraentes e com as forças que regem o livre mercado de negócios.

Somente dentro desta ponderação (equilíbrio de valores tutelados) dos interesses das contraentes é que não haverá uma potencialização dos impactos negativos no mercado advindos da crise empresarial. A manutenção contratual a qualquer custo, sem que os interesses econômicos das contraentes sejam ponderados, subverte as primazias do livre mercado e atenta contra o progresso nacional.

A decisão de manutenção do contrato empresarial de longa duração não pode ser exarada como meio de proteção do agente econômico ineficiente. Não deve existir assistencialismo sob pena de desvirtuar os critérios de riscos já entabulados pelos agentes econômicos.

É nesse sentido que a decisão do juízo da recuperação judicial deve propiciar os meios mínimos necessários à superação da crise econômico-financeira da recuperanda sem provocar prejuízos econômicos futuros para as partes contratantes no cumprimento do programa contratual.

Os motivos determinantes da decisão de manutenção do contrato empresarial de longa duração devem ser condicionados a algumas peculiaridades que atendam a manutenção da função econômica interna do contrato e as regras mercadológicas. A manutenção compulsória de um contrato de longa duração não pode ser um sacrifício econômico a um contraente sob pena de desvirtuar toda a ordem econômica instituída no livre mercado.

A manutenção compulsória não pode ser uma penalidade a um dos contratantes. Aquele que se ver compelido a manter o contrato tem direito de ter garantido as suas expectativas econômicas coerentes com as expectativas contemporâneas de mercado. Não pode ser obrigado a manter um contrato em condições piores do que aquelas firmadas espontaneamente no mercado.

Portanto é forçoso reconhecer que podem existir elementos ou critérios econômicos da recuperanda que afastam a hipótese de manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração. Como, por exemplo, a ausência de condições da recuperanda de manter o contrato, a ausência da recuperanda de suportar as novas obrigações advindas das necessidades da outra contratante, da ausência da recuperanda de suportar as mesmas ofertas que a outra contratante conseguiria no mercado, da ausência da recuperanda de atender as expectativas de mercado da outra contratante como, por exemplo, de expansão de mercado ou até mesmo de redução de mercado ou de redirecionamento de mercado.

É claro que o oportunismo econômico não seria motivo para afastar a hipótese de manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração pelo juízo da recuperação judicial. A necessária identificação do oportunismo por meios objetivos é factível. A decisão que determinar a manutenção compulsória de contrato de longa duração deve ser motivada pela inexistência de gravosidade para o outro contratante. A manutenção de um contrato de longa duração fundamental para manutenção da atividade produtiva da recuperanda só poderia ser afastada quando comprovado que a relação contratual ficaria mais penosa ao outro contratante.

Este critério econômico (ausência de gravosidade ao contrato) é condizente com a eficiência do programa contratual haja vista que a motivação de contratar uma relação empresarial sempre é pautada por conveniência econômica. A contratação (início da relação jurídica que vincula as partes) e a manutenção deste mesmo contrato devem ser regidos pela conveniência econômica das partes.

Isso porque em um cenário sem oportunismo, os motivos determinantes para contratação são os mesmos motivos determinantes para a manutenção do contrato. A decisão que determinar a manutenção compulsória dos contratos de longa duração deve considerar que o substrato econômico é vinculante a continuidade da relação jurídica. Importante salientar que o enfoque e os desdobramentos aqui considerados pressupõem relações contratuais e comerciais envolvendo empresas com experiência comercial e formatadas diante de ampla e franca negociação quando da formalização de suas obrigações contratuais.

A contratação de um contrato empresarial de longa duração sempre é pautada por uma ou várias conveniências econômicas das partes. Em um contrato de distribuição, por exemplo, o que determina a viabilidade da contratação são os parâmetros econômicos como, por exemplo,

a indisponibilidade de recursos do fabricante/fornecedor para investimentos na rede de distribuição, o tamanho médio do pedido e o valor unitário dos produtos e/ou serviços.

O substrato econômico de um contrato de distribuição empresarial de longa duração está relacionado com a criação de meios de proximidade com o consumidor final para favorecer melhores margens e preços, para ter acesso a melhores informações do mercado, para ter melhor controle sobre desempenho e imagem dos produtos/serviços ofertados.

A manutenção de um contrato de longa duração, ou seja, a sua perenidade, elimina novas transações com possibilidade de se ter maior margem bruta do fabricante que repercutirá em melhores preços ao consumidor e em uma possibilidade de aumento da parcela de mercado (*market share*). Os contratos empresariais de longa duração em muitas hipóteses são estruturados em acordos verticais para atender a conveniência econômica de promover o escoamento ou fornecimento de matérias-primas ou produtos.

Assim, a manutenção do contrato empresarial de longa duração seria medida de eficiência, pois eliminaria custos de transação que seriam repassados ao consumidor e também atenderia a eficiência no escoamento ou fornecimento de matérias-primas ou produtos.

A intervenção<sup>228</sup> na relação jurídica de um contrato empresarial de longa duração deve ser aquela estritamente necessária ao soerguimento e que não altera o substrato econômico convenientemente instituído pelas partes contratantes.

Neste cenário de intervenção mínima necessária à manutenção da atividade empresarial da recuperanda, dois (02) pontos práticos se tornam relevantes, quais sejam: a definição do preço/valor do contrato e o tempo de vigência do contrato após a determinação compulsória de sua manutenção pelo juízo da recuperação judicial.

---

<sup>228</sup> A despeito dos dispositivos constitucionais que perpetuam a liberdade econômica, em sentido amplo, quando se trata de reorganização responsável, admite-se a intervenção pontual, discreta e eficaz por parte do Estado sobre a atividade econômica. Nesse caso, a utilidade social é tarefa do Poder Público, que assume posição intervencionista, no que convir, por meio de atividade protecionistas e reguladoras, buscando a manutenção das mesmas condições para as partes nas relações jurídicas e a manutenção das condições constitucionalmente tuteladas, evitando-se, deste modo, a falência dos mercados. (SALMAZO, Rodolfo. (In)eficiência da intervenção do CADE nas operações que acarretam concentração de mercado em ambiente de insolvência. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 105.)

A princípio, o ordenamento tem solução para encaminhar o assunto do valor do contrato. O artigo 485 do Código Civil prescreve a possibilidade de fixação do preço por terceiro.<sup>229</sup> As partes e/ou o juiz nomeiam uma auditoria para instituição do preço de mercado para aqueles casos em que houve a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração e que as próprias partes não chegaram a um consenso acerca do valor.

No entanto, não é este o solucionamento pretendido em um sistema de insolvência. O sistema de insolvência está aparelhado para criar incentivos e desestímulos para que a negociação seja alcançada pelas próprias partes e não por um perito judicial. Aqui é racional crer que a decisão que determinar a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração irá fazer surgir um novo cenário de incentivos à negociação entre as partes. A partir da decisão que impor a continuidade dos vínculos as partes terão estímulos para definirem com suas conveniências econômicas se o contrato manterá o mesmo valor, se haverá redução do valor ou se haverá reajuste do valor. A redução do valor contratual é contraindicativa, mas não é impossível, principalmente em um cenário em que a crise assola uma das contraentes.

O outro ponto controvertido na manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração é o prazo desta manutenção. O prazo de manutenção deve ser fixado pelo juízo da recuperação judicial? A fixação do prazo pelo juízo da recuperação judicial estaria extrapolando o poder dever do juiz em propiciar meios mínimos para o soerguimento? Qual o prazo de manutenção?

Primeiro é importante evidenciar que seriam necessários vários argumentos diferentes para eventualmente fixar o tempo da manutenção compulsória de contrato empresarial.

Tendo em vista que a ruptura foi antecipada, o prazo de manutenção poderia ser o prazo de vigência previsto no próprio contrato. Nesta hipótese, o prazo original do contrato

---

<sup>229</sup> É exigida apenas a sua determinabilidade (vale dizer, a possibilidade de que seja no futuro determinado a partir de critérios objetivos preestabelecidos). (...) No caso, as partes deliberam que terceira pessoa assim fará. O terceiro eleito pode ser designado pelas partes no momento da contratação ou em data posterior. O preço será estipulado a partir de critérios de determinação do valor de mercado da coisa quando do adimplemento da obrigação. O preço a ser apontado deve atender às expectativas legítimas das partes envolvidas. Significa dizer que não se admite a estipulação do preço em flagrante excesso ou a sua fixação ínfima. A lealdade é um dever imposto a todos, inclusive exigível do comportamento do avaliador. Se afastar-se das exigências de probidade e da retidão, pode haver a sua impugnação pelas partes, como acentual Álvaro Villaça Azevedo; “em caso de atuação ilícita ou abusiva desse terceiro (avaliador), pode a fixação ser revista, judicialmente, com auxílio de peritos”. (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Arts. 481 a 692. In: NANNI, Giovani Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: SaraivaJur, 2019. p. 796.)

pode não ter nenhuma correlação com o tempo necessário ao soerguimento o que não justificaria nem mesmo a manutenção compulsória. Ou, utilizando a análise de que a manutenção compulsória é feita dentro de um cenário de crise e subsidiada pelas primazias do direito de insolvência, o prazo deveria ser o necessário para o soerguimento da recuperanda. E aqui teríamos por consequência outra controversia que é a definição do tempo necessário ao soerguimento. A lei não tratou deste tempo ao entender acertadamente que é tema afeito a negociação. Ou, haja vista que a manutenção compulsória de contrato é vinculada às primazias da recuperação judicial o prazo seria aquele instituído pelo artigo 61 da Lei nº 11.101/2005 como sendo o período de fiscalização institucional.

O período de 02 (dois) anos após a homologação do plano de recuperação judicial, instituído pelo artigo 61 da Lei nº 11.101/2005 como sendo um período de acompanhamento do cumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda na Assembleia Geral de Credores tem sua funcionalidade esvaziada por vários motivos. O primeiro é por agregar custos à recuperanda que deveriam ser realocados no cumprimento das obrigações novadas e nos esforços necessários para a reorganização estrutural da recuperanda. O dinheiro deveria estar voltado ao soerguimento para que com o tempo a sociedade possa ter expectativa de ver concretizada a finalidade da Lei nº 11.101/2005. O segundo ponto é que existem muitos planos que são homologados com um prazo de carência maior que o prazo instituído no artigo 61 da Lei nº 11.101/2005. Nesta situação a recuperanda não teria nenhuma obrigação com o cumprimento do plano homologado e, portanto, não haveria necessidade de acompanhamento. Terceiro, porque existem muitíssimos planos que são homologados com prazo de cumprimento das obrigações novadas com um prazo muito maior do que o prazo de 02 (dois) anos instituído pelo artigo 61 da Lei de Recuperação Judicial. Quarto ponto é que a fiscalização pelo cumprimento das obrigações novadas na recuperação judicial pode ser feita pelos próprios credores que seriam os mais interessados no pagamento dos créditos e não haveria necessidade de custos com o processo judicial. O processo poderia estar arquivado, sem custos para recuperanda e para o Estado, e os próprios credores teriam meios de noticiar eventual descumprimento de obrigações, de executar o crédito novado e até mesmo de requerer a decretação da falência.

O prazo do artigo 61 da Lei nº 11.101/2005 que tem sua eficiência prática questionável pelos próprios fins propostos pela norma não tem a princípios nenhuma correlação de eficiência com o prazo da manutenção compulsória.

A eficiência do prazo da manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração está correlacionada de forma imediata com a manutenção da atividade produtiva e a médio prazo com o soerguimento da recuperanda. O ideal é que a primeira correlação de eficiência seja atribuição do juízo e a segunda seja atribuição das partes envolvidas. Assim, o juízo da recuperação judicial deve determinar a manutenção compulsória de contrato sem adentrar no tempo de vigência desta manutenção.

Com a imposição da manutenção compulsória de contrato pelo juízo da recuperação judicial as partes encontram-se em uma negociação estruturada capaz de propiciar a convergência de interesses. A imposição da manutenção compulsória altera os incentivos até então presentes na relação contratual. Aqui deve ser utilizado o mesmo critério de incentivos à negociação advindo do *stay period*. É economicamente racional ter expectativa que após a determinação judicial de manutenção do contrato as partes terão motivos para o alinhamento de interesses e retorno ao programa contratual colaborativo que deve existir em um contrato empresarial de longa duração.

A estrutura legal da recuperação judicial voltada para convergência de vários interesses afetados pela crise da recuperanda é um cenário em que os incentivos e as punições induzem ou inibem as condutas dos agentes econômicos (teoria dos jogos). É racional ter expectativas que após a superação da conveniência econômica eminentemente individualista (oportunismo econômico superado pela manutenção compulsória de contrato) daquele contratante que tinha a intenção de rescindir sem justo motivo uma relação jurídica empresarial de longa duração que os seus incentivos econômicos sejam revistos.

Com o novo incentivo (manutenção compulsória de contrato) haverá novos espaços para uma negociação que prima pela eficiência do programa contratual, ou seja, novas negociações para a definição do novo tempo de vigência e do valor do contrato. As partes serão induzidas ao equilíbrio de interesses representado pela divisão dos ganhos e das perdas. A conscientização da necessidade de divisão dos ganhos e das perdas provocada pela decisão que determinou a manutenção compulsória (incentivo) propicia a negociação.

Neste contexto a decisão do juízo da recuperação judicial que determinar a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração, pelos subsídios fáticos e jurídicos identificados no capítulo 03 desta dissertação, seria a intervenção mínima necessária na relação

jurídica para que as partes tivessem novos incentivos para encontrar o solucionamento mais adequado às suas conveniências econômicas individuais (negociação estruturada da recuperação judicial).

## 4 CONCLUSÃO

A regra geral é que o tempo do contrato está relegado ao campo da autonomia das partes. Assim, a liberdade de pôr fim na relação contratual é a regra geral, mas não é uma regra absoluta no ordenamento nacional.

A princípio, de pronto, a possibilidade de atos compulsórios não soa bem. A possibilidade de atos compulsórios por força de decisão judicial nas relações comerciais hodiernas não soa bem ao comercialista. A própria jurisprudência societária nacional é assentada na premissa geral de que o Poder Judiciário não deve intervir nas relações de negócios entabuladas pelos empresários.

Os argumentos desta dissertação enfrentam esta premissa que reflete um conceito extraído da teoria contratualista da sociedade empresária surgida no longínquo século XIX e que considera a sociedade empresária como uma instituição jurídica isolada de seu contexto social.

Na manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração fundamental para a atividade produtiva da recuperanda existe uma tensão dialética entre valores<sup>230</sup> a ser harmonizada pelo juízo da recuperação judicial. A manutenção compulsória de um contrato empresarial é feita com a compatibilização dos preceitos constitucionais do livre exercício da liberdade econômica com os valores sociais que são impactados com esta relação de negócio.<sup>231</sup>

Em hipótese alguma está se tratando de aviltamento do princípio da autonomia privada nas relações empresariais e muito menos de uma ingerência autoritária no mercado nacional. O princípio da autonomia privada continua recebendo a imprescindível importância no

---

<sup>230</sup> Essa linha não implica que os contratos devam ser mantidos conta a vontade dos contraentes, salvo, é bem verdade, e em situações excepcionais, contratos de evidente cunho social, como os relativos à saúde, transporte, por exemplo, ou ainda, naqueles em que um dos contraentes exerça monopólio sobre os bens e serviços essenciais (VIEIRA, Jacyr de Aguilar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, *Revista dos Tribunais*, v. 791, p. 61. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 966.163/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 26 out. 2010.)

<sup>231</sup> Impôs-lhe limites a própria Constituição, não só quando estabeleceu o monopólio da União Federal relativamente a certas atividades (art. 170 e incisos), mas também quando fixou os princípios que a condicionaram (art. 170 e incisos), bem assim quando ordenou a repressão do abuso do poder econômico visando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º) e, ainda, quando determinou ao agente econômico atuação dentro dos limites de respeito ao meio ambiente, à economia popular, aos direitos do consumidor etc. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 59).

ordenamento nacional, pois tem o reconhecimento da norma de ser a mola propulsora de todo o empreendedorismo nacional. O mercado continua tendo todo o respaldo constitucional e vem sendo incentivado pela norma infraconstitucional como pode ser percebido pela publicação da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

O princípio da autonomia da vontade é elemento indissociável do crescimento econômico, mas não é uma máxima jurídica absoluta que conduz todo o comportamento e todas as atitudes dos agentes econômicos. O ordenamento jurídico nacional está instituído por hierarquia de regras para que os valores jurídicos superiores sejam preservados e observados.

As diretrizes da política econômica nacional instituída pelos preceitos constitucionais devem ser observadas na livre manifestação de vontade dos agentes econômicos. Tem-se uma ordem constitucional que prima pelo progresso nacional a partir da concretização de vários interesses sociais, o que afasta o ideário oitocentista de proteção intransigente dos interesses individuais como valores jurídicos absolutos. Tem-se uma Constituição Federal com diretrizes econômicas certas e programáticas que primam pelo desenvolvimento para que o bem-estar coletivo seja privilegiado através da geração e da circulação de riquezas.

O contrato empresarial é um instrumento da política econômica nacional com funções econômicas internas que respeitam os interesses dos contratantes, mas com observâncias vinculantes às suas funções econômicas externas que primam pelo conforto e pelo bem-estar da coletividade. A função econômica e a causa econômica dos contratos de longo prazo devem conduzir a execução do contrato bem como de ser tido como elemento da interpretação jurídica.

A racionalidade do agente e a motivação do negócio deve ser elemento indissociável da execução do contrato e da interpretação jurídica no solucionamento de eventuais confrontos de interesses. A perseguição de ambas as partes pela função econômica do contrato institui um aspecto cooperativo no vínculo contratual. O aspecto cooperativo advindo dos interesses econômicos afasta o oportunismo. O oportunismo de um dos agentes provocaria a perda de confiança e prejuízos financeiros futuros que são incompatíveis com os interesses econômicos comuns das partes. É economicamente razoável acreditar que o oportunismo será afastado por uma cooperação que é mantida por critérios de racionalidade econômica. Tratos sucessivos induzem a cooperação. O comprometimento realizado e os investimentos feitos induzem a cooperação principalmente pela dificuldade de realocação dos esforços (*sunk costs*).

A autônima da vontade expressa no contrato empresarial está inserida em um sistema jurídico infraconstitucional que se preocupa com a racionalidade limitada dos agentes econômicos e com as externalidades da relação contratual.

A incompletude do contrato empresarial que é justificada pela racionalidade limitada dos agentes econômicos e subsidiada pela flexibilidade da intangibilidade contratual insere o princípio da autonomia da vontade em um cenário de harmonização de valores. A relação contratual é tida como um processo (contrato relacional) em que a sua funcionalidade deve ser priorizada para concretude da sua função social interna.

Também, o ordenamento prima pela observância da função social externa do contrato. A função social interna está relacionada com o cumprimento das finalidades do contrato e a função social externa está relacionada com as externalidades que reverberam na sociedade.<sup>232</sup>

As externalidades contratuais em uma relação empresarial trazem a premissa de que os interesses individuais devem ser perseguidos e preservados, mas sem descuidar do fim de propiciar benefícios à coletividade através da geração e da circulação de riquezas. Os efeitos externos de uma relação contratual empresarial têm a atenção do ordenamento fazendo com que a análise das consequências possa ser elemento útil na aplicabilidade da norma de direito empresarial.

A manutenção compulsória de um contrato empresarial de longa duração não representa uma suposta concepção de uma relação empresarial indissolúvel. A manutenção compulsória de contrato de longa duração por determinação do juízo da recuperação judicial, trata de uma hipótese de perenidade contratual e não de perpetuidade contratual.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> A evolução do ambiente exige, atualmente, uma nova dogmática que os juristas devem construir. Cabe-lhes abandonar um certo misonéismo, que os caracterizou no passado, para usar, se necessário, a chamada “destruição criadora” e renovar os institutos e as técnicas jurídicas. Os pilares do direito, como propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, não mais mantêm as características que tinha nos códigos e na doutrina do século passado. O contrato passou a ser dinâmico e evolutivo, exercendo uma função social, além de ser instrumento econômico. (WALD, Arnoldo. Apresentação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.)

<sup>233</sup> SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo prazo e dever de cooperação*. Orientadora: Professora Teresa Ancona Lopez. 2013. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 58.

A argumentação acerca da juridicidade da manutenção compulsória de um contrato empresarial é no sentido de que o exercício do direito potestativo de rescisão contratual não pode negligenciar a tutela de outros vários interesses jurídicos. O ministro Luiz Felipe Salomão sintetizou esta congruência de interesses jurídicos ao sustentar que o ordenamento pátrio prima pela rescisão unilateral responsável.<sup>234</sup>

A hipótese de manutenção contratual tratada neste estudo é específica para a ruptura antecipada e sem justo motivo de contrato empresarial de longa duração. Mas, o foco deste estudo é ainda mais específico.

Além dos substratos jurídicos extraídos da ordem econômica nacional, das características dos vínculos formados em um contrato em que o longo tempo de relacionamento colaborativo é desejado por ambas as partes, da função social interna e externa dos contratos empresariais, da função econômica do contrato empresarial, o estudo está alinhado ao microsistema jurídico do direito da empresa em crise. Tudo deve ser compatibilizado pelas premissas específicas de um microsistema jurídico pensado para o solucionamento de situações de exceção, ou seja, de solucionamentos de situações que não foram espontaneamente resolvidas no livre mercado.

Pelo aspecto econômico, a lei de insolvência nacional preconiza a liquidação (falência) das empresas ineficientes e a recuperação das empresas eficientes. A lei de insolvência nacional tem uma primazia econômica ao fato de que busca a alocação de recursos de forma eficiente. Percebe-se claramente a interpelação da economia com o direito haja vista que a alocação de recursos de forma eficiente é fundamento da teoria econômica. Em uma análise do direito da empresa em crise percebe-se a presença de outros instrumentais da teoria econômica, como por exemplo, a análise de incentivos e de punições, a assimetria de informação, a preocupação com o moral hazard, com a seleção adversa e com os riscos da relação negocial. Instrumentais que serão úteis para consolidação dos valores consagrados no direito da empresa em crise.

---

<sup>234</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.555.202/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 13 dez. 2016. Ou seja, há permissão para rescisão, mas o ordenamento, de maneira escorreita, sábia e coerente, contempla a parte que deseja a rescisão, com essa possibilidade e, ao mesmo tempo, não deixa a outra desamparada.

O procedimento da recuperação judicial está adstrito a alocação de recursos e não na alocação de responsabilidades. É claro que a alocação eficiente de recursos está condicionada a valores sociais consagrados no ordenamento, como é caso das externalidades contratuais que propiciam bem-estar a coletividade de impactados pela crise. Existe uma interação da teoria econômica com a teoria do direito, onde a eficiência na alocação de recursos é perseguida, mas condicionada a valores tidos como relevantes para o bem-estar coletivo.<sup>235</sup>

O ordenamento idealiza a concretude dos valores jurídicos com eficiência. Esta premissa de eficiência faz com que a alocação de recursos promova o crescimento econômico sem atentar contra valores tidos pelo direito pátrio como inegociáveis.

Cabe, todavia, não exagerar o papel da economia em relação ao direito. A análise econômica é importante e a introdução da noção de eficiência no direito é condição *sine qua non* do processo econômico e da boa aplicação da justiça. O que não se pode fazer é submeter o Direito à Economia. Queremos uma justiça eficiente, no tempo e na qualidade, mas não uma justiça que esteja exclusivamente a serviço da economia, sacrificando os direitos individuais ou, em certos casos, afetando até o respeito dos contratos e a sua fiel execução. Entendemos que Economia e Direito se complementam, pois “o direito sem o mercado é a imobilidade ou a paralisia da sociedade”, enquanto “o mercado sem direito é o caos”. (Alan Minc).<sup>236</sup>

É neste ambiente institucional que é idealizado o soerguimento da empresa viável economicamente que está temporariamente em crise econômico-financeira. Para o soerguimento das empresas viáveis, a lei institui um procedimento judicial que tem como primazia a manutenção da atividade empresarial em um ambiente de negócio estruturado por meio de incentivos e de punições. Tudo está envolto com a manutenção da atividade empresarial haja vista que não se trata de empresas ineficientes que deveriam ser liquidadas.

---

<sup>235</sup> Se até pouco tempo os dois campos do conhecimento andaram em paralelo, felizmente, tanto de um lado quanto de outro, há fatores importantes que criam incentivos para o fosso entre eles seja transposto. Do lado da economia, a percepção de que incentivos de ordem moral e ética, junto com o bom funcionamento das instituições, são fatores importantes na alocação de recursos e, conseqüentemente, no aumento da produtividade e no desenvolvimento econômico. É crescente o uso de modelos onde se procura incorporar fatores como cultura, usos e costumes, funcionamento do sistema jurídico, quantidade e qualidade das normas e regulamentos e assim por diante. Já do lado do jurídico, existe também a percepção de que examinar apenas aspectos legais, morais e éticos em uma decisão não é suficiente. Por mais que estes sejam importantes, decisões que sistematicamente se abstraem dos aspectos econômicos envolvidos tendem a ser nocivas à sociedade e, como tal, acabam sendo revertidas no futuro, mas à custa de um desgaste do sistema judiciário. (HADDAD, Claudio L. S. Apresentação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.)

<sup>236</sup> WALD, Arnoldo. Apresentação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

O ambiente de negócio é tido como estruturado porque é condicionado institucionalmente (estado juiz e norma). A negociação estruturada pressupõe intervenção mínima, mas necessária para que aconteça a convergência de interesses conflituosos. A pretensão de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da recuperanda justifica a intervenção do juízo da recuperação judicial (negociação estruturada) na seara de negócios empresariais pela importância econômica e pelos impactos sociais advindos da paralisação da atividade empresarial de sociedade empresarial viável.

É por este motivo que o objetivo da recuperação judicial está assentado na concretude das finalidades instituídas pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que remetem à tutela de interesses que extrapolam os interesses do devedor e do credor. A atividade da empresa está alicerçada por um valor principiológico de índole constitucional (preservação da empresa) que foi instrumentalizado como meio de persecução dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil.

Portanto, a ordem econômica nacional, a função social do contrato, a função econômica do contrato, os objetivos e as finalidades da recuperação judicial são institutos jurídicos importantes na compatibilização dos interesses individuais com os interesses da coletividade em um cenário de crise empresarial relevante. É esta a contextualização jurídica do estudo. A partir deste contexto jurídico fica perceptível que a manutenção compulsória de contrato de longa duração fundamental para a superação da situação de crise econômico-financeira da recuperanda não é uma afronta ao princípio da autonomia privada e ao princípio do livre exercício da atividade econômica.

Os motivos extraídos desta contextualização jurídica do ordenamento nacional não atentam contra a segurança jurídica da relação contratual e muito menos contra as premissas do livre mercado, principalmente porque se está à frente de um microssistema jurídico instrumentalizado pela ordem econômica nacional em que a primazia principiológica é outra. Trata-se de harmonização de valores principiológicos e de parametrização das regras com esta harmonização de valores.

É justo crer que as melhorias de Pareto acontecem a princípio pela livre manifestação da vontade das partes envolvidas em um contrato. No entanto, é justo crer que as melhorias não acontecem obrigatoriamente pela livre manifestação de vontade. Existem situações de

idiosincrasias de mercado que as melhorias de Pareto só serão alcançadas pela interferência do Estado juiz. É racional crer que os agentes econômicos serão movidos pela maximização de seus interesses individuais com pouca ou nenhuma preocupação com os interesses da coletividade.

A intervenção judicial feita pelo juízo da recuperação judicial não tem a finalidade de descuidar da segurança jurídica, mas sim de reequilibrar a relação contratual com a finalidade de preservação/manutenção do contrato com a possibilidade de satisfação dos interesses legítimos em jogo.

A manutenção compulsória, determinada pelo juízo da recuperação judicial, de um contrato de longa duração está vinculada às finalidades de médio prazo instituídas pela Lei nº 11.101/2005. O contrato empresarial de longa duração deve ser fundamental para a manutenção imediata da fonte produtora e do atendimento em médio prazo dos interesses dos empregados, dos credores e da sociedade.

A manutenção compulsória a ser determinada pelo juízo da recuperação judicial pressupõe a crise empresarial como um fenômeno social com relevância econômica. Em um cenário de crise com relevância socioeconômica o juízo da recuperação deve propiciar condições mínimas ao soerguimento da recuperanda.

Todos os aspectos envolvidos com a proteção de condições mínimas ao soerguimento atraem a competência do juízo da recuperação judicial. O juízo da recuperação judicial deve subsidiar sua decisão por critérios pragmáticos que sejam possíveis de serem mensurados nos autos do procedimento da recuperação judicial.

A decisão que determinar a manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração, com ruptura antecipada e sem justo motivo, deve ser subsidiada por elementos fáticos que demonstrem que o contrato é essencial à atividade empresarial, que existe uma dependência econômica entre a parte e a recuperanda e que existe uma especificidade de ativo patrimonial que impede ou dificulta (alta onerosidade) a sua utilidade como instrumento de manutenção da atividade empresarial.

Estes 03 (três) elementos jurídicos devem ser demonstrados nos autos. No entanto, estes “condicionamentos positivos” não são suficientes. O juízo da recuperação judicial ainda deve observar o “condicionamento negativo” para o deferimento da manutenção compulsória.

A manutenção compulsória determinada pelo juízo da recuperação judicial não pode frustrar a função econômica interna do contrato empresarial de longa duração sob pena de desvirtuar as primazias das relações de negócios empresariais. A manutenção da função econômica interna do contrato é uma condicionante e um delimitador da função jurisdicional do juízo da recuperação judicial.

O juízo da recuperação judicial deve determinar a manutenção compulsória quando a recuperanda estiver em condições para manter as expectativas econômicas de mercado do outro contratante, sob pena da decisão se torna um peso econômico ao outro contratante.

Ademais, o juízo da recuperação judicial deve determinar a manutenção compulsória de contato empresarial como um incentivo a negociação das partes quanto ao valor e quanto a tempo de vigência do contrato. O juízo deve determinar a manutenção compulsória para que seja institucionalizado um novo ambiente de negociação entre as partes capaz de promover convergência de interesses quanto ao valor e quanto ao tempo de vigência do contrato.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 113-137, fev. 2005.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Confrontada e Breves Anotações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; TEIXEIRA, Pedro Freitas. A função socioeconômica e o princípio da cooperação entre devedor e credores na recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 9. p. 7, jul./set. 2018.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANDRIGHI, Nancy. Comentários. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 491-495.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Paulo Dóren Rehder de. *Prorrogação Compulsória de Contratos a Prazo – Pressupostos para sua Ocorrência*. Orientadora: Giselda Hironaka. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Home*. São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERTAN, Maria Paula. *Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Recuperação Judicial e o Produtor Rural. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*: comentada artigo por artigo. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. *Revista do Advogado*, v. 83, p. 8, set. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 20.

BOUÇAS, Danielle Fernandes. Oponibilidade dos Contratos e Tutela Externa do Crédito: Análise a partir Acórdão Proferido pelo TJRJ. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 183.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005.

BRASIL. *Senado Federal*. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 – Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório do Senado Federal – Lei nº 11.101/2005*. Senador Tasso Jereissati. Brasília, DF, 2005. p.6.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 966.163/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 26 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 972.436/BA*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 17 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.250.596/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 03 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.555.202/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 13 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.598.130/RJ*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 07. mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2*. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 27 maio 2009

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Comentários ao art. 1º. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito Societário e regulação econômica*. São Paulo: Manole, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARVALHO, Ângelo Prata de. *Controle Empresarial Externo: a Intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do Controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

CATEB, Alexandre Bueno; GABRICH, Frederico de Andrade; SZTAJN, Rachel (Org.). *Análise Econômica e Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 9.

CAVALLI, Cássio. *Empresa, Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Princípio da Preservação da Empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 21. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 17. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência no setor ferroviário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, FGV Direito Rio, 2017.

DE LUCCA, Newton. *Teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2001. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

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

ET ALII, Marcos de Barros Lisboa. A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4.

FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. Prefácio à 1ª edição. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 10.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. Cidade: Editora, Ano. v. 3, p. 12.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). *10 anos da lei de falência e recuperação judicial de empresas: Inovações, desafios e perspectivas*. Porto Alegre: Editora fi, 2016.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A falência e a preservação da empresa: Compatibilidade?.* Orientador: Professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. 2012. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Foco, 2020.

GOMES, Orlando. *A função do contrato: novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Arts. 481 a 692. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

HADDAD, Claudio L. S. Apresentação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007.

JACKSON, Thomas. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Hopkins: Beard Books, 2001.

JORGE, André Lemos et al. (Org.). *Coletânea da Atividade Negocial*. São Paulo: Uninove, 2019.

KLEIN, Benjamin, Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performace. In: WERIN, Lars; WIJKANDER, Hans. *Contract Economics*. Oxford: Blackwell, 1992.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *O Contrato Built to Suit: Contratos mercantis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção tratado de direito comercial; v. 4).

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. *Revista da EMERJ*, v.1, n. 3, 1998.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquemático*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, v. 364, p. 7, 1998.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law – from Posner to Post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Marli. A Lei 11.101/2005 sob a perspectiva das questões econômicas atuais. *Revista JurisFIB*, Bauru, ano 10, v. 10, p. 131, dez. 2019.

MOREIRA, Carolina Xavier da Silveira. *O dever de renegociar em contratos de longa duração*. Orientador Professor Oswaldo Peregrina Rodrigues. 2019. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

MOURA, Mario Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 630, p. 247-249, abr. 1998.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 186-190, abr./jun. 2007.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da Recuperação Judicial. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, n. 116, p. 88-97, jul. 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. (Coord.). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva Jur, 2019.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUSDEO, Fábio (Coord.). *O Direito Econômico na Atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizzi. Penhora de Quotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada em Recuperação Judicial: uma análise do Projeto de Lei n. 10.220/2018. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I: Disposições Preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da Empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. *Processo nº 0001598-70.2015.8.17.2990*. 4. Vara Cível da Comarca de Olinda. Relatora: Marinês Marques Viana. Recife, 29 ago. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 209.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Preservação da empresa. In: JORGE, André Lemos et al. (Org.). *Coletânea da Atividade Negocial*. São Paulo: Uninove, 2019. p. 323.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas, sob a perspectiva do direito brasileiro. In: VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord.). *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas: I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017. p. 7–29.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA DA EMERJ. Direito da Crise Econômica da Empresa. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 1, n. 3, 1998.

REVISTA DO ADVOGADO. A nova lei de falência e de recuperação de empresas. São Paulo: AASP, ano 25, n. 83, 2005.

REVISTA DO ADVOGADO. Direito das Empresas em Crise. São Paulo: AASP, ano 25, n. 131, 2016.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR., Ivo T. (Coord.). *O Jurista que calculava*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Contratos empresariais. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP: tomo Direito Comercial. 1. ed. São Paulo: PUCSP, jul. 2018. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>. Acesso em: 01 ago. 2021.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação 0048861-58.2013.8.19.0001*. 17. Câmara Cível. Relatora: Desa. Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 08 jun. 2016.

RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direito fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SADDI, Jairo. Contratos Bancários. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALMAZO, Rodolfo. (In)eficiência da intervenção do CADE nas operações que acarretam concentração de mercado em ambiente de insolvência. In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). *Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SAMPAIO, Amanda. Frigorífico de Mirassol D'Oeste fecha unidade e demite 701 funcionários. *Portal G1*, Cuiabá, 06 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/agrodebate/noticia/2015/07/frigorifico-de-mirassol-doeste-fecha-unidade-e-demite-701-funcionarios.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O contrato de consórcio financeiro e o cumprimento da função social. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios Contratuais Aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 195.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0021377-86.2007.8.26.0000*. Relator: Des. Lino Machado, 28 maio 2008.

SÃO PAULO (Estado). *Agravo de Instrumento nº 0052803-43.2012.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Francisco Loureiro, 18 set. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0334565-05.2009.8.26.0000*. Relator: Des. Romeu Ricupero, 15 dez. 2009.

SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JR., Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 111-113.

SILVEIRA, Arthur Alves; FERNANDES JR, João A. Medeiros; MEDEIROS, Laurence Bica. Os vetores constitucionais da função social no processo de recuperação judicial. *In: SANTOS, Assione; FLORENTIN, Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (Org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (Coord.). Transformações no direito de insolvência*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo prazo e dever de cooperação*. Orientadora: Professora Teresa Ancona Lopez. 2013. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SILVA, Fernando César Nimer Moreira. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Orientadora: Rachel Sztajn. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao art. 49. *In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. Art. 49. *In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e Custos de Transação: redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 7-131, jan./mar. 2004.

SZTAJN, Rachel. Sociedade e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 171-179, jan./dez. 2006.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 145-155.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios Contratuais Aplicados: Boa Fé, Função Social e Equilíbrio Contratual à Luz da Jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social: A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIM, Luciano Benetti. Análise Econômica dos Contratos. In: TIM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 157.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 98, 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Prorrogação Compulsória dos Contratos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord.). *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas: I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção direito comercial, v. 5).

VIEIRA, Jacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, *Revista dos Tribunais*, v. 791, 2001, p. 61.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/2005*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processos*, v. 284, p. 333-369, out. 2018.

WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018. v. 2.

WAISBERG, Ivo. Comentários Arts. 966 a 996. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

WAISBERG, Ivo. Comentários Art. 985 e 986. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1344.

WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Halfeld Rezende. (Org.) *Temas de Direito da Insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: Editora IASP, 2017.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORREA, Fernando. Recuperação Judicial no Estado de São Paulo - 2ª fase do Observatório de Insolvência. *Revista Direito Empresarial* (Curitiba), v. 2, p. 167-210, 2019.

WALD, Arnoldo. Apresentação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

WALD, Arnoldo Wald; WAISBERG, Ivo. Contrato Bancário. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (Eds). *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 1996.

ZANETTI, Cristiano de Souza; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord). *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva Jur, 2019.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. A Economia e o Direito de Propriedade: Diálogos FEA e Largo São Francisco. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 97, p. 281-286, 2002.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Elsevier, 2005.