

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano XX | N.º 37 | 484p | Out 24



Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Salas 510 e 511

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.37, 2024

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *300 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaiá Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-RS)

Vice-Presidente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-RO)

1º Secretário

Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-SP)

2ª Secretária

Fabiola Oliveira Alencar (Aposentada - NA)

1ª Tesoureiro

Duílio José Sanchez Oliveira (GEATS - SJC)

2ª Tesoureira

Anna Claudia de Vasconcellos (DIJUR-DF)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Marcelo Dutra Victor (CEATR-MG)

Diretora de Honorários Advocatícios

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (CEAJU-CE)

Diretor de Negociação Coletiva

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (CEAJU - NT)

Diretor Jurídico

Magdiel Jesus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Marcelo Quevedo do Amaral

Marcelo Dutra Victor

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA/AM.

Antonio Carlos Ferreira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal. Ex-Presidente da Escola de Advocacia da CAIXA.

Bruno Queiroz Oliveira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC e Presidente do Conselho Editorial.

Cacilda Lopes dos Santos

Doutora em Direito Urbanístico pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Carolina Reis Jatobá

Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub/DF. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília – IDP/DF. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal em Brasília- ESMPDF.

Clarissa Bueno Wandscheer

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Positivo. Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, Responsabilidade e Novos Modelos Econômicos (UP). Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica – PUC/PR.

Cláudio Gonçalves Marques

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de MG.

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/ Faculdade Projeção/DF. Presidente da Comissão Especial do Advogado Empregado da OAB/RS.

Eurico Soares Montenegro Neto

Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2000) e pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Eurípides de Miranda. Presidente do Instituto Rondoniense de Direito Administrativo. Sócio-fundador da Montenegro Bernardo Andrade Vargas Sociedade de Advogados e advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Foi Conselheiro Federal Suplente da OAB em 2015 e Secretário-Geral Adjunto da Seccional de Rondônia no triênio 2016-2018. Atua nas áreas do Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Civil e Empresarial.

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Direito Público pelo Instituto Processus. Professor na graduação e pós graduação.

Gryecos Attom Valente Loureiro

Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa de Brasília – IDP/DF. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC/MG. Pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial-MBA pela FGV-RJ e em Direito Processual Civil pela UNISC/RS. Professor universitário. Advogado da CAIXA no Distrito Federal. Ex-diretor jurídico da CAIXA e subsidiárias.

Illiane Rosa Pagliarini

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PR.

João Batista Pinto Silveira

Desembargador Federal no TRF da 4ª Região. Vice-presidente do TRF4. Ex-Gerente Jurídico da Caixa Econômica Federal.

João Pedro Silvestrin

Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 4ª Região. Especialista em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC..

Juarez de Freitas

Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano. Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Membro Nato do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.

Kátia Aparecida Mangone

Doutora e Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutora pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP. Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Manuel Munhoz Caleiro

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Pesquisador integrante da Rede Latino-americana de Antropologia Jurídica (RELAJU). Pesquisador associado ao Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Diretor Executivo do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Advogado.

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/SP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

Reis Friede

*Desembargador Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em
Direito do Estado pela Universidade Gama Filho - UGF e Mestre e
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de
Janeiro - UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela
Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da
Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial - SBDA.*

Roberto Di Benedetto

*Doutor em Sociologia pelo IESP/UERJ e mestre em Direito pela
Universidade Federal do Paraná. Coordenador-Geral do Direito da
Universidade Positivo, professor titular da Universidade Positivo,
Avaliador de Curso de Graduação em Direito do Instituto Nacional
de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério
da Educação – INEP/MEC e pesquisador visitante do Instituto de
Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.*

Vera Regina Hippler

*Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC/SP.*

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Davi Duarte (Aposentado/Porto Alegre)
Carla Ivo Pelizaro (CEJUR-MS)
Luiz Fernando Padilha (CEJUR -RJ)
Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-RS)
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Membros Suplentes

Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Cláudio Gonçalves Marques (CEAJU - BH)
Raquel Bragança de Oliveira (Rio de Janeiro)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Rodrigo Trassi de Araujo (Bauru)
Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (CEJUR-NA)

Membros Suplentes

Camila Modena Bassetto Ribeiro (CEATR - SP)
Júlio Vitor Greve (Aposentado/DF)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
PARTE 1 – ARTIGOS	13
Contagem de prazos na recuperação judicial e falência: dias úteis ou corridos?	
<i>Luiz Guilherme Pennacchi Dellore e Daniel Krumpanzl</i>	15
Autonomia e interdependência: o papel essencial das instituições na consolidação da justiça e do estado democrático	
<i>Bruno Queiroz Oliveira e Jorge Bheron Rocha</i>	29
O uso correto da recuperação judicial	
<i>Max Magno Ferreira Mendes</i>	41
Mediação restaurativa na lei do superendividamento	
<i>Lucélia de Oliveira Barbosa</i>	61
A desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial: impactos da interpretação do art. 82-A da Lei nº 11.101/05 pelas Cortes Superiores	
<i>Juliana Silva Garcia</i>	85
A essencialidade da governança e integridade corporativa nos processos de insolvência	
<i>Emilia Vilela e Luize Calvi Menegassi Castro</i>	107
A categoria causal nos contratos: breves reflexões sobre a concepção subjetiva e objetiva da causa	
<i>Gustavo Tanger Jardim</i>	127
Responsabilidade civil e tutela judicial do meio ambiente do trabalho	
<i>Zoraíma Meneses Brandão</i>	145
Uma breve discussão sobre a aplicação da inteligência artificial na investigação para apuração de crimes econômicos	
<i>Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso</i>	169
Advocacia predatória e a “indústria” do dano moral nas demandas bancárias	
<i>Rodrigo Cavalcanti e Anne Karolline Davin de Moraes ...</i>	189

Sistema de verificação de crédito na recuperação judicial	
<i>Paola Cristina Rios Pereira Fernandes</i>	205
Considerações sobre os requisitos para o Deferimento do Processamento da Recuperação Judicial	
<i>Suzimaria Maria de Souza Artuzi</i>	277
A recuperação judicial sob a ótica do credor. Ênfase no credor bancário titular de garantia com alienação fiduciária	
<i>André Luis Fedeli</i>	297
A quem interessa pelejar pela proteção do instituto jurídico do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005?	
<i>Paulo Lebre</i>	337
A inconstitucionalidade do sistema eleitoral proporcional de votação frente ao paradigma do estado democrático	
<i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira e Fernando Elias Pinto</i>	357
Desjudicialização na recuperação judicial: caminhos para a eficiência e rapidez na solução de conflitos empresariais	
<i>Marcos Delli Ribeiro Rodrigues, Bruna Paula da Costa Ribeiro e Natália Ribeiro Linhares</i>	375
PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA	
Superior Tribunal de Justiça	
<i>STJ. Tema 1176. FGTS. Pagamento em ações trabalhistas. Validade. Executoredade das demais parcelas de vidas ao Fundo</i>	397
Superior Tribunal de Justiça	
<i>STJ. Tema 1156. Prestação de serviços bancários. Fila</i>	431
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	477

APRESENTAÇÃO

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, orgulhosamente, apresenta à comunidade jurídica a edição 37 de sua *Revista de Direito*.

Com temática centrada na recuperação judicial, este volume especial tem seu lançamento realizado no XVI Congresso TMA Brasil de Reestruturação e Recuperação de Empresas.

A TMA Brasil é representante brasileira da Turnaround Management Association, uma das mais prestigiosas entidades mundiais reunindo profissionais envolvidos com recuperação da performance e do valor em empresas e organizações em geral.

Os artigos selecionados para este número, além de trazerem opiniões e teses jurídicas diferenciadas, concretizam os princípios que determinaram a criação e o desenvolvimento permanente de uma revista técnica.

Operadores do Direito, atuando dentro e fora da área jurídica da CAIXA, mostram a qualidade de suas produções, a comprovar o valor da ciência aplicada em todas as searas.

Fiquem com estas bem produzidas criações, com a certeza de que o caminho é vasto e repleto de descobertas e crescimento.

Diretoria Executiva da ADVOCEF



A grayscale abstract background featuring a central vertical axis with radial lines extending towards the edges. Concentric circular patterns are visible, creating a sense of depth and motion. The overall effect is reminiscent of a celestial body like a planet or star.

PARTE 1

ARTIGOS

Contagem de prazos na recuperação judicial e falência: dias úteis ou corridos?

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

*Advogado da CAIXA em São Paulo.
Doutor e mestre em Direito Processual pela USP.
Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.
Visiting Scholar (pós-doutorado) na Syracuse University e Cornell University (EUA).
Professor de Direito Processual da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.
Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) e do Centro de Estudos Avançados de Processo.*

Daniel Krumpanzl

*Pós-graduando em Direito Processual Civil e Direito Civil na Escola Paulista de Direito.
Ex-estagiário da CAIXA em São Paulo.*

RESUMO

A Lei 14.112/20, que alterou a Lei 11.101/05, tratou da contagem de prazos no âmbito das recuperações judiciais e falências. Contudo, a redação do art. 189 da Lei 11.101/05, com a reforma, foi insuficiente para esclarecer com segurança como se dá a contagem dos prazos no âmbito das recuperações judiciais e falências, trazendo dificuldades para o profissional que atua na área. A jurisprudência, a partir da interpretação da referida norma, ainda não está pacificada. Assim, até que o Superior Tribunal de Justiça decida a questão, os prazos, por cautela, devem ser contados em dias corridos, salvo nos casos em que houver, nos autos, decisão expressa definindo a contagem dos prazos em dias úteis.

Palavras-chave: Processo Civil. Recuperação judicial e Falência. Contagem de prazos em dias.

ABSTRACT

The Law 14,112/20, which amended Law 11,101/05, dealt with the counting of deadlines in the context of judicial reorganizations and bankruptcies. However, the wording of article 189 of Law 11,101/05, with the reform, was insufficient to clarify with certainty how the deadlines are counted in the context of judicial reorganizations and bankruptcies, bringing difficulties to the professional who works in the area. The interpretation of the aforementioned rule is not yet settled by the courts. Thus, until the Superior Tribunal de Justiça decides the issue, the deadlines, as a precaution, must be counted in consecutive days, except in case records where there is an express decision defining the counting of the deadlines in business days.

Key-words: Civil procedural law. Judicial Reorganization and Bankruptcy. Counting of deadlines in days.

1 Contextualização

Nos processos de recuperação judicial e falência, os prazos, até a edição do Código de Processo Civil de 2015, eram computados em dias corridos. Não havia qualquer debate quanto a isso.

Porém, com o CPC/15, que prevê a contagem de prazos em dias úteis, começou o debate que, até o momento, traz ainda dificuldades.

Isso porque o CPC, no art. 219, passou a prever a contagem dos prazos processuais em dias úteis. Afinal, isso seria aplicável aos processos recuperacionais?

A Lei 11.101/2005, em sua redação original, não continha previsão específica acerca da contagem (dias úteis ou corridos).

Assim, em um primeiro momento, surgiram as seguintes correntes, relativas à forma de contagem de prazo no âmbito das RJs e falências:

a) todos os prazos são contados em dias corridos, pois, com base no princípio da celeridade e considerando que todas as decisões proferidas no âmbito de uma RJ e falência decorrem da própria Lei 11.101, haveria um microssistema especial que afasta a aplicação do CPC;

b) os prazos de direito material, previstos na Lei 11.101/2005, seriam contados em dias corridos, ao passo que os prazos processuais seriam contados em dias úteis, com base no CPC;

c) os prazos de direito material seriam contados em dias corridos; quanto aos atos processuais expressamente mencionados na Lei 11.101/2005, o prazo seria em dias corridos, ao passo que, em relação a recursos e manifestações não mencionados na lei específica, o prazo seria em dias úteis.

Após intenta divergência, a jurisprudência do STJ adotou o entendimento (iii), ou seja, que os prazos específicos da lei (como aqueles para apresentação de impugnação de crédito ou objeção ao plano de recuperação judicial) deveriam ser contados em dias corridos, enquanto os prazos processuais (como os prazos recursais) deveriam ser contados em dias úteis (conforme previsão do CPC). Vejamos a síntese desse entendimento:

(...) diante do exame sistemático dos mecanismos engendrados pela Lei de Recuperação e Falência, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (art. 6, § 4º) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (art. 53, caput) deverão ser contados de forma contínua. (STJ; REsp 1699528/MG; Rel. Min. Luis Felipo Salomão; Quarta Turma; Data do Julgamento: 10/04/2018; DJE: 13/06/2018)

Em 2020, houve a edição da Lei 14.112/2020, a qual alterou, entre inúmeros outros dispositivos da Lei 11.101/2005, o art. 189, na tentativa de regular a contagem de prazo no âmbito das demandas recuperacionais.

Vejamos o texto legal (grifos nossos):

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

§ 1º Para os fins do disposto nesta Lei:

I - todos os prazos nela previstos ou que dela decorram serão contados em dias corridos;

Entretanto, a alteração da redação do art. 189 da Lei 11.101/05 foi insuficiente para esclarecer com segurança como se dá a contagem dos prazos no âmbito das recuperações judiciais e falências, trazendo dificuldades para o profissional que atua na área.

2 Entendimento jurisprudencial à luz da alteração legislativa

Passados alguns anos da vigência da nova lei, vejamos como está a jurisprudência acerca do tema. Infelizmente, como já dito, há divergências, de maneira que o advogado deve atuar com cautela, para evitar risco de intempestividade em suas manifestações.

Em síntese, há duas principais posições:

- i) Há julgados que concluem pela contagem dos prazos processuais em dias úteis, conforme prevê o CPC.
- ii) Há decisões pela contagem em dias corridos, considerando as alterações promovidas pela Lei 14.112/2020 à Lei 11.101/2005, bem como a “celeridade e a efetividade”.

2.1 Entendimento do TJ/SP

O TJ/SP, neste momento, na sua estrutura tem duas Câmaras de direito empresarial que, portanto, julgam os temas afetos à recuperação judicial e falência.

Esse Tribunal tem se posicionado pela contagem de prazos processuais em dias úteis.

De início, vejamos a posição da 1^a Câmara:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Contagem de prazo – Prazos estritamente processuais e para interposição de recursos – Contagem em dias úteis, nos moldes do regime geral do CPC – Precedentes – Prazos materiais que fixam deveres e estão previstos na Lei 11.101/05 – Contagem em dias corridos – Resp 1.699.528 – Decisão reformada e esclarecida – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2105128-72.2023.8.26.0000; Rel. Des. J. B. Franco de Godoi; 1^a Câmara Reservada de

¹ Nesse mesmo sentido: “Recuperação judicial – Habilitação de crédito – Procedência – Intempestividade do agravo desconfigurada - O inciso I, do §1º do art. 189 da Lei 11.101/2005, com a redação conferida pela Lei 14.112/2020, não atinge a contagem de prazo para interposição de recursos nas recuperações judiciais – Prerrogativa do Ministério Público da contagem do prazo em dobro a teor do disposto no art. 180 do CPC/2015 - Questão preliminar rejeitada – Crédito enfocado originado de condenação em ação civil pública – Natureza sancionatória – Correta classificação como quirografário – Jurisprudência – Decisão mantida – Recurso conhecido e desprovido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2152915-97.2023.8.26.0000; Rel. Fortes Barbosa; 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 29/09/2023; DJE: 29/09/2023)

Direito Empresarial; Data do Julgamento: 12/09/2023; DJE: 12/09/2023)¹.

E do inteiro teor, extraímos o seguinte:

Após intenso debate doutrinário e no âmbito da jurisprudência e advento da Lei 14.112/20, cristalizou-se o entendimento de que os prazos de natureza estritamente processual, cujos atos são praticados sob o regime da Lei de Recuperação e Falências (como por exemplo os prazos recursais), devem ser contados em dias úteis, harmonizando-se assim com o regime do Código de Processo Civil.

Por outro lado, os prazos de natureza material (que estabelecem obrigações para os agentes econômicos e auxiliares envolvidos no procedimento recuperacional e falimentar), são contados em dias corridos, atendendo-se o disposto na regra especial da Lei 11.101/05.

Também a 2^a Câmara se manifesta no sentido de contagem dos prazos processuais em dias úteis. Vejamos:

Agravo de instrumento. Recuperação Judicial. Habilitação de crédito. Preliminar de intempestividade. Inocorrência. Entendimento pacificado de que apenas os prazos materiais, previstos na LREF, serão contados em dias corridos. Os prazos processuais, que versam sobre os recursos interpostos, permanecem com a contagem em dias úteis. Inteligência do art. 189, §1º, da LREF, cumulado ao art. 219, do CPC (...)

(TJSP; Agravo de Instrumento 2123858-97.2024.8.26.0000; Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda; 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 21/08/2024; DJE: 21/08/2024)².

² Vejamos outro julgado: **(i)** Agravo de instrumento – Recuperação Judicial (...). Afastamento da preliminar de intempestividade arguida pela recuperanda em contraminuta – O CPC é aplicável, no que couber, aos procedimentos previstos na Lei de Recuperação Judicial e Falências – Contagem de prazos de natureza processual, especialmente os recursais, que deve ser feita em dias úteis, na forma do art. 219 do CPC – Prazos de natureza material que devem ser contados em dias corridos – Exegese do art. 189, §1º, I, da Lei nº 11.101/2005, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020 – Precedentes

Pode-se apontar que essa é a posição dominante do TJ/SP: contagem dos prazos processuais em dias úteis; prazos materiais da lei especial em dias corridos.

2.2 Entendimento do TJ/RJ

Não há, no âmbito do TJ/RJ, Câmaras especializadas em direito empresarial. Sendo assim, nesse Tribunal, são diversas as Câmaras que julgam temas de RJ e falência. Isso torna a questão, por certo, mais pulverizada.

De qualquer forma, o TJ/RJ tem decisões pela contagem de prazos em dias corridos. Vejamos um julgado:

AGRADO DE INSTRUMENTO. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Não conhecimento de aclaratórios opostos pela instituição financeira credora recorrente, por intempestivos, ante a inobservância do prazo em dias corridos. Prazos que devem ser contados de forma contínua, consoante art. 189, I, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2020. Aplicação da Lei processual civil no âmbito do microssistema recuperacional que deve ser excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva. Precedentes. Recurso a que se nega provimento. (TJRJ; Agravo de Instrumento nº 0055199-36.2022.8.19.0000; Rel. Des. Láudio Luiz Braga Dellorto; Terceira Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 05/09/2022)

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Incidente de impugnação de crédito. Recurso intempestivo. 1. Nos procedimentos previstos na L. nº. 11.101/05, todos os prazos nela previstos ou que dela decorram serão contados em dias corridos, na forma do art. 189, §1º., I da referida lei. 2. É, portanto, intempestivo o recurso de agravo de instrumento protocolado no dia 26.01.2024 que se volta em face de decisão da qual a agravante foi intimada aos 05.12.2024. 3. Em que pese ter havido suspensão dos prazos processuais em ra-

das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal de Justiça (...)” (TJSP; Agravo de Instrumento 2260235-46.2022.8.26.0000; Rel. : Jorge Tosta; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 31/05/2023; DJE: 31/05/2023).

zão do recesso forense, certo é que o prazo de 15 dias corridos se encerrou aos 21.01.2024. 4. Agravo de Instrumento a que se nega seguimento por ser inadmissível. (TJRJ; Agravo de Instrumento nº 0004261-66.2024.8.19.0000; Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto; Sétima Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/07/2024)

Contudo, essa não é a única posição do Tribunal fluminense. Há, também, julgados que entendem que o prazo processual deve ser contado em dias úteis. Vejamos um exemplo:

(...) INTERPOSTO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. REJEIÇÃO. PRAZO PROCESSUAL. CONTAGEM EM DIA ÚTIL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 269 DO CPC, EM DETRIMENTO DO ARTIGO 189, § 1º, II, DA LEI Nº. 11.101/05. (TJRJ; Agravo de Instrumento nº 0029919-29.2023.8.19.0000. Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha Filho; Décima Segunda Câmara de Direito privado; Data do Julgamento: 23/08/2023)

Ou seja, a questão está em aberto no âmbito do TJ/RJ.

2.3 Outros tribunais intermediários

Houve análise específica de TJ/SP e TJ/RJ, pois esses são os tribunais do país que mais intensamente atuam na área de recuperações judiciais e falências.

Mas a divergência segue Brasil afora.

O TJ/DF, por exemplo, já decidiu pela contagem em dias úteis dos prazos processuais. Vejamos:

(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRAZOS PROCESSUAIS. II - LEI DE FALÊNCIAS. CONTAGEM EM DIAS CORRIDOS. NÃO CABIMENTO. PREVALÊNCIA DA REGRA POSTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE O ART. 189, § 1º, DA LEI 11.101/05. PRAZOS PROCESSUAIS A SEREM COMPUTADOS EM DIAS ÚTEIS. III - PRAZOS MATERIAIS. CONTAGEM QUE DEVE ATENDER À SISTEMÁTICA DO MICROSSITEMA RECUPERACIONAL E FALIMENTAR. CONTAGEM EM DIAS CORRIDOS. IV - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Segundo interpretação conjunta do art. 219 do CPC com o art.

189, caput, da Lei 11.101/2005, a contagem dos prazos de natureza processual deve ser realizada em dias úteis, como, por exemplo, o de agravo de instrumento (arts. 17; 58-A, par. único; 59, § 2º; 189, § 1º, II), a contestação (arts. 81 e 98), a impugnação (art. 8º), a apelação (art. 90) e os recursos, porquanto não são derivados da lei de recuperação judicial, mas da legislação processual, à qual devem obediência quanto à forma de contagem dos prazos. 2. Apenas os prazos de natureza material constantes na Lei de Falências e para os fins dela, como os referentes ao stay period (art. 6º, § 4º) e o de apresentação do plano de recuperação judicial (art. 53), devem ser contados em dias corridos, nos termos do art. 189, § 1º, I, da Lei 11.101/2005. 3. Recurso conhecido e provido. (TJDFT; Acórdão 1693452. Processo nº 0731404-90.2022.8.07.0000; 1ª Turma - Cível. Rel. Diva Lucy de Faria Pereira; Data do julgamento 19/04/2023)

Nesse mesmo sentido, há outros tribunais, como:

- TJRS; Acórdão. Agravo de Instrumento 70085560985; Rel. Niwton Carpes da Silva; Data do julgamento: 28/07/2023.
- TJAL; Agravo de Instrumento 0805996-46.2022.8.02.0000; Rel. Des. Otávio Leão Praxedes; Data do julgamento: 15/06/2023.
- TJMS; Agravo de Instrumento 1405199-76.2021.8.12.0000, N/A, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, Data do Julgamento: 24/06/2021, DJE: 28/06/2021).
- TJGO; Agravo de Instrumento 5580313-76.2020.8.09.0000, Rel. Des. Carlos Hipolito Escher; 4ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2021; DJE: 12/04/2021.
- TJPR; 18ª C. Cível - 0028932-45.2021.8.16.0000 - Chopin-zinho - Rel. Des. Denise Kruger Pereira; Data do Julgamento: 25.10.2021.

De seu turno, no TJ/SC encontram-se julgados nos dois sentidos.

Pela contagem em dias corridos:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO, POIS INTEMPESTIVO. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE. MÉRITO. DECISÃO QUE, NOS TERMOS DO ART. 189, § 1º, I, DA LEI N. 11.101/2005, ESTABELECEU A CONTAGEM DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EM DIAS CORRIDOS. ALEGADO ERRO MATERIAL NA CONTAGEM DO PRAZO.

VÍCIO NÃO CONSTATADO. PRAZO PREVISTO NA LEI ESPECIAL QUE DEVE SER APLICADO AO PROCEDIMENTO PREVISTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO EM DIAS ÚTEIS, PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC Acórdão. Processo nº 5074633-48.2023.8.24. 0000; Rel. Des. Antônio Augusto Baggio e Ubaldo; Segunda Câmara de Direito Comercial; Data do julgamento: 30/04/2024.)

E no sentido inverso, pela contagem em dias úteis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 5018961-89.2022. 8.24.0000. INTERPOSIÇÃO PELO CREDOR. INTERPOSTO PELO CREDOR. CONTRAMINUTA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. INAPLICABILIDADE AOS PRAZOS PROCESSUAIS DO DISPOSTO NO ART. 189, PAR. 1º, INC. I, DA LEI N. 11.101/2005. CONTAGEM QUE DEVE CONSIDERAR OS DIAS ÚTEIS, NOS TERMOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. MÉRITO (...). (TJSC; Agravo de Instrumento n. 5018961-89.2022.8.24.0000; Rel. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Commercial; Data do Julgamento: 30/03/2023).

A doutrina também diverge sobre o tema.

Manoel Justino, por exemplo, entende que a alteração legislativa foi suficiente para solucionar a discussão, de modo que todos os prazos (processuais ou de direito material) serão contados em dias úteis. Vejamos a manifestação do ilustre empresarialista:

A discussão sobre contagem de prazos, surgida após a promulgação do CPC/2015 também fica definitivamente solucionada, ante a previsão do inc. I, segundo a qual todos os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos. Ou seja, independentemente de se tratar de prazo de direito processual ou de direito material, a contagem sempre será em dias corridos e não em dias úteis. (BEZERRA FILHO, 2022, p. 188)

Por outro lado, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea entendem que, pela nova redação, somente

os prazos próprios da Lei 11.101/2005 (“stay period”, impugnações de créditos) devem ser contados em dias corridos, de modo que os prazos do CPC (como, por exemplo, o prazo para interpor recurso de agravo de instrumento em face da decisão que conceder a Recuperação Judicial) devem ser computados em dias úteis, conforme a seguinte manifestação:

(...) os prazos especialmente previstos na Lei 11.101/2005 são contados em dias corridos, enquanto os prazos do CPC, aplicável subsidiariamente por força do art. 189, caput, são contados em dias úteis. A escolha do legislador pareceu acertada, uma vez que os processos concursais devem ser céleres, não sendo outra a razão pela qual possuem prioridade em sua tramitação (arts. 79 e 189-A). (SCALZILLI, 2023, p. 102)

2.4 Entendimento do STJ

Considerando a legislação não ser clara e a divergência existente nos tribunais intermediários, é certo que a última palavra sobre o tema será do STJ, nos termos da previsão constitucional acerca da pacificação da matéria infraconstitucional (CF, art. 105, III, “a” e “c”).

Ainda não existe decisão vinculante, mas o tema já vem sendo enfrentado pela Corte.

O primeiro acórdão que tratou do tema (após a alteração legislativa) foi da 4^a Turma, relatado pelo Ministro Buzzi. E, de maneira correta, em nosso entender, concluiu pela contagem de prazo recursal em dias úteis.

O acórdão, proferido em setembro de 2021, foi assim entendido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AGRAVADA. (...) 1.1 Na medida em que regulamentado em diploma normativo diverso do microssistema que compõe o processo recuperacional e faltimenter, os prazos processuais para interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias nos processos de recuperação judicial e de falência devem observar os ditames da Legislação Processual Civil, sendo computados, por con-

seguinte, em dias úteis, nos termos do art. 219, do CPC/15. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1937868/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2021, DJe 01/10/2021)

Vale destacar alguns trechos do voto condutor:

(...) embora o art. 17, da Lei 11.101/05 disponha que “da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo”, essa regra deve ser interpretada em conformidade com o disposto no art. 1.015, parágrafo único, do CPC/15. (...) Assim, apesar do entendimento firmado pela instância de origem, não se está, no presente caso, diante de uma regra excepcional, inserida no microssistema da recuperação judicial, que disciplina prazos próprios e específicos. A regulamentação do recurso de agravo de instrumento está disciplinada em um diploma normativo diverso da Lei 11.101/05. O Código de Processo Civil de 2015. Logo, questionamentos quanto as suas hipóteses de cabimento e prazo deverão ser dirimidos à luz da Legislação Processual Civil.

Nesse mesmo sentido, existem outros precedentes da 4^a Turma do E. STJ:

(...) PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. CÔMPUTO EM DIAS ÚTEIS. REGULAMENTAÇÃO PELO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (...) 2. “Na medida em que regulamentado em diploma normativo diverso do microssistema que compõe o processo recuperacional e falimentar, os prazos processuais para interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias nos processos de recuperação judicial e de falência devem observar os ditames da Legislação Processual Civil, sendo computados, por conseguinte, em dias úteis, nos termos do art. 269, do CPC/15.” (AgInt no REsp n. 1.937.868/RJ, relator MINISTRO MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 1/10/2021). 3. Agravo interno a que se nega provimento (...). (AgInt no REsp n. 1.970.297/MS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

A 3^a Turma (que também aprecia questões de direito privado), ao analisar o tema, também reconheceu que os prazos processuais devem ser computados em dias úteis:

AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. AGRADO DE INSTRUMENTO. PRAZO. CONTAGEM. DIAS ÚTEIS. PRECEDENTE. 1. Conforme reconhecido pelo STJ, os prazos processuais para interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias nos processos de recuperação judicial e de falência devem ser computados em dias úteis, nos termos do art. 269 do CPC/15. Precedente. 2. Agrado interno não provido. (AgInt no REsp n. 2.037.213/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

Vale destacar alguns trechos do voto condutor:

(...) de acordo com entendimento manifestado por esta Corte Superior, "os prazos processuais para interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias nos processos de recuperação judicial e de falência devem observar os ditames da Legislação Processual Civil, sendo computados, por conseguinte, em dias úteis, nos termos do art. 269, do CPC/15." (AgInt no REsp 1.937.868/RJ, Quarta Turma, DJe de 1/10/2021).

Vale frisar que, mesmo após a entrada em vigor das alterações promovidas na Lei 11.101/05 pela Lei 14.112/20, tal orientação continua sendo aplicada pelo STJ, consoante se depreende do julgamento do AgInt no REsp 1.970.297/MS (Quarta Turma, DJe de 26/8/2022).

3 Conclusão: o que fazer?

Da breve compilação de julgados anteriormente reproduzida, percebe-se que a questão da contagem de prazos na RJ e falência, a partir da interpretação da norma contida no art. 189, § 1º, I da Lei 11.101/05, ainda não está pacificada.

Ademais, mesmo que haja uma maioria de tribunais concluindo pela contagem em dias úteis (como é o caso do TJSP), a questão não está pacífica em outros (como no TJRJ).

Resta, então, ao STJ definir o tema.

Nessa Corte, está se firmando que a contagem dos prazos processuais em dias úteis. Porém, ainda não há precedente vinculante.

O ideal é o que o STJ decida a questão com brevidade - e, ainda melhor, via uma súmula ou REsp repetitivo.

Mas, até que isso ocorra, o melhor é a cautela ao advogado. E isso significa contar o prazo em dias corridos; salvo nos casos em que houver, nos autos, decisão expressa definindo a contagem dos prazos em dias úteis - pois aí se tem, no mínimo, a aplicação dos princípios da cooperação e confiança, bem como do ato jurídico processual perfeito, para argumentar no caso de uma posterior fixação de entendimento no sentido dos prazos em dias corridos.

E, por certo, é de se lamentar essa indefinição quanto a algo tão básico e relevante como contagem de prazo.

Referências

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências:** lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência.** 5. ed. São Paulo: Saraivajur, 2024.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005.** 4. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2023.

Autonomia e interdependência: o papel essencial das instituições na consolidação da justiça e do estado democrático

Bruno Queiroz Oliveira

Advogado da CAIXA no Ceará.

Doutor em Direito Constitucional pela Unifor.

Mestre pela Universidade Federal do Ceará.

Professor da Unichristus.

Jorge Bheron Rocha

Doutor em Direito Constitucional pela Unifor.

Mestre pela Universidade de Coimbra/Portugal.

Estágio de pesquisa na Georg-August-Universität

Göttingen/Alemanha.

Defensor Público do Estado do Ceará.

Presidente do Conselho Penitenciário do

Estado do Ceará. Professor da Unichristus.

RESUMO

O texto analisa as instituições essenciais à justiça no Brasil, conforme delineadas pela Constituição Federal de 1988, que incluiu o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública em um capítulo específico, destacando sua autonomia e papel no sistema de justiça. A separação topográfica dessas instituições em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário evidencia sua relevância e independência para a promoção da justiça e defesa dos direitos fundamentais. A análise destaca que, embora autônomas, essas instituições são interdependentes e atuam de forma colaborativa, subsidiária ou adversarial em diversos contextos, evitando lacunas na proteção de direitos. Exemplos práticos, como interações entre o Ministério Público e a Defensoria Pública, mostram como elas cumprem missões constitucionais distintas e complementares. Além disso, o texto sublinha a importância da cooperação entre as instituições em questões de interesse convergente e em casos em que uma instituição assume o papel de outra na ausência de ação. Conclui-se que a autonomia e a interação dessas entidades são fundamentais para o fortalecimento do Estado

Democrático de Direito, garantindo o acesso à justiça e a proteção dos direitos e garantias dos cidadãos.

Palavras-chave: Autonomia. Sistema de Justiça. Interdependência. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The text analyzes the essential institutions of justice in Brazil, as outlined by the 1988 Federal Constitution, which includes the Public Prosecutor's Office, Public Advocacy, and Public Defense in a specific chapter, highlighting their autonomy and role in the justice system. The topographical separation of these institutions from the Executive, Legislative, and Judiciary Powers underscores their importance and independence in promoting justice and protecting fundamental rights. The analysis emphasizes that, although autonomous, these institutions are interdependent and collaborate, either subsidiarily or adversarially, in various contexts, preventing gaps in the protection of rights. Practical examples, such as interactions between the Public Prosecutor's Office and the Public Defender's Office, show how they fulfill distinct and complementary constitutional missions. Moreover, the text highlights the importance of cooperation between these institutions in matters of converging interest and in cases where one institution assumes the role of another in the absence of action. It concludes that the autonomy and interaction of these entities are fundamental to strengthening the Democratic Rule of Law, ensuring access to justice and protecting citizens' rights and guarantees.

Keywords: Autonomy. Justice System. Democratic Rule of Law.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma para as instituições essenciais à justiça no Brasil, nominando-as expressamente no texto constitucional, e em seções próprias, dentro capítulo especificamente voltado à sua previsão e disciplinamento.

No entanto, a disposição atual, embora aparente autonomia institucional uma em relação às outras, não afasta uma verdadeira interdependência entre essas instituições e sua relação com os demais poderes, questões essas que suscitam debates so-

bre o papel que desempenham na promoção da justiça e dos direitos fundamentais.

A distinção clara entre as funções dessas instituições e a garantia de sua autonomia é crucial para a promoção de um sistema de justiça eficaz, que assegure plenamente os direitos dos cidadãos. Analisar as dinâmicas institucionais e a interação entre essas entidades é fundamental para compreender como elas colaboram e se complementam, evitando lacunas na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O objetivo geral deste estudo é perscrutar a importância da distinção e da independência entre as instituições essenciais à justiça, destacando sua autonomia em relação aos demais poderes e sua relevância para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Para atingir esse propósito, os objetivos específicos incluem: examinar as funções e missões de cada instituição essencial à justiça; investigar casos práticos em que a atuação conjunta ou subsidiária dessas instituições foi determinante; e avaliar os desafios e as oportunidades para a consolidação da autonomia dessas instituições.

A metodologia adotada envolve uma abordagem qualitativa, baseada na análise documental da Constituição Federal de 1988, além de jurisprudências e casos práticos que ilustram a atuação das instituições em questão. A pesquisa inclui uma revisão bibliográfica sobre a teoria da separação de poderes e a autonomia institucional, complementada por análises de decisões judiciais e práticas institucionais.

Os resultados da análise indicam que a autonomia dessas instituições é essencial para a proteção dos direitos e garantias dos cidadãos, contribuindo significativamente para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Casos emblemáticos demonstram como a interação entre Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública evita lacunas na defesa dos direitos, reforçando a necessidade de independência institucional para o cumprimento eficaz de suas missões constitucionais.

1 As Instituições Essenciais à Justiça

A Constituição, já em seu aspecto originário, transmite, com grande exatidão, a dimensão conferida pelo constituinte às instituições essenciais à justiça. Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública e Advocacia Privada foram inscritas topicamente em capítulo próprio, fora dos demais, que preveem

os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Simbolicamente, já se percebe que não deve existir subordinação nem vinculação a qualquer deles¹; tais instituições são explicitamente nomeadas como *funções essenciais à justiça*, e não ao Poder Judiciário. Isso porque elas devem guardar em suas missões o valor máximo e ideal do Direito: a justiça, aqui entendida no seu sentido mais amplo (ESTEVES, 2018, p. 108).

De fato, assim está dividido o Título IV (Da Organização dos Poderes), com a redação dada pela emenda Constitucional 80/2014:

"Título IV - Da Organização dos Poderes (arts. 44 a 135)
(...)

Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 135)

Seção I - Do Ministério Público (arts. 127 a 130-A)

Seção II - Da Advocacia Pública (arts. 131 e 132)

Seção III - Da Advocacia (art. 133)

Seção IV - Da Defensoria Pública (arts. 134 e 135)

Por outro lado, chama a atenção, topograficamente, o fato de essas instituições terem sido inscritas em capítulo próprio (Capítulo IV) — Das Funções Essenciais à Justiça —, fora dos capítulos destinados ao Poder Legislativo (Capítulo I), Poder Executivo (Capítulo II) e Poder Judiciário (Capítulo III), evidenciando, em especial, a importância destacada que a Carta Constitucional buscou imprimir nessas instituições, como a revelar que, para o desempenho das missões a elas conferidas, estavam de pronto reconhecidas a independência e a autonomia.

Essa formatação textual é uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que nas Constituições anteriores, embora existissem seções específicas para o Ministério Público nos Textos Constitucionais de 1946 e 1967, a este também era atribuída a representação da União, função hodiernamente incumbida à Advocacia da União.

¹ Quanto à Advocacia Pública, há dúvidas se esse raciocínio retrata a realidade. Nas mais das vezes, porque, em alguns estados e na União, o chefe pode não ser de carreira, havendo uma relação mais estreita com a defesa do Governo do que propriamente do Estado. Não é, porém, objetivo deste livro analisar esse aspecto.

O mais próximo que se pode chegar da atual conformação constitucional, no que diz respeito à previsão das Instituições essenciais e partícipes do Sistema de Justiça, é a previsão, na Constituição do Rio de Janeiro de 1975, após a unificação dos estados do Rio de Janeiro (capital Niterói) e da Guanabara (antigo Distrito Federal, Cidade do Rio de Janeiro):

"em 21 de julho, foi promulgada a Constituição do Novo Estado do Rio de Janeiro, consolidando a referida fusão e a distribuição topográfica das Seções do Título destinado ao Poder Executivo: "Do Governador"; "Do Vice-Governador"; "Dos Secretários de Estado"; "Do Ministério Público"; "Da Assistência Judiciária"; e "Da Procuradoria-Geral do Estado". Seria uma premonição da divisão topográfica escolhida pelo Constituinte de 1988 em relação às funções públicas essenciais à justiça, colocando-as lado a lado, sem hierarquia, em consolidação da Assistência Judiciária como órgão de Estado e instituição jurídica no mesmo nível de importância e essencialidade do Ministério Público e da Procuradoria do Estado." (ROCHA, 2022, p. 74/75)

Embora expressamente citadas no texto da Constituição Estadual, ali ainda estavam inseridas dentro do Título destinado ao Poder Executivo, como ainda a revelar a subordinação, se não das decisões funcionais de sua atividade-fim, pelo menos em relação às questões financeiras, orçamentárias e administrativas.

Ao desenhar esse quarto complexo orgânico na "Organização dos Poderes" (Título IV), formado pelas instituições protagonistas do sistema de acesso à justiça, o constituinte derivado o fez segundo uma lógica de distribuição de papéis distintos.

De fato, cada uma das funções essenciais à justiça providas diretamente pelo Estado, verdadeiras instituições de relevância constitucional, passou a ser organizada especificamente por lei complementar, tomando cada uma dessas normas a forma de lei orgânica, expressamente previstas: Ministério Público (art. 128, § 5º); Advocacia Pública (art. 131, *caput*) e Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único, atual § 1º).

A obrigação de organizar cada uma das Procuraturas Constitucionais públicas por meio de lei complementar própria, específica e não geral, de modo a *complementar* os princípios básicos

cos enunciados na Constituição, revela a elevada importância da missão institucional que lhes foi destinada.

1 Atuações Institucionais no Sistema de Justiça

As instituições essenciais à justiça (ou Procuraturas Constitucionais) (MOREIRA NETO, 1992, p. 79-102) têm áreas próprias de incidência, mas podem nitidamente se tocar e se interpenetrar, havendo matérias não apenas de interesses distintos, como também concorrentes e, eventualmente, antagônicos. Suas áreas de atuação são como *círculos secantes*; e, inteligentemente, o constituinte assim o fez para não remanescer área com vácuo de promoção e defesa dos direitos e garantias dos cidadãos, da sociedade ou do Estado, tanto em questões que envolvem direitos individuais quanto relativamente a temáticas de tratamento molecularizado (Paes, 2021, p.135).

Com efeito, cada uma das Instituições essenciais e partícipes do Sistema de Justiça detém suas próprias funções e missões, comumente exercidas e executadas de forma isolada, ou seja, sem a participação ou o concurso das demais instituições. A Consultoria dada pelos procuradores federais aos dirigentes das autarquias federais é um exemplo dessa modalidade de atuação, bem como a busca de solução extrajudicial entre dois particulares em um caso de vizinhança que venha a ser promovida por intervenção de um defensor público; ou, ainda, as recomendações expedidas pelos membros do Ministério Público.

Casos há em que, eventualmente, a atuação de uma das instituições conflita diretamente com os posicionamentos da outra instituição, e esses antagonismos são não apenas previstos pelo sistema de justiça, mas, em grande medida, também desejáveis.

É o caso, por exemplo, das atuações do Ministério Público e da Defensoria Pública na seara criminal: ordinariamente, aquele exerce a função de acusação, enquanto este patrocina a defesa criminal das pessoas acusadas.

Também se pode elencar como exemplo dessas interações adversariais a atuação da Defensoria Pública da União, atuando como representantes judiciais de beneficiários em ações contra a União Federal, cujos interesses institucionais serão patrocinados pela Advocacia-Geral da União.

1.1 Cooperações Institucionais no Sistema de Justiça

Para além de atuações institucionais ou isoladas ou adversariais, também se pode verificar, especialmente, a possibi-

lidade de que Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública ajam: (i) subsidiariamente, na ausência de outra instituição ou em caso de omissão; ou (ii) em conjunto, nos pontos de interesse convergente.

Exemplifica-se a atuação subsidiária de uma Instituição Essencial à Justiça em relação à outra com a hipótese prevista no art. 80 do CDC, no qual se permite que entidades e órgãos da administração pública (direta ou indireta), ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa do consumidor, proponham ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal pelo Ministério Público².

Em outras palavras: entes públicos despersonalizados, como núcleos de atuação na área de proteção e defesa do consumidor, podem, por suas Procuradorias e Defensorias Públicas, ajuizar ação penal subsidiária da pública, caso o *Parquet* permaneça inerte após escoado o prazo legal assinalado.

Ilustra também o ponto o caso da Procuradoria do Estado de São Paulo, que manteve o serviço de assistência judiciária até 2006, em razão da não instalação da Defensoria Pública naquele unidade da federação até aquele ano.

Tal problemática remete ao cenário descrito em julgamentos ocorridos em 1994, 1998 e 2010, os quais entenderam *ainda constitucional* a legitimação do Ministério Público para promoção, no juízo cível, do resarcimento do dano resultante de crime, quando o titular do direito à reparação for pobre (art. 68 do CPP). Embora a Constituição de 1988 tenha transferido para a Defensoria Pública a assistência jurídica ao necessitado, só se pode considerar existente a instituição onde e quando organizada; até lá, o STF mantém o referido art. 68 ainda vigente.

² "Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear".

Um outro exemplo pode ser extraído de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³. Em seu voto, o relator sustenta que “o órgão do Ministério Público não agiu, quando deveria tê-lo feito, e tenta calar quem efetivamente o fez”, referindo-se ao pedido — único — do *Parquet* local para reconhecer a ilegitimidade da Defensoria Pública em ação civil pública, diante de fatos graves de improbidade administrativa ocorridos na Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, sem, contudo, se manifestar ou tomar providências.

Por fim, veja-se a hipótese presente no art. 22 da Lei nº 9.028/1995, que possibilita à Advocacia-Geral da União e aos seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, a promoção de ação penal privada — logicamente, se incluindo a subsidiária da pública — quando forem vítimas de crime tanto atuais (*caput*) quanto anteriores (§ 1º) titulares e membros dos Poderes da República; das instituições federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição; dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República; de autarquias e fundações públicas federais; de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos⁴.

Nesta última hipótese, embora a Advocacia Pública atue como patrona da ação penal e não propriamente como autora, faz-se presente todo o peso da institucionalidade, a qual pode ser deduzida da previsão do próprio Advogado-Geral da União como representante, nas hipóteses de ação penal originária no STF (art. 102, I, “b”, da CRFB/1988).

Como dito anteriormente, também há a possibilidade que Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública atuem conjuntamente, ou seja, no mesmo polo processual, seja por interesses convergentes, seja por interesses distintos, mas não antagônicos.

³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 70034602201**. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego. Julgamento: 19 mai. 2010.

⁴ “30. A alteração topográfica do Capítulo IV da Constituição pela EC nº 80 / 2014, ao estremar a Advocacia e a Defensoria Pública em Seções distintas, por si só, já esclareceu a natureza diversa das funções dos Defensores Públicos em relação aos advogados, públicos ou privados. São, assim, Funções Essenciais à Justiça, em categorias separadas (embora complementares): o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e Defensoria Pública” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.870**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 21 fev. 2022).

Traz-se à baila a hipótese prevista no art. 5º, § 5º, da Lei de Ação Civil Pública, que abre a possibilidade de litisconsórcio entre a Defensoria Pública e o Ministério Público⁵, havendo inúmeros casos concretos em todo o Brasil de atuações assim, cujas petições iniciais foram assinadas conjuntamente entre órgãos de execução do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Um interessante caso concreto ocorreu no Estado do Ceará, tendo sido verificada essa forma de atuação conjunta, inclusive também tendo sido articulada com a Procuradoria do Estado, representando o Poder Executivo estadual, em ação que tinha “por escopo obter provimento jurisdicional para que seja imposta à UNIÃO FEDERAL a obrigação de fazer consistente na adoção de medidas imediatas visando minorar os efeitos do atraso na aplicação da segunda dose (D2) da vacina CoronaVac”⁶.

Há, outrossim, oportunidades de desempenho conjunto das funções institucionais entre o Ministério Público e a Advocacia Pública, representando o ente público, como a hipótese prevista nos termos da Lei nº 4.717/1965 – Lei da Ação Popular –, nos casos em que o autor cidadão desiste de prosseguir com a ação popular, o *Parquet* tem legitimidade de promover o prosseguimento da ação (art. 9º), e o ente público pode decidir atuar ao lado do autor (art. 6º, § 3º), na dinâmica denominada *despolarização do processo* (CABRAL, 2009, p. 19–55) ou *intervenção móvel* (MAZZEI, 2008, p. 227–254).

Uma outra forma de atuação conjunta entre as Instituições do Sistema de Justiça pode se dar com o trabalho síncrono das Advocacias Públicas e das Defensorias Públicas, como *amicus curiae* em processos em que o Ministério Público figure como autor ou, ainda, a atuação da Defensoria Pública com *custos vulnerabilis* (GONÇALVES FILHO, 2020) nos processos em que figure temática de impacto no repertório de direitos e interesses fundamentais dos indivíduos ou das coletividades vulnerabilizadas.

Reitere-se que essas atuações com áreas secantes evitam vãcos de promoção e defesa de direitos e garantias. Em síntese:

⁵ GOMES, Nadilson Portilho; COSTA, Priscilla Tereza de Araújo. Ação Civil Pública: Legitimidade da Propositora pelo Ministério Público e Defensoria Pública, Singularidades. **CAO CIDADANIA**, 2007. Disponível em: http://www.mp.pa.gov.br/caocidadania/links/areasdeatuacao/direitos/doutrina/legitimida_de_mp_defensoria_acp.html. Acesso em: 4 jul. 2022.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Tutela de Urgência na Ação Civil Pública nº 0805422-56.2021.4.05.8100. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-vacina.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Parece inequívoco que a sistematização adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988, no que se refere ao Título da Organização dos Poderes, quis indicar a conveniência de que tais órgãos, especificamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, não sejam mais considerados como formalmente integrantes do Poder Executivo. Essas entidades devem ser revestidas de efectiva autonomia, em razão de sua condição peculiar de órgãos detentores de uma parcela da soberania do Estado, no desempenho de seu múnus constitucional (ALVES, 2006, p. 309).

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma profunda inovação ao estabelecer as Instituições Essenciais à Justiça em um capítulo próprio, fora das seções dedicadas aos três Poderes tradicionais da República, destacando suas autonomias, bem como suas relevâncias para o Sistema de Justiça brasileiro. Verifica-se, portanto, que, ao definir que essas instituições – Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública – possuem funções distintas, mas igualmente essenciais, a Carta Magna criou um sistema de equilíbrio entre elas, o qual visa garantir o acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais, respeitados os diversos interesses públicos envolvidos. Essa disposição constitucional, com forte simbolismo topográfico e sistemático, reconhece a importância dessas instituições para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A análise das funções e missões dessas instituições revela que, embora autônomas, elas, muitas vezes, atuam em áreas de interseção. O Ministério Público tem o papel de defender o ordenamento jurídico e os interesses da sociedade como um todo; a Defensoria Pública, por sua vez, foca na defesa dos direitos individuais, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade; e a Advocacia Pública defende os interesses do ente estatal. Embora seus objetivos institucionais sejam diversos, suas missões convergem para o fortalecimento da justiça e a proteção dos direitos fundamentais, garantindo que não haja lacunas na tutela desses direitos. A relação interdependente dessas instituições evidencia que a autonomia institucional não implica isolamento, mas sim uma colaboração contínua para a eficácia do sistema de justiça.

Outro ponto de destaque é a possibilidade de atuações isoladas, adversariais ou colaborativas entre as instituições. O Mi-

nistério Público e a Defensoria Pública, por exemplo, podem atuar em lados opostos em processos criminais, garantindo o direito à acusação e à defesa, respectivamente. No entanto, essa atuação adversarial é necessária e até desejável para o equilíbrio do sistema judicial, em que o contraditório e a ampla defesa são elementos essenciais. Em contrapartida, também há situações em que essas instituições trabalham em conjunto, como na propositura de ações civis públicas, em que os interesses convergem e a cooperação é fundamental para a eficácia da justiça. Essa dualidade de papéis – ora em confronto, ora em colaboração – reforça a complexidade e a robustez do sistema de justiça brasileiro.

Por fim, a autonomia e a independência dessas instituições são cruciais para a proteção dos direitos dos cidadãos e para a manutenção do Estado Democrático de Direito. A possibilidade de atuação subsidiária ou conjunta, especialmente nos casos em que há omissão ou inércia de uma das instituições, demonstra que o sistema foi desenhado para evitar lacunas na defesa de direitos. Essa flexibilidade, prevista na legislação e confirmada pela jurisprudência, garante que o cidadão tenha sempre uma via de acesso à justiça, independentemente da atuação específica de cada instituição. Portanto, a autonomia funcional dessas instituições, aliada à possibilidade de cooperação e atuação subsidiária, é o que assegura a integralidade da proteção dos direitos fundamentais, reafirmando o compromisso constitucional com uma sociedade justa e solidária.

Referências

- ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 80 e Art. 82. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 4 jul. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Tutela de Urgência na Ação Civil Pública nº 0805422-56.2021.4.05.8100. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-vacina.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.870. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 21 fev. 2022.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, 2009.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Nadilson Portilho; COSTA, Priscilla Tereza de Araújo. **Ação Civil Pública:** Legitimidade da Propositura pelo Ministério Público e Defensoria Pública, Singularidades. CAO CIDADANIA, 2007. Disponível em: http://www.mp.pa.gov.br/caocidadania/links/areasdeatuacao/direitos/doutrina/legitimidade_mp_defensoria_acp.html). Acesso em: 4 jul. 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. **Custos Vulnerabilis:** a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

MAZZEI, Rodrigo. **A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa** (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 400, nov./dez. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais.** Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, out./dez. 1992.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. **Acesso à Justiça e Poubreza:** Um recorte através da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça.** Agravo de Instrumento 70034602201. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego. Julgamento: 19 mai. 2010.

ROCHA, Jorge Bheron. **Amicus Democratae:** Acesso à Justiça e Defensoria Pública. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2022.

O uso correto da recuperação judicial

Max Magno Ferreira Mendes

Doutorando e Mestre em Direito

Comercial pela PUC/SP.

Especialista em Direito Agroambiental
pela Escola do Ministério Público/MT.

Curso de Extensão em Recuperação
Judicial pelo COGEAE.

Advogado.

RESUMO

Este artigo traz evidências legais do uso da Recuperação Judicial no Brasil pensado pelo legislador. O uso que a legislação permite. O uso focado e vinculado ao alcance dos objetivos especificados pela Lei nº 11.101/2025.

Palavras-chave: Aplicabilidade Jurídica. Recuperação Judicial. Soerguimento Empresarial. Processamento da Recuperação Judicial.

ABSTRACT

This article provides legal evidence of the use of Judicial Recovery in Brazil thought by the legislator. The use that the legislation allows. The use is focused and linked to achieving the objectives specified by Law nº 11.101/2025.

Keywords: Legal Applicability. Judicial Recovery. Business Upliftment. Judicial Recovery Processing.

Introdução

O uso do Direito está relacionado intrinsecamente à aplicabilidade da norma. A forma com que o Direito é aplicado (praticado) está vinculada à interpretação das leis. Portanto, o uso da lei depende do hermeneuta, ou seja, daqueles que estudam e praticam o Direito no dia a dia.

Isso é ainda mais relevante para uma nova lei que alterou significativamente o direito da insolvência nacional. A Lei nº 11.101/2005 merece constantes estudos hermenêuticos para que a prática do Direito promova as transformações pretendidas pela norma.

Uma lei nova que trouxe a recuperação judicial para o ordenamento nacional merece constantes estudos herméticos. Trouxe no sentido de que antes não existia e de que estamos estudando e praticando a recuperação judicial no Brasil somente a partir de 2005. A curva de experiência acerca da recuperação judicial é a partir da prática que se iniciou em 2005.

Como estamos usando a Lei nº 11.101/2005?

Este artigo tem o propósito de suscitar o estudo sobre a prática da Recuperação Judicial a partir da Lei nº 11.101/2005. Um olhar jurídico que possa enfrentar e analisar os questionamentos acerca do uso inidôneo da Recuperação Judicial. Uma análise que enfrente a hipótese do uso equivocado da Recuperação Judicial e da verificação dos elementos jurídicos presentes na Lei nº 11.101/2005 que afastem o seu mau uso.

A Lei nº 11.101/2005 está sendo bem utilizada?

A Análise Econômica do Direito trará subsídios para que este estudo seja pautado em elementos fáticos e jurídicos mensuráveis no mercado, afastando as premissas eminentemente ideológicas, teóricas e culturais do intérprete da norma.

Qual é a recuperação judicial que o Brasil precisa?

Este artigo irá evidenciar qual é a eficiência econômico-financeira da lei e a importância que a decisão de processamento da recuperação judicial tem para o comportamento dos agentes econômicos e para o equilíbrio de interesses de todos os afetados.

1 O Direito do mundo no Brasil

A forma com que o Direito é aplicado no mundo importa para a prática da recuperação judicial no Brasil. A recuperação judicial no Brasil trata de um fato social que provoca os mesmos impactos econômico-financeiros em qualquer um dos continentes. Ainda é um fato social tratado no Brasil que pode ter repercussão mundial. Portanto, a forma que o direito é aplicado no mundo deve interessar ao aplicador do Direito no Brasil.

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 permearam e que permeiam o mundo. É claro que a ponderação¹ no uso do pensamento jurí-

¹ 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 podem ser tomados como absolutos. Vale dizer: elas não devem ser trans-

dico 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. Esse 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 operalidade, os quais 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 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 Professor Posner (2010, p. XI-XV) sobre o assunto:

[Entre os constitucionalistas brasileiros] cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos

plantadas 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.)

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. (ARAUJO, 2016. p. 134)

Acreditando ser possível que o ordenamento jurídico possa receber boas contribuições com o estudo dos métodos econômicos consequencialistas, alguns doutrinadores brasileiros² 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'e concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base". A tradição do direito mercantil sem-

² Tais como: Arnoldo Wald, Jairo Saddi, Rachel Sztajn, Luciano Benetti Timm e Ivo T. Gico Jr.

pre pregou a indispensabilidade da observação do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática, para construção da ciência do direito. (...) A compreensão da realidade é 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. (FORGIONI, 2018. p. 18)

Universidades brasileiras (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2002, p. 281-286) e a própria comunidade jurídica nacional³ 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 deve fazer parte do estudo de todos aqueles que colocam em prática

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Home*. São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

os preceitos da Lei nº 11.101/2005. A análise econômica do Direito apresenta métodos que são úteis na aplicabilidade do Direito, como é o caso dos critérios de eficiência, dos estímulos e dos desestímulos que existem nas leis.

A forma com que a lei de recuperação judicial é utilizada está relacionada com o comportamento dos agentes econômicos.⁴ A pauta sempre será econômica. Portanto, a identificação do critério de eficiência econômico-financeira presente na lei é fundamental para que a prática seja condizente com a expectativa do mercado.

2 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 está vinculada com a minimização dos impactos negativos nos mais diversos interesses que orbitam a crise empresarial. O sistema de insolvência nacional é um sistema de equilíbrio de interesses, como pode ser percebido nas hipóteses de soerguimentos previstos no artigo 50 da lei.

Algumas das hipóteses de soerguimentos sugeridas pela Lei nº 11.101/2005, como o deságio e o parcelamento, condicionam o crédito já contratado⁵ 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 anuênciam do credor em face do critério majoritário instituído para deliberação na Assembleia Geral de Credores. Al-

⁴ O bom funcionamento do sistema econômico e o desenvolvimento da atividade empresarial dependem do adequado e eficiente funcionamento do sistema legal de insolvência empresarial. Isso porque o saneamento do mercado e a preservação de atividades empresariais geradores de benefícios econômicos e sociais se fazem pela aplicação dos institutos da falência e da recuperação judicial de empresas. (COSTA, Daniel Carnio. *As novas funções do Administrador Judicial em processos de insolvência: funções lineares e transversais*. Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. Organizadores: Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. Editora IASP, São Paulo, pg.171).

⁵ (...). 1. A legalidade do plano de recuperação está sujeita ao controle judicial, sem adentrar no âmbito de sua viabilidade econômica. 2. Ausência de ilegalidade/abusividade, no caso concreto, quanto ao deságio (50%), carência (18 meses), prazo e juros (0,5% ao ano) previstos no plano. Direitos disponíveis dos credores. Prevalência da vontade soberana em assembleia. (São Paulo (Estado). (Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2080041-85.2021.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Alexandre Lazzarini, 19 abr. 2002).

gumas outras medidas restringem a própria gestão do negócio da recuperanda ao fato de que existem sugestões no artigo 50 da lei de alterações dos poderes societários. No corpo da norma, há 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.⁶ Trata-se de um procedimento de exceção.

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, a partir de uma nítida divisão de ônus processuais e materiais.

O equilíbrio desses 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, os quais 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) do 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 significativos. A opção pelo solucionamento

⁶ BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 534/2004 –Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003*. Senador Ramez Tabet. Brasília, DF, 2004, p. 20 e p.47.

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 economia de qualquer nação desenvolvida.

A negociação é estruturada pela norma, com intervenções legais que condicionam a vontade das partes, 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 são condizentes 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. (SZTAJN, 2007. p. 219)

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. 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.

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.

(...) No microssistema em que se estrutura o direito recuperacional, o legislador supõe que a

preservação da empresa deve coexistir com o interesse social na arrecadação dos ativos fiscais, por não constituírem enunciados antitéticos. Tal conclusão entremostra-se inelutável na medida em que o princípio da preservação da empresa não deve ser considerado como um objetivo a ser perseguido em atenção à empresa em sua existência isolada, mas também considerando os múltiplos interesses que circunvalam a sociedade. (...) ⁷

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 anuênciam 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.

Em hipótese alguma a recuperação judicial tem caráter assistencialista, mesmo tendo evidente propósito de tutelar o interesse da coletividade.⁸ Os critérios econômico-financeiros demonstram que os custos da paralisação abrupta da atividade

⁷ STJ; REsp 1.955.325; Proc. 2021/0254007-6; PE; Quarta Turma; Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; Julg. 12/03/2024; DJE 22/04/2024.

⁸ (...) 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, Luís 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.)

empresarial são frondosamente maiores que os custos de internalização propiciados pelo procedimento da recuperação judicial.

A função social da 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, 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. (SZTAJN, 2007. p. 223)

O procedimento da recuperação judicial trata de condicionamento de custos socioeconómicos e não de assistencialismo do mercado e é por isso que existe clara divisão de ônus processuais. O fato é que o uso da norma sempre deve ser aferido a partir do seu critério de eficiência econômico-financeira.

3 Os desestímulos ao uso inidôneo da Recuperação Judicial

Para tratar do uso da norma, é imprescindível utilizar ferramentas que possam mensurar a eficiência normativa. Assim, para o tratamento da mencionada eficiência, 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 exclui a opção B. Quando há 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.

Esse 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 ado-

tará uma atitude que proporcione prejuízos maiores dos que os benefícios.

Esse 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 essa 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.

O fato é que não há estímulos no ordenamento brasileiro para a hipótese de desvirtuamento da recuperação judicial. A lei está muito bem estruturada.

Primeiro, 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.

Segundo, porque existem outros procedimentos e outros parâmetros legais que podem promover a regularização do passivo que não trazem consigo os custos (dificuldades) do procedimento de insolvência nacional.

Terceiro, 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.

Quarto, porque a Lei nº 11.101/2005 apresenta uma clara divisão dos ônus processuais.

O estudo reconhece que não existe nenhum estímulo legal para o uso inidôneo da recuperação judicial como procedimento para o soerguimento da empresa em crise temporária e, portanto, remete à análise do uso da lei.

4 A decisão de Processamento da Recuperação Judicial

O uso da lei sempre será uma pauta de estudo jurídico. A lei precisa interferir no comportamento dos agentes econômicos para que os valores perseguidos pelo ordenamento nacional sejam preservados. A lei é um instrumento para que aqueles valores socialmente relevantes sejam vivenciados no Brasil. A lei não é um quadro ilustrativo e sim um instrumento que deve ser bem utilizado.

O uso da lei é feito a partir da sua interpretação. A interpretação da Lei nº 11.101/2005 deve afastar a hipótese do uso equivocado da recuperação judicial, e isso pode ser feito pelo critério de eficiência econômico-financeira, o qual prima pelo equilíbrio de interesses e pela divisão de ônus processuais. Seria a hipótese em que o empresário possa distribuir uma ação de recuperação judicial com o intuito que não seja o soerguimento, ou seja, a hipótese de um empresário que não está em crise econômico-financeira conseguir o processamento da recuperação judicial.

Essa 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 preende o soerguimento empresarial. Ademais, essa hipótese estaria subvertendo os primados do direito empresarial, o qual tem como primazia a liberdade de contratação.

Portanto, a aplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 deve passar por uma rigorosa análise do estado de crise econômico-financeira. Esse é um ponto fundamental e que sua análise será o meio para afastar qualquer hipótese de uso inidôneo da recuperação judicial. Todo o estudo acerca da forma com a Lei nº 11.101/2005 que está sendo praticada está relacionado com a caracterização da crise econômico-financeira.

A Lei nº 11.101/2005 tem critérios instituídos para aferição da crise empresarial que possa ensejar o deferimento do processamento da recuperação judicial. Esse critério já é uma realidade e é suficiente para afastar eventuais fraudes aos fins perseguidos na recuperação judicial. Não existe necessidade de novas alterações legislativas.

No entanto, o reconhecimento da crise no curso da recuperação deve ser subsidiado por critérios específicos da crise empresarial. A presença concreta (não teórica ou ideológica) dos subsídios fáticos e jurídicos é indissociável para o reconhecimento da crise.

Para o deferimento do processamento da recuperação judicial, é necessário o reconhecimento do estado de crise econômico-financeira. Os pressupostos processuais seletivos do artigo 48 e dos documentos elencados pelo artigo 51 devem ser criteriosamente exigidos, pois tratam de meios úteis para identificação da crise selecionada pela lei. A crise é própria causa de pedir da recuperação judicial⁹. A flexibilização da própria causa de pedir seria um motivo para permitir o uso inidôneo da recuperação judicial.

A decisão de processamento da recuperação judicial é o principal meio para identificação dos legítimos casos de crise selecionados pela lei. A seletividade está assentada no fato de que a recuperação judicial impõe sacrifícios a vários impactos e com um custo social relevante (interiorização das perdas). A decisão de processamento da recuperação judicial pode impedir o uso inadvertido da recuperação judicial todas as vezes em que forem constatadas deficiências nas razões expostas para a crise ou inconsistência nos documentos apresentados pela recuperanda.

(...) A questão que se coloca é a seguinte: deve o juiz fazer uma análise formal da documentação apresentada, apenas conferindo se os documentos exigidos por lei foram juntados ou deve o juiz analisar, ainda que de maneira perfumatória nessa fase do processo o conteúdo dos documentos? (...) Se não é possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve

⁹ Trata-se da causa de pedir, ou seja, dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, os quais se resumiriam, no processo de recuperação judicial, à crise econômico-financeira. (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 231).

ser a preocupação do juiz nesse momento inicial. É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo período, não tenha funcionários, não produza, não re-colha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida, etc. A documentação apresentada pela devedora pode revelar, de início, que se trata de uma situação como essas acima citadas, em que a empresa, por exemplo, não gera empregos e também não produz mais, estando inativa por longo período. (COSTA, 2018, p.9-33)

O fato relevante é que existe uma distinção técnica na lei do que seja o cumprimento dos requisitos de acesso à recuperação judicial e o que a doutrina e a jurisprudência do STJ preconizaram como viabilidade econômico-financeira da recuperanda.

A viabilidade econômico-financeira da recuperanda está relacionada com sua capacidade de estruturar e cumprir um plano de recuperação judicial atrativo aos seus credores e com sua capacidade de soerguer a atividade reconhecidamente em crise e com relevância social. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa análise de viabilidade deve ser feita pelos afetados pela crise vivenciada pela recuperanda.

Outra coisa muito diferente é o cumprimento das exigências procedimentais do artigo 48 e 51, I da lei. Essas exigências procedimentais não estão diretamente relacionadas com a viabilidade econômico-financeira da recuperanda. São exigências procedimentais relacionadas para o acesso à recuperação judicial. Superar as exigências de acesso à recuperação judicial sob o argumento da análise de viabilidade econômico-financeira atenta contra a busca pelo equilíbrio de interesse (eficiência econômico-financeira) e desvirtua o ônus processual estabelecido pela lei.

A flexibilização das exigências dos artigos 48 e 51, I da lei afasta a seletividade da recuperação judicial. Isto porque estaria sendo possível processar uma recuperação judicial de sem a caracterização do estado de crise previsto na lei. Deve-se afastar a hipótese de que a seletividade está apenas vinculada aos preceitos do artigo 2º da lei para conceber a ideia de que o processamento da recuperação judicial deve ser aferido por uma criteriosa análise das exigências dos artigos 48 e 51 da lei.

(...) Nesse contexto, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial deve se ater ao exame formal do cumprimento dos requisitos legais, o que não se confunde com a simples enumeração dos documentos, abrangendo: (i) a verificação de se a empresa está ou não enquadrada nas hipóteses do artigo 2º da LREF; (ii) a comprovação do exercício regular da atividade pelo prazo de 2 (dois anos), o que envolve não apenas o registro mas também a própria existência/funcionamento da empresa; (iii) a descrição, na petição inicial, das razões da crise econômica alegada; (iv) o endereçamento da petição inicial para o juiz onde está situado o principal estabelecimento da requerente; (v) não estarem caracterizados nenhum dos óbices de que tratam os incisos do artigo 48 da LREF, e (vi) a verificação da completude e da regularidade dos documentos exigidos pelo artigo 51 da LREF e, na atual redação da lei, no caso de grupo econômico, a descrição das sociedades que o compõem e se a recuperação está sendo requerida em consolidação processual ou substancial. É oportuno mencionar que a Lei nº 14.112/2020 introduziu o artigo 51-A na Lei nº 11.101/2005, que trata da constatação prévia, seguindo nessa mesma linha de entendimento, no sentido de que cabe ao juiz, quando entender necessário, nomear um expert para “promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial”. (...)¹⁰

Percebe-se que a análise dos requisitos formais (processuais e materiais) de acesso à recuperação judicial não é apenas um checklist de documentos. Os requisitos formais previstos na lei apresentam claros pressupostos substanciais que devem ser aferidos na decisão de processamento da recuperação judicial.

Os documentos exigidos devem trazer informações confiáveis sobre a legitimidade (período do exercício da atividade); sobre o exercício atual da atividade a ser preservada; sobre os impactos sociais da paralisação da atividade a ser preservada (empre-

¹⁰ STJ. Recurso Especial nº 2.103.320/MT (2022/0020321-6). Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

gos a serem preservados, relações de negócios a serem preservadas, tributos...), sobre a crise econômico-financeira individualizada e vivenciada (narrativas e relatórios contábeis).

Essa análise dos documentos pode ser tranquilamente aferida na decisão de processamento da recuperação. Inclusive, a alteração legislativa trouxe a hipótese da constatação preliminar justamente para que o juízo possa contar com um expert para análise dos requisitos de acesso à recuperação judicial. Não teria sentido nenhum a alteração legislativa se o fundamento fosse a análise de um checklist dos documentos.¹¹ Não existe necessidade de um expert para fazer um checklist dos documentos previstos nos artigos 48 e 51 da lei.

A inclusão legislativa da constatação preliminar teve como fundamento a necessidade de aferição das reais condições de funcionamento da recuperanda e também de aferir a regularidade e a completude dos documentos apresentados em juízo.¹² Constatar regularidade e completude dos documentos não é fazer um checklist.

Este trabalho técnico deve ser feito pelo perito na constatação preliminar e não deve ser adiado para ser realizado pelo perito nomeado como administrador judicial. Os experts têm funções diferentes, as quais devem ser preservadas pelo juízo que analisa o processamento da recuperação judicial.

A partir da análise dos documentos, é perfeitamente possível aferir se a empresa está ou não em atividade, se a empresa está ou não gerando algum tipo de riqueza, se a empresa tem algo socialmente relevante para ser protegido (empregos, relações de negócios, monopólio de mercado...) e se está ou não enfrentando uma crise econômico-financeira temporária.

A apresentação de documentos incompatíveis ou incongruentes com a narrativa de crise deve ser motivo para, no mínimo,

¹¹ Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

¹² As justificativas para a sua realização se fundamentam na necessidade de: i) constatar se a empresa está em atividade – essencial para que possa haver “recuperação” – e ii) verificar o cumprimento das exigências da lei determinadas no art. 51, a regularidade e confiabilidade dos levantamentos contábeis. MANGE, Renato Luiz de Macedo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Coordenador. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo. 2021. pg.328.

existir o sobrestamento do deferimento da recuperação judicial. A apresentação de uma narrativa de crise econômico-financeira incompatível ou incongruentes com as exigências do artigo 48 e com os documentos do artigo 51 deve ser motivo para, no mínimo, existir o sobrestamento do deferimento da recuperação judicial.

(...) A menção à situação de crise econômico-financeira do devedor é relevante, por denotar que, na ausência dessa circunstância, a recuperação judicial perderia a sua razão de ser. Evidencia-se que a crise econômico-financeira é o pressuposto objetivo do processo de recuperação, o qual, portanto, depende da existência daquela e busca promover a sua superação. (CEREZETTI; FRANCO, 2023, p. 87)

A análise de admissão à recuperação judicial deve ser feita de forma completa na decisão de processamento da recuperação judicial para afastar as decisões que postergam essa análise para depois da decisão do processamento da recuperação judicial. O cumprimento das exigências previstas nos artigos 48 e 51 da lei é ônus processual da recuperanda¹³ e deve ser exigido para que os efeitos da decisão de processamento não reverberem nos afetados pela crise do devedor desnecessariamente.

Conclusão

A Lei nº 11.101/2005 foi idealizada para estruturar institucionalmente o soerguimento da atividade empresarial re-

¹³ A recuperação judicial, baseada nessa distribuição equilibrada de ônus, também só tem sentido em função da realização dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da manutenção da atividade empresarial. (...). Todavia, a empresa em recuperação (devedora) também deve suportar os seus ônus, atuando de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão. (...). A empresa em recuperação deve assumir ônus de duas ordens: empresariais e processuais (...). Mas, além dos ônus empresariais, a empresa em recuperação judicial (ou cujo processamento da recuperação judicial já tenha sido deferido) tem também de se desincumbir de seus ônus processuais. (...). COSTA, Daniel Carnio. *Reflexões sobre o Processo de Insolvência: Divisão Equilibrada de Ônus, Superação do Dualismo Pendular e Gestão Democrática de Processos. 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. Luiz Vasco Elias Coordenador. Editora Quariter Latin, São Paulo, 2015. p.94/95.

levante a partir do comportamento dos agentes de mercado. Existem estímulos e desestímulos ao uso da lei. A lei traz meios estruturados de negociação que não seriam possíveis no mercado (estímulos), mas também gera consequências onerosas e punitivas (desestímulos). Ainda, existem critérios objetivos e subjetivos para selecionar os casos que devem ser tratados pela Lei nº 11.101/2005.

Portanto, a análise não é mais sobre a literalidade da lei. A análise é como a lei tem sido praticada.

A decisão de processamento da recuperação judicial, principalmente para o reconhecimento do estado de crise econômico-financeira, deve ser o filtro a ser exercido pelo Judiciário para que a lei possa ter os encaminhamentos esperados por todos os agentes de mercado. A decisão de processamento deve ser criteriosa na exigência dos critérios objetivos e subjetivos previstos na Lei nº 11.101/2005. A flexibilização das exigências previstas nos artigos 48 e 51 da lei atenta contra as primazias principiológicas da norma, mas, principalmente, atenta contra a estabilização de mercado, pois desprestigia os estímulos e desestímulos legais previstos pelo legislador.

A recuperação judicial não é para todos (alguns legitimados) e não foi idealizada para tratar de todos e quaisquer problemas econômico-financeiros vivenciados nos negócios (apenas crise empresarial). Existem critérios seletivos processuais (legitimados) e materiais (estado de crise econômico-financeira) que são meios para aferição judicial do uso da recuperação judicial.

Quando se propõe discutir acerca do uso inidôneo da recuperação judicial, está se propondo discutir sobre a decisão de processamento da recuperação judicial. A previsão legal já existe e precisamos aferir a prática da lei, analisar as consequências das decisões de deferimento do processamento da recuperação judicial sem integral cumprimento das exigências dos artigos 48 e 51 da lei.

Esse é o ponto que merece a atenção de todos!

Referências

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.

Associação Brasileira de Direito e Economia. **Home.** São Paulo: ABDE, 2021. Disponível em: <https://abde.com.br/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

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

COSTA, Daniel Carnio. **Revista Brasileira de Direito Comercial N° 24.** Ago-Set/2018.

COSTA, Daniel Carnio. **As novas funções do Administrador Judicial em processos de insolvência: funções lineares e transversais.** In **Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho.** Organizadores: Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. Editora IASP, São Paulo.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o Processo de Insolvência:** Divisão Equilibrada de Ônus, Superação do Dualismo Pendular e Gestão Democrática de Processos. 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. Luiz Vasco Elias Coordenador. Editora Quariter Latin, São Paulo, 2015.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. FRANCO, Gustavo Lacerda. **Recuperação Judicial, Crise, Insolvência e Pré-insolvência: Necessária Revisão Conceitual.** In **Lei de Recuperação Judicial e Falência. Pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20.** Paulo Furtado de Oliveira Filho Coordenador. Editora Foco, São Paulo. 2023. p.87

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas.** Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Coordenador. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 231.

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.

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.

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, 2002.

Mediação restaurativa na lei do superendividamento

Lucélia de Oliveira Barbosa

Mestre em Direito Constitucional pelo IDP

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIFRAN

Especialista em Direito Processual Civil pela USP

RESUMO

O superendividamento de consumidores é um tema de crescente preocupação social no Brasil, motivando, inclusive, debates parlamentares, novas leis e a necessidade de respostas jurisprudenciais. Esta pesquisa investiga as formas de soluções conciliatórias e judiciais trazidas pela Lei nº 14.181/21, para tratamento do superendividamento do consumidor, com especial ênfase na eficácia da conciliação e mediação na recuperação de dívidas. Na busca da harmonização plena das relações de consumo, verifica-se que apenas a negociação das dívidas não é suficiente para restaurar o consumidor, buscando uma sutura social com o fornecedor. Investiga-se o instituto da Justiça Restaurativa, emprestada do Direito Penal, com base no "Diálogo das Fontes", sua aplicabilidade e contribuição para o tratamento do superendividamento. Os resultados sugerem que, apesar de haver espaço para melhorias, a Lei do Superendividamento tem incentivado a conciliação e mediação como mecanismos eficazes de recuperação para devedores individuais insolventes. De igual forma, identifica-se que a mediação restaurativa confere aperfeiçoamento no trato do superendividado, com a organização de ciclos de debates, aproximação entre devedor e fornecedor, bem como formação de rede de apoio social.

Palavras-chave: Superendividamento. Justiça Restaurativa. Mediação. Mínimo Existencial.

ABSTRACT

Consumer superindebtess is a topic of growing social concern in Brazil, prompting parliamentary debates, new laws, and the need for jurisprudential responses. This research investigates the conciliatory and judicial solutions

provided by Law No. 14.181/21 for addressing consumer superindebtedness, with a special emphasis on the effectiveness of conciliation and mediation in debt recovery. In the pursuit of full harmonization of consumer relations, it is observed that merely negotiating debts is not sufficient to restore the consumer, aiming for social healing with the supplier. The institute of Restorative Justice, borrowed from Criminal Law, is explored based on the "Dialogue of Sources", examining its applicability and contribution to addressing superindebtedness. The results suggest that, despite room for improvement, the Superindebtedness Law has encouraged conciliation and mediation as effective mechanisms for recovering debts from individual insolvent debtors. Similarly, it is identified that restorative mediation enhances the treatment of the superindebted, involving the organization of debate cycles, bringing debtor and supplier closer, as well as forming a social support network.

Keywords: Superindebtedness. Restorative Justice. Mediation. Minimum

Introdução

O superendividamento ou “falência” do consumidor é um problema social e estrutural, que prejudica não só o indivíduo, mas também seu dependentes, os credores que esperam o retorno do capital alocado, e toda coletividade que, direta ou indiretamente, se beneficia das trocas monetárias, essencial no sistema de economia capitalista.

As decisões de consumo dependem não apenas da renda atual do indivíduo, mas também de sua renda futura esperada e da riqueza financeira. Portanto, se o nível de consumo for maior que a renda atual, o consumidor tomará emprestada a diferença; se fosse menor, ele pouparia.

Entretanto, há variáveis que podem afetar a lógica anteriormente descrita, como, por exemplo, o desemprego, a inflação, a redução de renda, gastos excessivos, doença pessoal ou familiar, divórcio ou morte e levar o consumidor ao superendividamento e ao consequente inadimplemento e exclusão do mercado de consumo.

Neste artigo, será analisado o problema do superendividamento do consumidor, pessoa física, os seus direitos e como a utilização do instituto da conciliação e da mediação, associadas às técnicas da Justiça Restaurativa poderão auxiliar na recuperação do superendividado.

No primeiro capítulo, analisa-se o conceito de consumidor superendividado, frente à Lei nº 14.181/12, que alterou o Código de Defesa do Consumidor, os princípios constitucionais da liberdade econômica, entre eles, a lealdade e a boa-fé, e como harmonizar as relações entre mercado e consumidor vulnerável diante do necessário desenvolvimento econômico. Como desdobramento desse capítulo, conceitua-se o mínimo existencial e sua aplicação ao tratamento do superendividado, assim como o princípio da lealdade e boa-fé.

No segundo capítulo, segue-se analisando as formas de conciliação e/ou mediação trazidas pela Lei de Superendividamento (Lei nº 14.181/12), e o desenho processual proposto pela lei, seja na fase conciliatória ou judicial.

Finalmente, conceituam-se a Justiça Restaurativa e sua intersecção com o tratamento do superendividamento, a mediação restaurativa e os pontos convergentes entre a teoria penalista e o direito consumerista.

1 Do contexto normativo no qual se insere o consumidor superendividado

1.1 Conceito de consumidor superendividado

A Lei 14.181/21 inseriu no Código de Defesa do Consumidor dispositivo que versa sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. O artigo 54-A, §1º, traz o conceito de superendividado como o indivíduo que não pode arcar com o pagamento de suas dívidas vencidas e vincendas, sem comprometer seu sustento e de sua família¹. Para tanto, estão abrangidas somente dívidas de consumo, excetuando-se aquelas que possuem garantia real ou fiduciária e assegurando que a repactuação dos valores não atinja o mínimo existencial do consumidor, nos termos da regulamentação.

¹ Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

§ 2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

O Decreto n.º 11.150/22 complementou o conceito de superendividado como a pessoa natural que possui dívidas de consumo, excluindo-se o aval e a fiança. De igual forma, regulamentou o valor do Mínimo Existencial em R\$ 600,00 (seiscientos reais), cujo comprometimento é apurado entre a contraposição da renda mensal do consumidor e as parcelas de dívidas vencidas e vincendas no mesmo mês².

A lei exclui de sua aplicação as dívidas adquiridas mediante má-fé, por meio de fraude ou de contratos celebrados com a intenção prévia de não pagar, excluindo-se as dívidas por aquisição de produtos de luxo³.

[...] o superendividamento passivo resulta de uma diminuição fortuita dos recursos do devedor, seguida de eventos imprevisíveis no momento em que as dívidas foram contratadas: desemprego, doença, acidente, óbito do cônjuge ou do concubino, divórcio ou separação. (COSTA, 2012 p. 118).

Assim, o consumidor superendividado protegido pelo CDC será a pessoa natural, ativo inconsciente ou passivo, de boa-fé, que comprove a impossibilidade manifesta de pagar suas dívidas de consumo, vencidas ou vincendas e que não correspondam a bens de luxo, sem comprometer seu mínimo existencial.

O tratamento do superendividamento perpassa pela educação financeira e renegociação de dívidas, com ênfase na concili-

§ 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

² Art. 3º No âmbito da prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00 (seiscientos reais). (Redação dada pelo Decreto nº 11.567, de 2023)

§ 1º A apuração da preservação ou do não comprometimento do mínimo existencial de que trata o caput será realizada considerando a base mensal, por meio da contraposição entre a renda total mensal do consumidor e as parcelas das suas dívidas vencidas e a vencer no mesmo mês.

³ BERGSTEIN, Laís; KRETZMANN, Renata P. **Noções Práticas de Prevenção e Tratamento do Superendividamento**: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620360. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9786553620360/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

ação, com a presença de todos os credores e realização de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos⁴.

1.2 Princípio da liberdade econômica e a harmonização nas relações de consumo

Encontram-se entre os princípios da Ordem Econômica Nacional a livre concorrência e a defesa do consumidor. De um lado, cabe ao Estado reprimir o abuso do poder econômico que denota a dominação dos mercados e, de outro, promover a proteção da parte mais vulnerável, o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor surge como sustentáculo na promoção do reequilíbrio nas relações consumeristas, que deve ser promovida na fase pré-contratual, na execução do contrato e na fase pós-contratual.

Desse modo, conforme expõe Sodré (2020), a promulgação do Código de Defesa do Consumidor é um desdobramento constitucional; é o reconhecimento da vulnerabilidade e da necessária proteção legislativa do consumidor. Assim, o CDC se configura como uma lei protetiva em razão da existência de vulnerabilidades (informacional, econômica e fática)⁵, as quais são partições de dimensões da dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva (2006) traz a defesa do consumidor como Princípio de Integração na busca de solução para problemas como marginalização regional e social, conjugando-se com a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades.

De um lado, existem normas constitucionais protetivas do consumidor, de outro, temos a promoção do desenvolvimento econômico e a livre concorrência, possibilitando uma viragem ontológica da perspectiva do direito em uma linguagem criadora de significado. É necessário que a sociedade se aproprie dessa força normativa,

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações. v.2.** [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628298/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

⁵ Por sua vez, o próprio CDC é expresso ao afirmar que seu pressuposto, sua razão de existir, é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, conforme expressamente determinado no seu art. 4º, I. Podemos verificar que são, pelo menos três, os tipos de vulnerabilidade: (i) econômica – os fornecedores têm uma posição social de supremacia por conta da desigualdade econômica nas relações; (ii) informativa – as partes são desiguais no que se refere às conteúdos das informações; e (iii) fática – situações reais de sujeição que colocam o consumidor em posição de desvantagem, impedindo a negociação de cláusulas contratuais.

construindo situações mais adequadas e harmônicas.

Nesse sentido, Konrad Hesse explica que “tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade se submete à realidade fática” (HESSE, 1991, p. 10).

Nesse ponto, importa a lição de Ferdinand Lassale, em que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas” (HESSE, 1991, p. 9). A força normativa da Constituição impacta na dimensão política e na realidade da sociedade. É um vetor que instala no mundo da política a necessidade de responder aos seus ditames, princípios e valores. A política da Defesa do Consumidor promove a articulação entre o capital e o consumo, sobretudo no tratamento e na prevenção do superendividamento.

A Lei nº 14.181/21 harmoniza com os princípios constitucionais da “dignidade da pessoa humana” (Art. 1.º, III, da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (Art.5.º, XXXII, da CF/1988). De forma encastelada, contribui para concretizar o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Art. 3.º, III, da CF/1988), assim como cumpre a finalidade da ordem constitucional econômica de “assegurar a todos existência digna” (Art. 170 da CF/1988).

Para Konrad Hesse, é o princípio da necessidade que dará eficácia, poder e prestígio à norma constitucional, tendo o tratamento do superendividado peça fundamental:

O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. (HESSE, 1991, p. 29).

José Brito Filomeno demonstra essa relação entre mercado, consumo e superendividamento quando discorre:

Em uma economia de mercado é fundamental que exista a livre concorrência entre empresas, já que é por seu intermédio que se obtém a melhoria de qualidade de produtos e serviços, o desenvolvi-

mento tecnológico na fabricação, e melhores opções ao consumidor ou usuário final. Conclui-se facilmente, por conseguinte, que se a livre concorrência não é garantida, e o mercado passa a ser dominado por poucos, sem que haja intervenção governamental, a tendência é o aumento de preços dos produtos e serviços, a queda da sua qualidade, a redução de alternativas de compras, e a estagnação de progresso tecnológico. Tudo isso porque, como curial, inexiste a competitividade, que obriga ao aperfeiçoamento dos processos de fabricação, mediante pesquisas e adoção de métodos produtivos e administrativos mais eficientes. (FILOMENO, 2018, p.77)

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve fiscalizar, incentivar e planejar (art. 174 da Constituição Federal de 1988) a aplicação da norma consumerista, estabelecendo políticas públicas que ensejam no combate ao superendividamento.

A Lei do Superendividamento consolida, no Direito do Consumidor, a busca de meios de prevenção e recuperação do devedor superendividado, e, em contrapartida, permite que eles retornem ao mercado de consumo, retroalimentando de forma sustentável o ciclo econômico.

Os Princípios Econômicos se entrelaçam com a defesa do consumidor, e a Lei nº 14.181/2021 contribui para o aperfeiçoamento do sistema econômico, na medida em que resguardam o consumidor dos excessos do mercado.

A Constituição Federal é o pilar de convergência de normas e fatores sociais e políticos inerentes à sociedade. Ela decorre de uma construção histórica, que deve acompanhar a evolução social e suas consequências.

1.3 Direito ao mínimo existencial

O mínimo existencial é um direito fundamental basilar na garantia da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Ele deve corresponder aos direitos sociais elencados no artigo 6º da Carta Magna, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados.

A Lei nº 14.181/21, que instituiu o tratamento do superendividamento, faz menção ao mínimo existencial nos seguintes contextos: (i) ao citar os direitos básicos do consumidor: XI – na garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, prevenção e tratamento do superendividamento; e XII – garantindo a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito. Ao tratar dos aspectos processuais do superendividamento, o mínimo existencial ganha ênfase de proteção nas audiências de conciliação, garantindo o mínimo substancial na realização do plano de pagamento dos credores (art. 104-A).

Essa reiterada menção do mínimo existencial na Lei nº 14.181/21 justifica-se diante da necessidade de conferir, ao menos, a parcela mínima necessária para a existência humana.

Nesse contexto, Carvalho (2018) esboça que o conceito de mínimo existencial é fluido, eis que varia em razão das necessidades da sociedade. No entanto, segundo o autor, possui parâmetros principiológicos e constitucionais, portando três características básicas: “tutelar os direitos fundamentais (incluídos os sociais); impossível de retroceder no nível de proteção; redução da discricionariedade administrativa com prioridades para a atuação estatal”.

Nas lições de Torres, o mínimo existencial deve ser protegido contra intervenções estatais e garantido por prestações estatais:

O mínimo existencial é o direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa. (TORRES, 2009, p. 184).

O autor continua, ao sustentar que o mínimo existencial, como direito social, está associado à sobrevivência com dignidade. Destaca, ainda, que deve se priorizar o equilíbrio entre liberdade e justiça:

O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos soci-

ais em sua extensão, mas em sua profundidade. (TORRES, 2009, p. 53).

Buscando quantificar esse conceito, até então aberto, o Decreto nº 11.150/22 fixou o mínimo existencial, em vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente, ou seja, R\$ 303,00 (trezentos e três reais) à época, com reajuste definido pelo Conselho Monetário Nacional. O Decreto nº 11.567/23, por sua vez, ampliou para R\$ 600,00 (seiscientos reais), revogando a objeção de que seu reajuste acompanhasse o índice do salário mínimo – artigo 3º, § 2º do Decreto nº 11.150/22.

Inobstante a função garantista do mínimo existencial em preservar a subsistência do consumidor, o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), em 2022, considerou como salário mínimo ideal para atender às necessidades básicas o valor de R\$ 6.527,67 (junho/2022)⁶, valor muito aquém do fixado pelo decreto.

Como bem salientado por Ingo Wolfgang Sarlet, a Dignidade da Pessoa Humana figura não somente no artigo 1º, III da Constituição Federal, mas ainda como condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF):

Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira da farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivên-

⁶ IDEC. **Governo decreta mínimo existencial e coloca a população brasileira abaixo da linha da pobreza.** Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/nt_minimo_existencial.pdf. Acesso em: 17 nov. 2023.

cia física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais. (SARLET, 2007, p. 464).

De todo modo, a inserção do direito ao mínimo existencial no Código de Defesa do Consumidor eleva a discussão e a busca efetiva da dignidade da pessoa humana.

1.4 Direito de lealdade

O ordenamento jurídico pátrio tem a boa-fé como princípio motriz das relações jurídicas.

O Código de Defesa do Consumidor faz expressa menção, no artigo 4º, inciso III, no artigo 51, IV e no artigo 54-A, §1º do CDC. Nesse contexto, as relações firmadas entre devedor e credor deverão pautar-se na boa-fé, que se apresenta como uma conduta de lealdade e correção que se espera da outra parte.

O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*⁷, a possibilidade de arguir-se a *exceptio dolis*⁸, a proteção contra as cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações do princípio. (GRINOVER et al., 1998, p. 351)

A boa-fé deve ter expressão antes mesmo da fase de contratação, vindo cunhada desde a oferta até a pós-contratação.

A aplicação do princípio da boa-fé é estruturante no Código de Defesa do Consumidor. Pode ser compreendida sua importância em várias disposições. Merecem destaque os casos em que o consumidor, mesmo inadimplente, deve ter resguardado os seus direitos (art. 42), ou ainda, mais recentemente, a tutela da privacidade no contexto da digitalização da economia.

No contexto das contratações de crédito e financiamento, a boa-fé recebeu uma atualização importante. A alteração do Código de Defesa do Consumidor passou a prever de forma expressa a proibição do assédio de consumo. É possível fazer ofer-

⁷ Expressão do latim que significa: os contratos devem ser cumpridos.

⁸ Expressão do latim que significa: exceção do dolo.

tas, mas é imperativo respeitar alguns limites. A insistência, mesmo após a negativa do consumidor, o constrangimento e o desconforto demonstram o excesso no procedimento de venda e não são mais admitidos, pois podem configurar o assédio de consumo e a violação da boa-fé nas relações de consumo.

Outras medidas importantes foram instituídas, como (i) a oferta de crédito sem análise global da capacidade econômica do consumidor, (ii) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; (iii) condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

A possibilidade de oferta de crédito consignado (Lei nº 1.046/50) aos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social democratizou os juros praticados no mercado, ao mesmo tempo que tornou esses consumidores alvo de publicidade agressiva e de abusos. Esse fenômeno vem levando muitos consumidores ao superendividamento, em especial os idosos, que já correspondem a 16,9% dos 60 milhões de brasileiros inadimplentes⁹.

Assim como a boa-fé, o agir com lealdade deve ser celebrado em todas as fases da contratação, incluídas as preliminares, buscando maior isonomia no contrato de consumo.

Entretanto, em relações binárias, esse é um dever de ambos os contratantes, devendo-se analisar a real intenção do consumidor no momento de celebração do ajuste, para que assim seja excluído da proteção ao superendividamento aquele consumidor que agiu com dolo.

A expressão da harmonia nas relações de consumo depende da boa-fé das partes, da lealdade, do dever de cooperação, da informação e da concessão de crédito responsável. Neste ponto, releva destacar a expressa previsão deste princípio no artigo 4º, inciso III, do CDC em que o legislador relaciona a harmonização dos interesses com a boa-fé e a isonomia.

2 Mediação na lei do superendividamento

A Lei nº 14.181/21 trouxe ao consumidor a possibilidade de buscar na legislação auxílio qualificado para ultrapassar o

⁹ SERASA. **Mapa da Inadimplência do Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-de-Inadimplencia-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

superendividamento, quando, antes, só poderia se valer da ação de insolvência civil ou das ações de revisão de contrato.

A nova norma inaugurou um sistema de tratamento bifásico, em que o consumidor busca uma audiência de conciliação para repactuar as suas dívidas, o que pode ser feito por qualquer um dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, conforme o art.104- c do CDC¹⁰.

Assim, poderá ser marcada audiência global de conciliação, com a convocação de todos credores na busca de acordos de repactuação das dívidas, com prazo máximo de cinco anos e sem que o valor mensal das parcelas coloque em risco o mínimo existencial do consumidor.

Bertoncello (2013) identifica o cuidado que o legislador teve ao endereçar a fase conciliatória, de forma exclusiva, ao Poder Judiciário e aos órgãos do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor. A autora pontua a necessidade de acolhimento do consumidor por equipe multidisciplinar, que deverá analisar a real situação de endividamento.

Em sendo possível a realização de conciliação, o acordo poderá ser homologado judicialmente e possuirá eficácia de título executivo (art.104-A, §3º).

A impossibilidade da realização da avença dá ensejo à segunda fase, exclusivamente judicial, em que o devedor requererá o ajuizamento da “*ação por superendividamento para revisão*”

¹⁰ Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

§ 2º O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural, incluirá a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

são e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes" (artigo 104-B, *caput* do CDC). Poderão figurar no polo ativo da ação somente pessoas físicas.

Nessa etapa, o juiz poderá optar por nomear ou não um administrador (artigo 104-B, § 3º do CDC), que apresentará, em até 30 (trinta) dias, um plano de pagamento com prazos e attenuações de juros. Após a defesa pelos credores (artigo 104-B, §2º do CDC), o juiz proferirá sentença com a redução dos juros e a aprovação do plano de pagamento compulsório em até 5 (cinco) anos e 180 (cento e oitenta) dias para pagamento da primeira parcela, preservado o mínimo existencial (artigo 104-B, §4º do CDC).

Quando da citação dos credores, o juiz já poderá deliberar de ofício, aplicando provisoriamente a suspensão da exigibilidade dos débitos e demais sanções do § 2º do artigo 104-A, caso entenda necessário.

O plano compulsório de pagamentos deve assegurar aos credores: (i) o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, no mínimo, portanto, sem perdão de dívidas; (ii) a previsão da liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A; (iii) primeira parcela devida no prazo máximo de cento e oitenta dias, contado da homologação judicial; restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

Quanto ao prazo máximo de cinco anos para o plano de pagamento, existem entendimentos favoráveis à sua ampliação, segundo os quais caberia ao juiz a avaliação em cada caso concreto (Artigo 104-C, §4º do CDC).

Terão prioridade no recebimento os credores que tenham aceitado o plano consensual (artigos 104-A e 104-C), o que denota a relevância que a lei deu para a composição amigável; para os demais, serão submetidos ao plano compulsório.

Bertoncello (2013) chama atenção para as técnicas de conciliação utilizadas nas audiências de superendividamento, esclarecendo que a mediação mantém o foco no conflito e não na solução, restabelecendo não apenas questões de cunho financeiro, mas também o vínculo entre as partes.

Aqui, emprestamos os princípios e as técnicas da justiça restaurativa, advinda do Direito Penal, buscando recuperação ampliada do consumidor superendividado.

Para que se possa entender como os elementos da justiça restaurativa do Direito Penal podem dialogar com o tratamento

do superendividamento, precisamos revisitá-la em seu âmbito penal, na busca de pontos congruentes.

2.1 Justiça Restaurativa e sua intersecção com o tratamento do superendividamento

A abordagem restaurativa vem ganhando espaço em outros ramos do Direito, sendo definida por Howard Zehr como “um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas” (ZEHR, 2012, p.102).

Esses programas de mediação e de justiça restaurativa, na prática, são encontros facilitados entre as partes e não se confundem com os métodos alternativos de resolução de conflitos.

O conceito de restituição criativa foi criado pelo psicólogo Albert Eglash, em 1950, que trabalhava com jovens e adultos envolvidos com práticas criminais, levando para o sistema penal conceitos mais construtivos de reparação do dano. Para ele, o ofensor, sob supervisão adequada, poderá encontrar maneiras de reparar quem prejudicou, e ainda, a partir de sua experiência, ajudar os demais ofensores.

Os norte-americanos Joseph Folger e Robert Bush (YAZBEK; TRIGO; 2007, p. 29) criaram uma interessante correlação entre mediação e justiça restaurativa, que eles chamaram de Mediação Transformativa. Para eles, seria um tipo de mediação em que o foco não estaria necessariamente na formalização do acordo entre as partes, mas sim na **transformação** dessa relação.

Assim como a mediação, a Justiça Restaurativa é também um convite ao diálogo, ao consentimento mútuo, à negociação, à oportunidade de esclarecimentos, às mudanças de comportamentos e à participação ativa das partes em busca de solução.

A transformação da relação entre o consumidor devedor e o fornecedor credor é um grande desafio, mas é necessário ser considerado. O contrato de crédito ou financiamento é comutativo, o consumidor recebe os valores ou o bem contratado, e o fornecedor de serviços deve receber os valores pactuados. No entanto, a situação de superendividamento estabelece uma situação fática complexa. A busca por soluções individuais, tanto para o consumidor como para o fornecedor, pode não ser suficiente para o tratamento de dívidas e o seu adimplemento. Será necessário estabelecer uma relação cooperativa entre os contratantes. Com lealdade e boa-fé, a relação deve ser pautada pela transformação da relação comutativa para uma relação

cooperativa entre o consumidor devedor e o fornecedor credor. Por isso, o exame das técnicas da justiça restaurativa.

Fundamental esclarecer que não se trata em nenhuma hipótese de comparar a relação de consumo com o contexto da justiça restaurativa, que é a relação penal. Trata-se de conhecer os elementos que contribuem para a transformação da relação e em que medida podem contribuir com a **transformação** da relação entre credores e devedores.

Encontramos aqui um ponto de intersecção entre a mediação restaurativa aplicada no Direito Penal e sua compatibilidade com o Direito do Consumidor, o que se justifica através da teoria do diálogo das fontes¹¹.

As experiências obtidas com o tratamento do superendividado demonstraram que, de modo geral, muitos sentem vergonha de sua condição de insolvência, mostrando-se deprimidos e ansiosos diante da situação¹². Entretanto, a realização de negociações, com o restabelecimento de sua saúde financeira, não restabelece, como consequência, as relações sociais.

Nas lições de Howard Zehr, a Justiça não é assegurada por decisões uniformes, “mas por disponibilizar apoio e oportunidades a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e sexo” (ZEHR, 2008, p. 18):

¹¹ “Diálogo é harmonia; harmonia na pluralidade de fontes e na procura de restaurar sua coerência e seu uso sob os valores constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a assistematicidade do uso das fontes. O início de tudo e o fim é a Constituição, e dentro dela os direitos fundamentais assegurados nas cláusulas pétreas. No direito interno, temos leis diversas e microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor.” (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p.22)

¹² O atendimento inicial é multidisciplinar, compreendendo a atuação das Faculdades de Psicologia e Ciências Contábeis, a fim de oportunizar o acolhimento. Primeiramente é feita uma conversa jurídica prévia com o devedor e é oferecida a ele uma conversa com os alunos de Psicologia, pois muitos endividados experimentam dores psicológicas como depressão, ansiedade, pensamentos suicidas, pânico. A ausência de recursos financeiros para pagar as contas aliada com o nome negativado que é a realidade da maioria dos devedores, impõe uma situação psicológica delicada. (...)

De forma concomitante a oferta com a conversa com o acadêmico de Psicologia é oferecida uma conversa com o estudante da Ciências Contábeis, a fim de que sejam feitos cálculos de juros e correção monetária do valor devido e o que poderia ser acordado. Na maioria das vezes falta ao devedor uma educação financeira e o olhar do acadêmico de Ciências Contábeis é fundamental, antes do devedor fazer um acordo, pois o aluno calcula quanto poderá o devedor comprometer sua renda mensal no acordo. (BERTONCELLO, 2023, p. 16).

A mediação vítima-ofensor fortalece os participantes, põe em xeque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação. (ZEH, 2008, p. 19).

O artigo 4º do CDC, ao trazer a educação financeira e o tratamento ao superendividamento como princípios da defesa do consumidor, incisos IX e X¹³, conferiu especial relevância para a temática e para a necessidade de proteção.

Experimento realizado pelo núcleo de práticas jurídicas da Faculdade Atitus Educação, conjuntamente com o Procon Porto Alegre e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, enfrenta a questão de forma multidisciplinar. Profissionais do Direito, das Ciências Contábeis e da Psicologia, através do método humanizador, facilitam que o superendividado se conscientize e se apodere de suas responsabilidades e possa resgatar sua dignidade.

A prática restaurativa coloca as decisões-chave nas mãos dos credores que poderão dizer quanto aceitam receber e o devedor quanto poderá pagar, fazendo da Justiça um processo mais curativo, transformador e mais cooperativo e menos contencioso.

É uma técnica que demonstra a busca da proporcionalidade, bem como da necessidade de realização de esforços conjuntos e ativos para o reequilíbrio e a segurança das partes, conferindo restauração, superação, responsabilização e prevenção.

2.3 Da aplicação da mediação restaurativa nos casos de consumidores superendividados

Para a primeira fase do procedimento, o artigo 104-C do Código de Defesa do Consumidor, inserido pela Lei nº 14.181/2021, prevê que compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) a fase conciliatória e preventiva do processo

¹³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

de repactuação de dívidas, podendo criar convênios com finalidade específica entre os referidos órgãos e os credores e suas associações.

Assim, além dos CEJUSCs no Judiciário, a nova lei conclama a participação dos PROCONs, do Ministério Público, da Defensoria Pública, e de outros órgãos integrantes do SNDc para a adoção de mecanismos para a implementação da fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas.

A arbitragem, por sua vez, pode ser considerada como limitação de acesso ao Poder Judiciário (art. 51, XVII). Conforme Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, embora o árbitro seja qualificado para equilibrar eventuais desigualdades entre as partes, existe a possibilidade de inserção de cláusulas contratuais que possam prejudicar o consumidor.

Já nos litígios de consumo, a vulnerabilidade do consumidor deverá ser considerada, seja por um árbitro, seja por um mediador. O desequilíbrio entre um consumidor hipossuficiente e um fornecedor hiper suficiente é resolvido na lei brasileira com previsões envolvendo a proteção ao primeiro tanto no plano do direito material como no plano do direito processual. Neste último, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é a demonstração mais evidente desta preocupação, de modo que a introdução de um método alternativo não altera este cenário, já que um mediador, um árbitro ou qualquer outro aplicador de um método alternativo não poderá perder este aspecto de vista. Perigo há se o método pretender afastar a tutela protetiva do consumidor, já que o contrato que predisponha sobre a arbitragem pode querer dispor sobre determinada lei aplicável afastando, por exemplo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, o vício estará na cláusula que prevê a não aplicação desta lei, e não do método alternativo escolhido. Eventuais desvios ou má aplicação do CDC podem ocorrer tanto em juízo ou fora dele. Entretanto, como o árbitro não é agente do Estado, há quem veja com reservas confiar a solução a ele. (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2019, p. 54).

Os princípios expressos na lei da mediação, tais como a informalidade, a autonomia da vontade, a busca do consenso, a

confidencialidade, dialogam com a Lei do Superendividamento e a justiça restaurativa. Verificam-se pontos comuns, como a facilitação do diálogo, a harmonização de interesses (artigo 4º, III do CDC)¹⁴ e a boa-fé, para, ao final, se chegar à composição amigável que completará com um plano de pagamento justo e executável.

Bertонcello (2023) argumenta que a aplicação da justiça restaurativa pode se realizar em qualquer fase prevista pela Lei nº 14.181/2021. Para ela, deve-se integrar a família do superendividado com a possibilidade de participação de círculos restaurativos, propiciando a aproximação voluntária do devedor com seus credores, buscando viabilizar a renegociação e extinção do passivo. A comunidade possui papel relevante na restauração, que, conforme a autora, cria e executa os círculos, apresentando-se como rede de apoio.

O formato de audiência de conciliação coletiva, com acordos em blocos, demanda técnicas cooperativas emprestadas da mediação restaurativa. Aqui, os participantes são os solucionadores dos problemas, revisitando os termos de contratação, expurgando falhas e abusos. Cabe às partes a construção de um plano de pagamento objetivo e executável, com os credores, lado a lado, mediados por conciliador e advogados.

O devedor possui como responsabilidade colaborativa a obrigação de não agravar seu estado de superendividamento, colocado como condicionante para que o acordo produza efeito.

Conhecer as características socioeconômicas desse superendividado é essencial, integrando o maior número possível de instituições, movimentos sociais, acadêmicos e profissionais multissetoriais.

Exemplo disso é o projeto de negociação de superendividamento em bloco, coordenado pelas magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Danilevitz Bertoncello, desenvolvido no Rio Grande do Sul. O projeto teve parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), servidores do Judiciário, do Movimento Donas de Casa, PROCON e Cruz Vermelha, sendo Vencedor do Prêmio INNOVARE da Magistratura em 2008.

¹⁴ III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

De acordo com o observatório do crédito e superendividamento do consumidor da UFRGS, o projeto de extensão desenvolvido, no período de 2007 a 2012, obteve os seguintes resultados:

No período estudado de 5 anos, aconteceram 3.225 audiências de conciliação em bloco de superendividados e seus credores realizadas pelos magistrados e conciliadores do TJRS, atingindo mais do que o dobro da média nacional de êxito na conciliação (30%) e foi possível aos magistrados estabelecer em conjunto com os credores e o consumidor superendividado um plano de pagamento por acordo, conciliando 64,3% dos casos e evitando processos judiciais nesses casos. (MARQUES; CAVALLAZZI; LIMA, 2016, p. 153).

Em regra, o objetivo da audiência de conciliação ou mediação será a renegociação das dívidas, com a concessão de descontos e abatimentos, dilação de prazos, exclusão dos dados do devedor do banco de dados de inadimplentes, e inserção de outras cláusulas, tais como o vencimento antecipado pelo inadimplemento.

Por fim, de acordo com o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Processual Penal belga, o objetivo dos acordos restaurativos abarca a pacificação do conflito e a restauração da relação entre os envolvidos. Sobretudo, deve ocorrer à luz dos princípios voluntariedade, confidencialidade, participação ativa, apoio neutro e comunicação¹⁵.

Sem muitos protocolos e engessamentos, a mediação restaurativa corresponde a um processo único, colaborativo, onde as expressões individuais refletem nas relações das partes envolvidas com a sociedade¹⁶.

Conclusão

O presente artigo buscou, a partir do estudo das relações de consumo e das normas de tratamento ao superendividamento a

¹⁵ ACHUTTI, Daniel S. Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788547208974. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208974/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

¹⁶ Ibid.

correlação entre a sistemática da mediação restaurativa, vinda do processo penal, e sua aplicabilidade na defesa do consumidor.

Para tanto, analisamos a característica protetiva do CDC e alguns dos princípios basilares da relação de consumo.

De maneira sintética, analisamos o fenômeno do superendividamento, características e requisitos de aplicação da normativa protetora. Identificamos que os superendividados possuem comprometimento não apenas econômico, mas apresentam consequências psicológicas e sociais.

Dessa forma, para que haja o tratamento pleno desse consumidor, deve-se promover não apenas a repactuação de suas dívidas, mas também sua reinserção educada no mercado de consumo, assim como sua reconciliação social.

Encontramos na mediação restaurativa formas de complementariedade ao tratamento do superendividamento, proporcionando a educação financeira, a cooperação, o entendimento e aceitação da capacidade financeira e a renegociação de dívidas. O instituto traz como pilar a transformação e a restauração da relação entre os envolvidos, o que abrange credor, devedor, família do devedor e sociedade.

Identificamos que um dos maiores ganhos na aplicação da mediação restaurativa no tratamento do superendividamento é a participação ativa do credor, na busca da melhor solução para o cenário apresentado.

Técnicas como as conferências entre grupos em conflito objetivam a mudança de comportamento, de igual forma, são os círculos para construção de novos hábitos de consumo e diálogos comunitários.¹⁷

De igual importância, são o monitoramento e o incentivo aos acordos resultantes dos processos de superendividamento, prevendo a necessidade futura de repactuação e monitorando a reincidência, principiologia emprestada da Justiça Restaurativa.

¹⁷ Nessa modalidade restaurativa os participantes se acomodam em círculo. Um objeto chamado ‘bastão de fala’ vai passando de mão em mão para que todos tenham a oportunidade de falar, um de cada vez, na ordem em que estão sentados. Faz parte do processo uma declaração inicial em que são explicitados certos valores, ou mesmo uma filosofia, que enfatiza o respeito, o valor de cada participante, a integridade, a importância de se expressar com sinceridade, etc. Um ou dois ‘guardiões do círculo’ servem de facilitadores.” (...) Embora os círculos tenham surgido em comunidades pequenas e homogêneas, hoje passaram a ser utilizados em inúmeros contextos, inclusive em grandes áreas urbanas e para situações variadas fora do âmbito criminal”. (ZEHR, 2012, p. 83).

Concluímos, com base na teoria do diálogo das fontes, que os princípios voluntariedade, confidencialidade, participação ativa, apoio neutro e comunicação, emprestados da mediação restaurativa, aperfeiçoam a difícil tarefa de tratar o superendividamento.

Referências

- ALVES, M. A. T.; MOREIRA, V. F., P., Yákara Vasconcelos. **Teoria do Custo de transação e escolha de modos de entrada no mercado Internacional**. Contabilidad y Negocios, v. 16, n. 31, 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078 compilado.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021. **Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.
- BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 115. ano 27. p. 21-40. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2018
- BERTONCELLO, K. R. D., FELTEN, M. C. **Núcleo Multidisciplinar de Atendimento ao Superendividado: um ano de cooperação acadêmica e extensão à comunidade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo banch, 2023.
- BESSA, L. R. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- CARVALHO, D. F. **Superendividamento e Mínimo Existencial: Teoria do Restre a Vivre” Overindebtedness and existential minimum: reste à vivre’s theory**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 118/2018 | p. 363 - 386 | Jul - Ago / 2018 DTR\2018\19476.
- COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. (Coleção Paulo Bonavides). ISBN 978-65-5964-495-7.

- COMPARATO, F. K. Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado, **Revista de Direito Público**. n. 97, mar. 1991.
- COSTA, G. de F. M. da. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DIDIER JR. F., ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, L. O sistema multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. **Revista do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte**, n.p., 2023.
- DIDIER JR. F., ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan/mar, 2020.
- COASE, R. H. **A Firma, o Mercado e o Direito. Coleção Paulo Bonavides**. [s.l.] GEN, 2022.
- COMPARATO, F. K. Revista de direito público. **Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado**, n. 97, mar. 1991.
- COSTA, G. DE F. M. DA. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FILOMENO, J. G. B. **Direitos do Consumidor, 15ª edição**.: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788597017069. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017069/>. Acesso em: 17 nov. 2023.
- GRINOVER et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- IDEc. **Governo decreta mínimo existencial e coloca a população brasileira abaixo da linha da pobreza**. Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/nt_minimo_existencial.pdf. Acesso em: 17 nov. 2023.
- BERTONCELLO, K. R. D.; FELTEN, M. C. **Núcleo Multidisciplinar de Atendimento ao Superendividado: um ano de cooperação acadêmica e extensão à comunidade**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, R. L.; LIMA, C. C. DE. **Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, P. A. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais.** A formatação jurídica do mercado brasileiro. p. 165–175, out. 2012.
- SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem - Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SERASA. Mapa da Inadimplência do Brasil.** 2021. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-de-Inadimpl%C3%A9ncia-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.
- SODRÉ, M. G. **A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SODRÉ, M. G., in. **Direito do Consumidor - 30 anos de CDC**. [: Grupo GEN, org. Claudia Lima MARQUES, 2020. E-book. ISBN 9788530992156. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992156/>. Acesso em: 15 nov. 2023.
- TEÓFILO ALVES, M. A.; FARIAS MOREIRA, V.; VASCONCELOS PEREIRA, Y. **Teoria do Custo de transação e escolha de modos de entrada no mercado International. Contabilidad y Negocios**, v. 16, n. 31, 2021.
- ZEHR, H. **Trocando as Lentes – um foco sobre o crime e a justiça, tradução de Tônia Van Acker**. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

A desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial: impactos da interpretação do art. 82-A da Lei nº 11.101/05 pelas Cortes Superiores

Juliana Silva Garcia

Mestre em Direito pela UniCeub.

*Especialista em Relações Internacionais pela UnB.
Assessora de ministro do Superior Tribunal de Justiça.*

RESUMO

Este artigo analisa os impactos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no contexto de execuções trabalhistas paralelas aos processos de recuperação judicial e falência, à luz da Lei nº 11.101/2005 e suas atualizações pela Lei nº 14.112/2020. A abordagem destaca os efeitos negativos da aplicação da teoria menor da desconsideração, fora do juízo universal, sobre a concursalidade dos créditos e a preservação da empresa em recuperação. Discute-se a necessidade de maior alinhamento entre a Justiça Trabalhista e o juízo da recuperação, propondo que a desconsideração da personalidade ocorra dentro do procedimento concursal, garantindo a equidade entre os credores e a eficácia da recuperação judicial.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Desconsideração da personalidade jurídica. Justiça Trabalhista. Credores.

ABSTRACT

This article conducts a technical analysis of the interpretation of Article 82-A of Law 11.101/05 by Brazil's higher courts, focusing on the application of the disregard doctrine in bankruptcy and judicial recovery proceedings. It critically examines how labor court decisions that permit the piercing of the corporate veil outside of collective insolvency procedures disrupt the core principle of *par condicio creditorum*, leading to a preferential treatment of individual labor claims. This undermines the uniform

treatment of creditors and could weaken the effectiveness of the judicial recovery process. The article also discusses the potential repercussions of these decisions on the overall volume of judicial recovery requests, corporate solvency, and the broader legal framework. The conclusion advocates for a harmonized application of insolvency laws to safeguard creditor equality and preserve the integrity of the judicial recovery mechanism.

Keywords: Disregard doctrine. Bankruptcy. Judicial recovery. Creditor protection.

Introdução

A recente atualização da Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência no Brasil, promovida pela Lei nº 14.112/2020, trouxe importantes modificações e inovações no regime de insolvência empresarial, especialmente quanto ao impacto sobre o patrimônio de sócios e administradores durante o processo de falência. Entre as principais alterações, destacam-se a inclusão dos artigos 6º-C e 82-A à Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF).

Essa mudança legislativa limita o alcance de terceiros para responder pelos débitos da recuperanda ou falida. Destina-se claramente a evitar que o mero inadimplemento de obrigações por parte da sociedade em crise conduzisse automaticamente à responsabilização pessoal dos sócios, preservando a autonomia patrimonial e a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que alinha a legislação falimentar brasileira com princípios de justiça e eficiência econômica.

Quando se trata de estender a responsabilidade a sócios e administradores além das hipóteses especificadas na LREF, é pacífico o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica pelo juízo falimentar exige a comprovação das hipóteses materiais previstas no artigo 50 do Código Civil (CC). Nesse contexto, a doutrina evoluiu no sentido de interpretar o artigo 82-A da Lei 11.101/2005 como uma regra clara de competência, especialmente no que tange à falência, com fundamento no parágrafo único desse dispositivo.

Contudo, apesar de essa interpretação gerar implicações práticas relevantes, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, concluiu que a reforma legislativa não introduziu uma regra de competência, mas apenas esclareceu a adoção da teoria maior para a desconsideração da perso-

nalidade jurídica nos processos falimentares. Com isso, foi afastada a alegação de conflito de competência, permitindo que a Justiça do Trabalho, em casos concretos, aplique o instituto para prosseguir com execuções individuais contra sócios por dívidas de empresas falidas.

O referido acórdão foi prolatado por apertada maioria (por 5 votos a 4), porém é suficiente para provocar importantes discussões, mormente quando se trata de juízos sujeitos a esferas recursais próprias, como nos casos em que se confrontam entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça.

Diante desse cenário, o presente artigo busca fomentar o debate jurídico sobre a divergência existente entre os entendimentos das Cortes Superiores, incluindo a posição do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à aplicação das regras falimentares em processos de execução individual contra empresas falidas, e analisar os possíveis impactos dessas discussões sobre o instituto da recuperação judicial.

Sem pretensão de esgotar o tema que se relaciona com múltiplos institutos processuais, inclusive em ramos do Direito distintos, o problema será explorado com enfoque especial sobre a zona de confluência entre os créditos laborais e os regimes de insolvência, os quais acabam tramitando em paralelo em razão da responsabilização de sócios.

1 O sistema de insolvência empresarial e seus efeitos normais sobre o patrimônio do empresário devedor e seus sócios

O sistema de insolvência empresarial no Brasil é regido principalmente pela Lei nº 11.101/2005, a qual introduz os institutos da falência e da recuperação de empresas como mecanismos centrais para tratar a situação de crise financeira das empresas. Esses institutos visam tanto à proteção dos credores quanto à possibilidade de recuperação econômica das sociedades empresárias, permitindo uma reorganização que viabilize a continuidade de suas atividades ou a liquidação ordenada de seu patrimônio.

A falência é um procedimento judicial destinado à liquidação de uma empresa que se encontra em estado de insolvência insuperável, segundo sua autoavaliação ou por decisão de seus credores. Quando decretada a falência, a empresa é declarada insolvente, e seus bens são arrecadados e administrados por um administrador judicial, que tem como missão proceder à venda desses bens e à distribuição dos valores arrecadados entre os cre-

dores, seguindo a ordem de preferência legal. Durante o processo de falência, a empresa mantém sua personalidade jurídica até o encerramento do processo, mas perde a administração de seus bens e a autonomia sobre suas atividades.

A recuperação de empresas, por outro lado, é um instituto jurídico que busca a reorganização da empresa em crise, permitindo que continue operando enquanto negocia com seus credores um plano de recuperação. Esse plano, aprovado pelos credores e homologado judicialmente, deve prever medidas suficientes para a superação da situação crítica. O objetivo principal da recuperação de empresas é preservar a função social da empresa, mantendo empregos e a atividade econômica, desde que haja viabilidade econômica na continuidade de suas operações.

Portanto, o sistema de insolvência empresarial busca um equilíbrio entre a proteção coletiva dos credores e a possibilidade de reorganização da atividade empresarial (COSTA, 2021, p. 53-54), seja ela sob a direção do mesmo empresário devedor, seja mediante a realocação dos meios de produção no mercado.

Na busca desse equilíbrio, tem importância central, nos sistemas de insolvência, o princípio da universalidade da competência do juízo da insolvência, enquanto ponto de encontro da massa patrimonial e dos credores, de forma a ordenar a satisfação do crédito e fazer estancar o incentivo natural do princípio geral *prior in tempore potior in jure* (ou *first come, first served*), que atua como um incentivo natural à corrida ao Judiciário (FRANCO, STAJN, 2008, p. 8).

O efeito destrutivo da aplicação indiscriminada desse princípio geral resultaria no prejuízo imposto sobre o credor tardio, que se depararia com o patrimônio do devedor totalmente esvaziado. Além disso, e ainda mais relevante, representaria a retaliação do patrimônio do devedor que, se negociado por inteiro, poderia alcançar valor de mercado significativamente superior e viabilizar o pagamento de um maior número de credores ou a quitação de valores de dívida superiores àqueles alcançados pela execução individual e pela disposição fracionada dos bens que compõem seu patrimônio (MOKAL, 2001).

Independentemente de já terem dado início à judicialização de suas pretensões ou de ainda estarem inertes e alheios à situação de crise da empresa, todos os credores são colocados em pé de igualdade e reorganizados no momento em que se constitui o *status jurídico* de crise para a empresa devedora (PONTES, 2015, p. 335-340). Ao igualar os interesses dos credores envolvidos, impedem-se ainda as negociações bilaterais paralelas que po-

deriam incrementar o poder de algum credor frente aos demais (SCHWARTZ, 1998, p. 1808).

No que respeita ao patrimônio dos sócios, os efeitos da insolvência são, em regra, definidos pela natureza jurídica da sociedade e da responsabilidade que assumem em razão de sua constituição (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 216). Não se pode perder de vista que o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 790, II, estabelece a sujeição à execução do patrimônio “do sócio, nos termos da lei”.

Assim, nas sociedades limitadas e anônimas, a responsabilidade dos sócios e acionistas é limitada ao valor de suas quotas ou ações, protegendo, assim, o patrimônio pessoal dos sócios das obrigações contraídas pela empresa. Isso significa que, salvo garantias pessoais prestadas, os credores da empresa não podem exigir o pagamento de suas dívidas diretamente dos sócios, mesmo em momentos de crise econômico-financeira.

Entretanto, antes da entrada em vigor do atual Código Civil e, portanto, da atual legislação de insolvência empresarial e mesmo do Código de Processo Civil, a jurisprudência já reconhecia, excepcionalmente, a extensão dos efeitos da quebra para sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico ou sócios, quando identificada a prática de atos de abuso de personalidade jurídica.

Assim, há muito se consolidou o entendimento de que “caracterizada a confusão patrimonial entre sociedades formalmente distintas, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades envolvidas”¹, o que se deu, independentemente de qualquer reconhecimento legislativo formal.

2 A desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto jurídico que permite, em situações específicas, que os efeitos da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio pessoal de seus sócios ou administradores sejam afastados. Esse mecanismo visa evitar que a personalidade jurídica seja utilizada para práticas fraudulentas ou abusivas, prejudicando credores ou terceiros de boa-fé, por meio da utilização disfuncional da blindagem patrimonial (FRAZÃO, 2012; COMPARATO *et al.*, 2014).

¹ STJ. RMS n. 16.105/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/8/2003, DJ de 22/9/2003, p. 314.

A origem do instituto remonta ao direito anglo-saxão, no qual foi inicialmente desenvolvido como uma resposta às tentativas de evasão de responsabilidades financeiras por meio da criação de corporações. No Brasil, o conceito foi adotado com o propósito de proporcionar uma ferramenta para a justiça material, permitindo a atribuição de responsabilidade patrimonial a quem efetivamente se beneficiou de atos abusivos praticados sob a proteção da pessoa jurídica.

Sua evolução acompanhou a crescente complexidade das relações empresariais e a necessidade de proteção de diferentes tipos credores. Assim, ao longo do tempo, diversas legislações passaram a incorporá-lo em diferentes contextos, adotando igualmente diferentes requisitos para sua incidência (DAUDT, 2017, 83-97).

O Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Proteção da Concorrência e a Lei de Crimes Ambientais, por exemplo, estabeleceram regras mais flexíveis para o alcance do patrimônio pessoal dos sócios, a fim de responder por dívidas e obrigações sociais. Para a responsabilização dos sócios por obrigações decorrente de relações amparadas por esses sistemas normativos, adota-se a teoria menor da desconsideração, bastando, para tanto, a simples comprovação de insolvência ou ausência de bens suficientes por parte do ente social.

Essa abordagem, menos rigorosa, visa à proteção de interesses de partes mais vulneráveis e é amplamente utilizada também em ações trabalhistas.

Ainda assim, o marco normativo mais relevante para a sua consolidação no Direito brasileiro foi a inclusão do art. 50 no Código Civil de 2002. Nos termos da legislação civil, a regra geral é fruto da adoção da teoria maior para a desconsideração da personalidade jurídica. Por esse viés, exige-se a prova de abuso da personalidade mediante a comprovação de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, elementos reconhecidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mesmo antes de sua positivação legislativa.

Deve-se, ainda, ter em mente que o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica tem o condão de incluir no polo passivo da execução, individual ou coletiva, os terceiros por ela atingidos, independentemente da fase processual que se encontre a demanda, além de imputar aos sócios, administradores ou terceiros alcançados a responsabilidade pelas obrigações do devedor. Produz, portanto, efeitos processuais e materiais, permitindo que todo o patrimônio – presente e futu-

ro – dos terceiros alcançados seja agregado ao do devedor, para atender às execuções forçadas, individuais ou coletivas.

3 A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos procedimentos de insolvência empresarial

Como já ressaltado, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto reconhecidamente compatível com o sistema de insolvência. No entanto, não se pode perder de vista que a decretação da falência ou o deferimento da recuperação judicial provoca a suspensão das execuções individuais forçadas dos débitos do empresário em crise.

Consequentemente, a satisfação do crédito passa a desenvolver-se em ambiente coletivo, por meio dos procedimentos de habilitação, impugnação ou pedido de reserva de crédito pelos credores. No âmbito do processo falimentar, a execução coletiva fica ainda mais evidenciada em virtude do vencimento antecipado das obrigações do devedor, atraindo mesmo aqueles credores cujos débitos não se encontravam em mora (DIDIER JR., 2024, p. 413).

A aplicação do instituto em processos de reorganização societária e execução coletiva importa em peculiaridades e efeitos ainda mais agressivos sobre o patrimônio dos terceiros assim alcançados.

Tratando-se de falência, aos terceiros alcançados, serão, em princípio, estendidos todos os efeitos da quebra.

Essa extensão importa, sob o enfoque objetivo, que todo o conjunto de bens e direitos seja atraído pela desconsideração para o procedimento falimentar. Já sob o enfoque subjetivo, também os credores do terceiro serão atraídos pela desconsideração para a execução coletiva (DIDIER JR., 2024, p. 420-421). Além disso, os terceiros sofrerão também o impedimento para o exercício de atividade empresarial (LREF, art. 102), a indisponibilidade patrimonial (LREF, art. 103) e a suspensão de execuções individuais de seus débitos (LREF, art. 99, V).

Com a desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da quebra, aqueles que forem alcançados passam a responder solidariamente pelo passivo, como sanção à sua participação em atos de abuso da personalidade jurídica.

A inclusão do art. 82-A na Lei nº 11.101/2005, quanto se trate de evidente inovação legislativa, não teve, portanto, grande carga normativa inovativa. Trata-se de materialização em regra legal de norma jurídica incorporada ao Direito nacional pela

via jurisprudencial. Valem aqui os comentários de Sacramone *et al.* (2019), para quem:

Pelo novo dispositivo inserido, ainda que os sócios possuam responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, desde que tenham abusado da personalidade jurídica, seja por meio do desvio de finalidade ou por meio da confusão patrimonial, poderão ter a falência decretada. Por consequência, independentemente do prejuízo causado ou da solvência do sócio ou administrador, todos os seus ativos serão arrecadados e o produto de sua liquidação, juntamente com o produto da liquidação dos bens da sociedade, será utilizado para a satisfação de todos os credores, sejam eles da sociedade ou credores particulares do sócio falido.

Por meio dela, certamente se encontra agora explícito que a extensão dos efeitos da quebra depende de expressa decisão do juízo falimentar, em observância às regras materiais e processuais do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

É de se registrar a existência de interpretação doutrinária que afirma a distinção entre a extensão dos efeitos da falência, que implicava a falência também do terceiro, e a desconsideração da personalidade jurídica, em uma interpretação do novo contexto legal. Isso apoiado na redação do art. 137 do Código de Processo Civil (CPC), no qual se determina a limitação do comprometimento do patrimônio do terceiro aos valores auferidos em razão da fraude. Assim, não mais se permitiria que o terceiro fosse tratado como se falido (NOGUEIRA, 2021).

Já no que tange à recuperação judicial, sua dependência em relação ao ato da vontade do devedor para se submeter ao procedimento especial manteve afastado o debate acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo juízo recuperacional. Daí se pode extrair a desnecessidade de previsão específica, idêntica à regra do art. 82-A da LREF para o juízo da recuperação.

Na verdade, o tema começa a ser levantado com mais força apenas com a própria edição da Lei nº 14.112/2020, a qual tanto disciplinou a consolidação substancial como limitou a responsabilização de terceiros com a inclusão do art. 6º-C na LREF. No entanto, os procedimentos de recuperação judicial enfrentam há longa data o desafio de conviver com execuções indivi-

duais, especialmente trabalhistas, que seguem seu curso, a despeito do deferimento da recuperação judicial, por meio da aplicação da desconsideração fora do juízo universal.

4 A desconsideração da pessoa jurídica em execuções paralelas ao procedimento de insolvência empresarial

Nos termos do enunciado jurisprudencial nº 480 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a competência universal do juízo da recuperação judicial não atrai para si decisões acerca da constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação empresarial². Esse entendimento notoriamente se utiliza exclusivamente do perfil objetivo da empresa para definir a competência do Juízo recuperacional, afastando a universalização do Juízo dos perfis funcional, corporativo e, até mesmo, do perfil subjetivo, expressamente adotado na legislação de insolvência empresarial. Não nos esqueçamos que o critério utilizado para ser sujeito de recuperação judicial é ser empresário regularmente constituído.

Dos nove acórdãos mencionados como referência para a edição da súmula, todos proferidos em decisões de conflitos de competência em que se confrontavam o Juízo trabalhista e o Juízo recuperacional, cinco tratavam da existência de grupo empresarial, admitindo-se o prosseguimento de demandas executivas contra empresas não alcançadas pela concessão da recuperação judicial, e os outros quatro abordavam a possibilidade de prosseguimento de demandas contra sócios alcançados em virtude da desconsideração da personalidade jurídica da empresa recuperanda.

Tratando-se de grupo empresarial, não havia grande problema do ponto de vista da aplicação das normas especiais trabalhista e de insolvência. Isso porque o conceito de empregador trazido pela lei laboral amplia a responsabilidade para as empresas do mesmo grupo, estabelecendo entre elas a solidariedade legal. Nesse caso, teria incidência a regra da LREF, que impunha a manutenção da responsabilidade dos coobrigados³. Não havia, portanto, nenhuma antinomia entre as disciplinas especiais.

² STJ. Súmula 480. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

³ Lei 11.101/2005. Art. 49. [...] § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Ainda assim, a inclusão de outras empresas do grupo empresarial de recuperandas, por muitas vezes, foi operada pelos Juízos laborais por intermédio da desconsideração da personalidade jurídica.

Diferentemente é a situação do redirecionamento da demanda trabalhista contra a pessoa do sócio. Nessa situação, o crédito trabalhista acaba escapando do plano de recuperação sem nenhum respaldo legal, passando o credor individual a exercer seu direito de forma ampla e distante do juízo universal. Esse comportamento, por si só, contraria a essência do tratamento legal conferido às empresas insolventes. Afinal, não se pode esquecer que a razão de ser dos procedimentos concursais empresariais é justamente a finalidade de estancar o prolongamento do estado de crise e seu potencial contagioso para o mercado, o que proporcionaria a propagação da situação de insolvência para além da devedora (FERREIRA, 1951, p. 60).

Essa percepção da função essencial de todos os sistemas concursais de insolvência, tanto civil como empresarial (BUZAID, 1952, p. 57), foi bem compreendida pela jurisprudência do STJ, que, desde a edição da Lei nº 11.101/2005, tem designado reiteradamente o Juízo da recuperação para decidir acerca da satisfação de qualquer crédito que possa influenciar no cumprimento do plano de recuperação. Nessa via, mesmo os créditos excluídos da recuperação judicial, em virtude de expressa previsão legal, como os créditos garantidos por direito real de propriedade (alienação fiduciária), devem passar pelo crivo do Juízo recuperacional⁴.

Em via oposta, pareceu óbvio à Corte Superior que, não se tratando de patrimônio afetado ao desempenho da atividade empresária – porque pertencente ao sócio pessoalmente ou à outra empresa do mesmo grupo societário –, não se justificaria a atração da demanda para o Juízo universal, ainda que o crédito em si fosse alcançado pelos efeitos da decisão.

O problema se acentua quando está em causa a continuidade de execuções trabalhistas individuais contra sócios, uma vez que este redirecionamento vem pautado na desconsideração da personalidade jurídica decretada a partir de critérios mínimos (aplicação da teoria menor), apesar de o texto da súmula não fazer menção a esse contexto.

⁴ STJ. AgInt no CC n. 177.181/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 25/10/2022, DJe de 17/11/2022.

No âmbito da Justiça Trabalhista, é suficiente para se levantar o véu da pessoa jurídica a insolvência da devedora, de forma que, a rigor, toda empresa em procedimento de recuperação preenche, automaticamente, o requisito legal para o redirecionamento das demandas aos sócios. Ressalta-se que esse mesmo raciocínio é corriqueiramente aplicado para empresas falidas.

Isso porque, no âmbito do Direito do Trabalho, adotaram-se, por analogia, as disposições do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que foi a primeira lei nacional a positivar a desconsideração da personalidade jurídica e o fez, segundo interpretação do próprio STJ, mediante a adoção da teoria menor (FERRAZ *et al.*, 2016, p. 309).

Além de se apoiar nas disposições dos arts. 8º e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual admite a aplicação analógica de outros regramentos jurídicos, a jurisprudência trabalhista entendeu haver similitude nas relações jurídicas disciplinadas por esta legislação especial e a consumerista porque, em ambos os sistemas, se tem por alvo a proteção de parte hipossuficiente. A desigualdade material entre os polos relacionados pelo vínculo de consumo é fundamento para a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que, notando-se o natural desequilíbrio material na relação trabalhador-empregador, a mesma regra jurídica deveria ser aplicada.

Desse modo, no âmbito trabalhista, o risco da atividade empresarial é transmitido diretamente para os sócios ou administradores da empregadora, apesar da autonomia jurídica. Ou seja, por construção analógica e interpretativa, para o Direito trabalhista, pode-se afastar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, independentemente de ação maliciosa ou fraudulenta (CLAUS, 2010, p. 85).

Não se discute que a Justiça Trabalhista tem competência para desconsiderar a personalidade jurídica, de modo que se afasta o controle pelo Superior Tribunal de Justiça, sujeitando-se tão somente ao controle dos Tribunais especializados. Todavia, ao desconsiderar a personalidade de uma empresa em processo de insolvência, exclui-se deste procedimento crédito que lhe é subordinado legalmente, e esse efeito não pode ser ignorado.

Mesmo antes da reforma legislativa, **essa questão já era** levantada por estudiosos que questionavam se não seria necessária a fixação da competência, por meio de lei, do juízo universal para decidir, com exclusividade, sobre a aplicação do instituto da desconsideração às empresas recuperandas e falidas (GARCIA, 2018, p. 143-153), principalmente porque o sócio não

se enquadraria na condição de garantidor pessoal das obrigações sociais e laborais da devedora, seja por força contratual, seja por vontade legal. Todavia, as modificações legislativas não tiveram força para modificar o entendimento consolidado.

Agora, o referido art. 6º-C da LREF faz expressa referência à necessidade de se observar as garantias reais e fidejussórias como condição para fazer recair sobre terceiro a responsabilidade pelas obrigações das empresas em crise. Por oportuno e relevante, transcreve-se a regra posta: “é vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial, ressalvadas as garantias reais e fidejussórias, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei”.

Coelho (2021, p. 75) avalia que o texto legal introduzido, ao passo que reforçaria a autonomia patrimonial da sociedade empresária, também afastaria “de uma vez por todas” a aplicação da teoria menor, alcançando ainda todas as obrigações de qualquer natureza (trabalhistas, tributárias, comerciais, ambientais, consumeristas, etc). Bezerra Filho (2022, p. 113) caminha no mesmo sentido, acrescentando que a conjugação dos arts. 6º-C e 82-A da LREF conduziria ao resultado interpretativo de que o juiz da falência somente poderia aplicar a desconsideração com observância do art. 50 do CC, tanto quanto qualquer outro juiz (trabalhista, fiscal, ciível etc.).

De fato, o art. 82-A e seu parágrafo único da LREF apontam na mesma direção, ao fazer referência à necessidade de observância das condições materiais do art. 50 para desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, a interpretação jurisprudencial que lhe tem sido conferida restringe sua aplicação às desconsiderações operadas no âmbito de processos de falência e com a finalidade de extensão de seus efeitos aos sócios.

Esse entendimento foi expressamente validado, ainda que em decisão monocrática de relator, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ocasião em que o Min. Roberto Barroso reiterou a jurisprudência do STJ acerca da inexistência de conflito entre o juízo falimentar e o juízo trabalhista quando desconsiderada a personalidade jurídica. Fazendo expressa menção à redação dada à Lei nº 11.101/2005, assentou-se não se tratar de regra de competência, mas de comando dirigido ao juízo universal, *in verbis*:⁵

⁵ STF. CC 8318, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 13/07/2023, DJe 14/07/2023.

Analiso, por fim, o argumento quanto à incidência do art. 82-A, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005. O art. 82-A, incluído pela Lei nº 14.112/2020, proíbe a extensão dos efeitos da falência aos sócios de responsabilidade limitada e estabelece que o meio adequado para o juiz falimentar atingir o patrimônio dos sócios é a desconsideração da personalidade jurídica. A meu ver, o objetivo do dispositivo não é atribuir a competência exclusiva do juiz da falência para determinar a desconsideração, mas explicitar que tal providência apenas poderá ser determinada pelo juiz falimentar com a observância dos requisitos do art. 50 do Código Civil e dos arts. 133 e ss. do CPC.

Dessa maneira, apesar das esperanças de solução depositadas pela doutrina, segue sendo aplicada a teoria menor para desconsideração de empresas em crise, tal qual no sistema anterior. As novas redações, portanto, parecem ter caído, de fato, no vazio, apenas reforçando os dogmas jurídicos adotados até então. Os problemas seguem assim sem solução.

Ao se consultar os precedentes relativos à desconsideração da personalidade em que se apoiou a edição da Súmula 480/STJ, nota-se que os dois mais antigos fazem referência cruzada entre si⁶, e em ambos se traz ainda menção a outros precedentes. De todos os acórdãos citados nos dois precedentes mais antigos, apenas dois foram proferidos em processos de recuperação judicial⁷, os demais relacionavam-se a procedimentos falimentares, a maioria proferido inclusive sob a vigência do DL nº 7.661/1945.

Entre esses dois precedentes relativos à recuperação judicial, o mais antigo se refere ao procedimento de recuperação judicial da Viação Aérea São Paulo S/A – VASP e impugnava a penhora do faturamento de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da recuperanda para pagamento de créditos trabalhistas. Desse modo, o primeiro acórdão verdadeiramente de-

⁶ STJ. CC nº 103.437/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 23/09/2009, DJe 30/09/2009; AgRg no CC nº 99.583/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009.

⁷ CC nº 94.439/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 28/05/2008, DJe 17/06/2008; e CC nº 90.477/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008.

dicado ao tema do redirecionamento da execução trabalhista contra sócio, em virtude de desconsideração da personalidade jurídica pelo Juízo trabalhista de empresa em recuperação judicial, foi o Conflito de Competência nº 94.439/MT.

Em sua fundamentação, o voto condutor do acórdão, bastante sucinto para uma decisão de case inédito e sob a vigência de lei ainda bem recente, fincou-se nas seguintes premissas: (i) aparência de preclusão da decisão de desconsideração da personalidade jurídica que incluiu o sócio no polo passivo; (ii) o bem apontado como constrito, que seria sede da empresa recuperanda, não pertencia a ela, mas era bem de propriedade individual do sócio; e (iii) aplicação de entendimento já firmado de que a decretação de quebra apenas suspendia as execuções trabalhistas quanto à própria empresa, devendo prosseguir quando o bem perseguido era exclusivamente de sócio.

A despeito dessa ausência de enfrentamento quanto ao tema da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, nota-se que a jurisprudência foi paulatinamente se consolidando no sentido de não identificar um conflito de competência em virtude da autonomia dos patrimônios do sócio e da empresa recuperanda, e sempre passando ao largo da questão da universalidade dos credores. Em precedente posterior, a mesma Segunda Seção do STJ, reiterando o entendimento, asseverou que a amortização do passivo da devedora, sem desfalque do patrimônio da massa falida, não poderia configurar burla à ordem de pagamento, resultando, na realidade, em benefício dos credores.

Esse mesmo fundamento voltou a ser suscitado nos debates em razão do CC 200.777/SP, tendo sido expressamente referido no voto vencedor proferido pelo Min. Antônio Carlos Ferreira em sessão de julgamento do dia 14/8/2024. Esse raciocínio foi novamente empregado em sede de procedimento falimentar, mas tem sido igualmente aplicado quando se trata de recuperação judicial.

Todavia, o transplante desse fundamento para esses casos resulta na constituição de novo crédito, decorrente do direito de regresso existente entre devedores solidários. O crédito pago fora do procedimento recuperacional, portanto, não desaparece como alardeado no fundamento, ele será, no máximo, sucedido. A questão que surge, ao menos no campo teórico, e que até o momento não foi respondida é determinar em que condição esse crédito seria recebido pela legislação falimentar.

A ausência de debate indica que, na prática, o sócio provavelmente deixa de buscar a retomada desses valores por estar

empenhado no soerguimento da empresa. Contudo, sabe-se que, por vezes, a desconsideração alcança ex-sócio da devedora, e aí é possível que surja a necessidade de se enfrentar o problema originado desse entendimento jurisprudencial que chancela as desconsiderações judiciais de empresas, à míngua de hipóteses de responsabilidade pessoal.

Ademais, após chancelada a manutenção da competência da Justiça especializada para apreciação de incidentes de desconsideração formados em execuções individuais pelo Supremo Tribunal Federal, há acórdãos do TST que reafirmam a aplicação da teoria menor a despeito das redações dos arts. 6º-C e 82-A da Lei nº 11.101/2005.

Em acórdão publicado em 7/6/2024, o TST manteve acórdão do Regional que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica tão só em virtude de a reclamada se encontrar em recuperação judicial. A ementa assim consignou:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. [...] No caso, o Tribunal Regional registrou que a reclamada principal está em recuperação judicial e que este fato é suficiente, por si só, para demonstrar que não possui patrimônio livre e desembargado para o pagamento de seus débitos. 3. Ainda está fixado no acórdão regional que “evidenciada a impossibilidade de se executar bens da pessoa jurídica responsável pelo crédito do autor, aplica-se o entendimento materializado no §5º, do art. 28, do CDC, a fim de se dar efetividade à execução, independentemente de prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão matrimonial”. [...] Por conseguinte, desnecessária a comprovação de abuso ou desvio de finalidade (Teoria Maior - art. 50 do Código Civil), como afirmou a Corte de origem. Precedentes do TST. 5. Emergem, pois, em óbice ao processamento do recurso de revista, o disposto no art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Decisão agravada que se mantém. Agravo interno desprovido.⁸

Em outra oportunidade, contemporânea ao julgado anterior, mas por órgão colegiado diverso, o mesmo TST afirmou a

⁸ TST. Ag-AIRR-928-65.2018.5.19.0001, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 07/06/2024.

necessidade de observância dos requisitos do art. 50 do CC para o decreto de desconsideração no âmbito laboral:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO EXEQUENTE - EXECUÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA. TEORIA MAIOR X TEORIA MENOR. Deve ser confirmada a decisão monocrática que foi proferida em consonância com o entendimento desta 8ª Turma do TST, segundo o qual, para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica na esfera trabalhista, é necessário que, além do prejuízo do credor, a empresa se enquadre em uma das situações previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 50 do Código Civil Brasileiro: desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme estabelecido nos artigos 133, §1º, e 134, §4º, do Código de Processo Civil. Agravo a que se nega provimento⁹

Em processo decidido ainda mais recente, novamente, vê-se a aplicação da teoria menor de forma taxativa:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. TEORIA MENOR. VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO CONFIGURADA. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. [...]2. De acordo com a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, é possível a constrição judicial de bens particulares dos sócios pelo mero inadimplemento do débito trabalhista ou quando evidenciado que a empresa executada não possui bens suficientes para suportar a execução, não se exigindo prova de ato ilícito praticado pelos sócios para sua responsabilização, haja vista o caráter alimentar dos créditos trabalhistas. 3. Na hipótese, o Tribunal Regional do Trabalho, aplicando a Teoria Menor, manteve a decisão que acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, sob o fundamento de que "a exequente não recebeu

⁹ TST. (Ag-RRAg-997-09.2022.5.06.0102, 8ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 10/06/2024).

da massa falida da empresa devedora os créditos habilitados, estando correta a decisão que aco-lheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, redirecionando a execução aos sócios". 4. Em tal contexto, a Corte Regional não incorreu em ofensa ao dispositivo constitucional apontado como malferido. Agravo a que se nega provimento¹⁰

Em todos os casos, citados aqui de forma meramente exemplificativa, foram invocadas como fundamentos recursais as modificações legislativas e a adoção da teoria maior. Assim, não se trata de entendimentos isolados, tampouco desconhecem as modificações legislativas. O que se verifica é a resistência consciente e manifesta quanto à modificação de entendimento paulatinamente construído à margem de regra legal específica, no intuito de dar proteção ao hipossuficiente.

Por fim, não se vislumbra a modificação desse cenário no curto prazo, na medida em que a Justiça especializada provavelmente não terá sua posição revista por outros órgãos judicantes no que se refere à interpretação dos novos dispositivos infraconstitucionais da legislação especial de insolvência empresarial.

Conclusão

A análise apresentada ao longo deste artigo revela os desafios e as implicações da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica fora do âmbito do juízo universal em procedimentos paralelos à recuperação judicial e falência, especialmente no contexto das execuções trabalhistas. Embora o intuito da legislação, notadamente com a Lei nº 14.112/2020, tenha sido limitar a responsabilização de terceiros e garantir maior segurança jurídica para sócios e administradores, a realidade prática tem demonstrado uma tendência de restabelecimento da corrida ao patrimônio dos sócios, desconsiderando o princípio da concursalidade.

Essa situação compromete diretamente a função da recuperação judicial, cuja premissa central é a preservação das empresas viáveis, assim como desorganiza a aplicação do princípio da *par conditio creditorum* nos procedimentos falimentares. Ao

¹⁰ TST. Ag-AIRR-122300-27.1998.5.04.0024, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 16/08/2024.

permitir que execuções individuais sejam redirecionadas contra os sócios, a Justiça do Trabalho cria um cenário de insegurança jurídica, potencialmente afastando os benefícios trazidos pela recuperação judicial e até mesmo dificultando o acesso das empresas a esse mecanismo, uma vez que os sócios podem ser desestimulados a buscar a recuperação diante do risco de responsabilização pessoal.

Em segundo lugar, à medida que essas decisões vão se tornando mais corriqueiras, o número de trabalhadores que se socorrerão das regras flexíveis da Justiça Trabalhista será crescente, conduzindo, em um extremo, ao esvaziamento da classe de credores trabalhistas nos procedimentos recuperacionais. Nota-se que, por uma via oblíqua, a chancela dessas decisões trabalhistas retira dos créditos alcançados pela novação esses créditos trabalhistas, à revelia da decisão assemblear. Fica, então, a pergunta sobre a função da subordinação desses créditos à recuperação, se norma protetiva da empresa ou se norma protetiva do trabalhador.

Do ponto de vista dos credores, a desconsideração da personalidade jurídica fora do procedimento de recuperação judicial pode gerar resultados contrários aos seus próprios interesses coletivos. O restabelecimento do princípio da anterioridade da penhora, ao permitir que credores individuais busquem a execução diretamente contra o patrimônio dos sócios, fragmenta a massa credora e reativa a corrida ao Judiciário.

Embora possa parecer uma vitória para credores trabalhistas no curto prazo, o esvaziamento dessa classe dentro dos procedimentos de recuperação judicial cria um precedente perigoso: o enfraquecimento da coletividade dos credores, ao retirar da massa recuperacional créditos que deveriam ser submetidos à assembleia geral de credores e ao plano de recuperação, além do potencial enfraquecimento de garantias reais e fidejussórias dadas pelos sócios contratualmente. Aos poucos, construiremos um novo concurso credores sobre o patrimônio pessoal dos sócios, ampliando o efeito contagioso da insolvência que se pretende romper por meio dos sistemas nacionais de insolvência empresarial.

A situação já foi pontuada em voto divergente proferido no julgamento do CC nº 200.775/SP, também apreciado pela Segunda Seção do STJ, em 28/8/2024, pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que ponderou:

Destaco que, a prevalecer o entendimento do eminente Ministro Antônio Carlos Ferreira, seria pos-

sível a instauração de tantos concursos de credores quantos fossem os juízos individuais que decidissem pela desconsideração da personalidade jurídica, o que permitiria reconhecer, em tese, que os credores da massa falida, para além de habilitar seus créditos perante o juízo falimentar, tivessem que buscar receber perante juízos das ações individuais, ainda que em um concurso e respeitada eventual ordem de prelação, conforme art. 908 do Código de Processo Civil, que dispõe que, "havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências".¹¹

Essa prática acaba desvirtuando a lógica de distribuição equitativa e favorecendo um grupo em detrimento dos demais. O resultado é que os credores que não podem recorrer a essa "porta de saída", como os quirografários e outros sem garantias específicas, receberão uma menor fatia; pondera-se que o pagamento do débito por terceiro não exclui necessariamente esse débito, mas apenas o credor: a dívida será mantida sob a nova titularidade do sócio que a quitou.

Outro aspecto relevante é o impacto sobre a preservação da empresa. Ao colocar os sócios na linha de frente para responder por dívidas trabalhistas, existe o risco de inviabilizar a recuperação das empresas viáveis, que poderiam, sob um plano de recuperação judicial bem estruturado, gerar mais recursos e satisfazer uma maior quantidade de credores. A aplicação indiscriminada da desconsideração pode desincentivar os sócios a buscarem a recuperação judicial, uma solução que, a longo prazo, poderia ser mais benéfica para todos os credores.

Diante desses fatores, a solução mais equilibrada para os credores seria reforçar a aplicação da Lei nº 11.101/2005, de forma que todos os créditos, incluindo os trabalhistas, sejam submetidos ao plano de recuperação judicial e à falência, respeitando o juízo universal. Além do aspecto da distribuição de competências exclusivas sob o aspecto funcional, de obediência dos princípios de indivisibilidade e universalidade dos juízos falimentares e concordatários, os quais se encontram no sistema

¹¹ STJ. CC nº 200.775/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Relator para Acórdão Min. Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 28/08/2024, ainda pendente de publicação.

nacional desde o Decreto nº 917/1890, esta é a única interpretação capaz de assegurar verdadeiramente a incidência do princípio da *par conditio creditorum*.

Rememora-se o conceito clássico de Salvatore Satta (1951), segundo o qual a concursabilidade do procedimento implicaria em reparar a insatisfação dos credores por meio de uma regulação que, além de assegurar o tratamento universal dos créditos, também garantisse o tratamento igualitário deles. Apesar das dúvidas acerca de sua incidência no âmbito do procedimento recuperacional, nos procedimentos falimentares ele é forçosamente aplicado por disciplina legal expressa. Se é devida a inclusão de patrimônio de terceiros para satisfação de um credor trabalhista, não há fundamento para afastar esse patrimônio dos demais credores trabalhistas, de forma que a desconsideração deveria se dar, se devida, dentro do procedimento concursal.

É certo que a aplicação adequada e equânime do instituto da desconsideração da pessoa jurídica pode, e deveria mesmo, ser corrigida pelo sistema recursal próprio do âmbito trabalhista. Todavia, mesmo diante de regra específica a disciplinar a desconsideração da personalidade jurídica nos procedimentos de insolvência, não se vislumbra uma modificação do entendimento da Justiça do Trabalho no julgamento de ações individuais. Desse modo, há chances mínimas de se reverter a situação.

Em suma, a correta aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ocorrer dentro do procedimento concursal, resguardando o princípio da paridade entre os credores e assegurando que nenhum grupo receba tratamento preferencial fora das regras estabelecidas. Para os credores, a manutenção da integridade do processo recuperacional é a única forma de garantir que seus interesses sejam protegidos de maneira justa e eficiente.

Por fim, a solução mais adequada para resgatar o equilíbrio necessário e garantir a aplicação eficaz da Lei nº 11.101/2005 passa pela reafirmação da competência exclusiva do juízo da recuperação judicial ou da falência para a satisfação dos créditos, inclusive os trabalhistas, após sua quantificação pela Justiça do Trabalho. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, se necessária, deve ser operada dentro do procedimento concursal, garantindo que todos os credores, inclusive os trabalhistas, sejam tratados de maneira igualitária, respeitando-se os princípios de indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar, além de assegurar a aplicação da *par conditio creditorum*.

Essa abordagem reforça a segurança jurídica, evita o esvaziamento dos procedimentos concursais e protege tanto os credores quanto as empresas, alinhando-se aos princípios de justiça e eficiência econômica estabelecidos pela legislação falimentar brasileira e fortalecendo a confiança dos agentes econômicos no sistema de recuperação judicial.

Referências

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência:** lei 11.101/05: Comentada artigo por artigo. Manoel Justino Bezerra Filho, Adriano Ribeiro Lyra Bezerra, Eronides A. Rodrigues dos Santos. 16. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução.** São Paulo: Saraiva, 1952.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. **A Desconsideração de Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: aspectos teóricos e aplicação em situações concretas.** In: Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 6, n. 105, p. 75-87, set. 2010, p. 85. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78493>>. Acesso em 10 jan. 2018
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade**
- anônima.** 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021.
- DAUDT, Simone Stabel. **Aspectos envolvendo possíveis exceções na sociedade limitada à responsabilidade dos sócios.** In: Revista Brasileira de Direito Comercial, n. 18, ago/set 2017.
- DIDIER JR., Fredie et al. **Falência e Recuperação Empresarial.** 2. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
- FRAZÃO, Ana. **Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores.** In: Questões de direito societário em Portugal e no Brasil. Coord. Fábio Ulhoa Coelho, Maria de Fátima Ribeiro. Coimbra: Almedina, 2012.
- FERRAZ, Daniel Amin e SÁ, Marcus Vinicius Silveira de. **Da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras:** análise à luz das teorias clássicas. In: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, p. 307-318, 2016.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial.** v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

FRANCO, Vera Helena de Mello; STAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GARCIA, Juliana Silva. **Da inaplicabilidade do princípio da par conditio creditorum na recuperação judicial de empresas.** Dissertação (Mestrado em Direito). UniCeub. Brasília, 2018. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/127281>>

MOKAL, Rizwaan Jameel. **Priority as pathology:** the pari passu myth. In: The Cambridge Law Journal, v. 60, n. 3, p. 581-621, nov. 2001. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=303739. Acesso em 22/9/2024.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **A extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica – alterações advindas do CPC/15 e da Lei 14.112/2020.** In Coluna ABDPRO. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-extensao-dos-efeitos-da-falencia-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-alteracoes-advind>> Acesso em 26/8/2024.

PONTES, Evandro Fernandes de. **Os credores, a empresa em crise e os efeitos da livre composição na Lei 11.101/2005.** In: Revista de Direito Empresarial, v. 11, p. 303-353, Set./Out. 2015.

SACRAMONE, Marcelo et al. **A extensão da falência e o art. 82 - A da lei 11.101/05.** In Insolvência em foco. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/302702/a-extensao-da-falencia-e-o-art-82-a-da-lei-11-101-05>> Acessado em 25/8/2024.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** Saraiva Educação. 2. ed. São Paulo, 2021, pág. 717, 718.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

SATTA, Salvatore. **Instituciones del derecho de quebra.** Buenos Aires: Ejea, 1951.

SCHWARTZ, Alan. **A contract theory approach to business bankruptcy.** In: The Yale Law Journal, v. 107, n. 6, p. 1807-1851, 1998, p. 1808.

A essencialidade da governança e integridade corporativa nos processos de insolvência

Emilia Vilela

*Especialista em Direito Civil e Processual Civil,
pela Universidade Cândido Mendes/RJ.*

*Especialista em Falência e Recuperação
de Empresas, pelo INSPER.*

*Administradora Judicial, atuante nos campos
consultivo, preventivo, contratual e contencioso nas
áreas do Direito Empresarial, Societário, Recuperação
Judicial e Falências e Agronegócio.*

Luize Calvi Menegassi Castro

*Mestre em Direito pela Universidade
Federal de Mato Grosso.*

*Advogada, atuante nos campos consultivo,
preventivo, contratual e contencioso nas áreas do
Direito Empresarial, Societário, Governança
Corporativa e em Empresas Familiares,
Contratos e Cível.*

RESUMO

O escopo deste trabalho é demonstrar como as boas práticas da governança corporativa e de integridade empresarial podem ser eficazes e trazer resultados efetivos nos processos de recuperação judicial e como contribuem para o soerguimento das empresas em crise.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Insolvência. Governança corporativa. Integridade empresarial.

ABSTRACT

The scope of this work is to demonstrate how good corporate governance and business integrity practices can be effective and bring effective results in judicial recovery processes and how they contribute to the recovery of companies in crisis.

Keywords: Judicial recovery. Insolvency. Corporate Governance. Business Integrity

Introdução

O objetivo deste trabalho é avaliar as boas práticas de governança corporativa e de integridade empresarial que podem ser empregadas aos processos de recuperação judicial em que as empresas insolventes, cumprindo o escopo legal da Lei 11.101/2005, se veem diante da oportunidade do soerguimento e da retomada das suas atividades de geração de receita e renda.

Salienta-se nas linhas adiante que se o foco é o soerguimento, é preciso observar as práticas que vêm gerando resultados positivos e impactando o mercado, a fim de implementar ferramentas de governança corporativa e de integridade empresarial para o monitoramento e a obtenção das informações mais relevantes para as tomadas das decisões estratégicas, para dar transparência e equilíbrio às informações e decisões durante todo o processo recuperacional.

Como se verá, para o processo de recuperação judicial de empresas em crise, garantir um monitoramento eficaz e para a obtenção das informações mais relevantes para as decisões estratégicas, ações e práticas podem ser construídas para permitirem uma visão clara e precisa da saúde financeira e operacional da empresa para todos os envolvidos.

Sobre isso, será demonstrado que o foco na reestruturação financeira e econômica da empresa em estado de insolvência, inequivocadamente, desaguará no competente Plano de Recuperação Judicial, instrumento no qual será apresentada, de maneira pormenorizada, a sua viabilidade econômica e financeira. Ainda, de forma clara e direta, serão indicadas as medidas adotadas para a superação da dificuldade enfrentada pela empresa e qual será o projeto financeiro para a satisfação dos créditos.

Quando incorporadas de modo eficaz, essas práticas podem não apenas melhorar a transparência e a confiança nas operações empresariais, mas também otimizar o processo de recuperação judicial. Empresas que adotam uma governança e um código de integridade bem definido tendem a apresentar um planejamento estratégico mais eficaz, maior capacidade de comunicação e engajamento com credores, além de uma melhor gestão de riscos e conformidade. Essas características são fundamentais para a criação de um plano de recuperação sustentável e

para a restauração da viabilidade operacional e financeira da empresa.

Neste escopo, este artigo tem como objetivo demonstrar que a ascensão da empresa, notadamente atrelada à superação da situação de crise econômico-financeira, está intimamente ligada ao fator de integração das estratégias do processo de recuperação judicial, consubstanciadas no plano recuperacional, com uma nova forma de se fazer o negócio, materializada nas práticas de governança corporativa, o que, inevitavelmente, contribuirá para o desempenho organizacional e também econômico da empresa, de modo a permitir a sustentabilidade e a resiliência da própria atividade empresarial, sem deixar de observar a sua função social, o interesse dos credores e demais partes interessadas (*stakeholders*).

Dessa forma, através de uma análise detalhada de como essas práticas influenciam os resultados do processo de recuperação judicial e como contribuem para o soerguimento das empresas, verificar-se-á o inevitável reequilíbrio da relação dos credores junto à empresa devedora, em estado de insolvência, o que favorecerá o reestabelecimento da atividade empresarial de forma sustentável. Vejamos.

1 As boas práticas da governança e da responsabilidade corporativa como um norte para as empresas em crise

Inicialmente, são inúmeras as motivações que podem levar uma empresa saudável e em crescente evolução a se deparar com uma iminente crise. Essas motivações podem acontecer no dia a dia em que as decisões de rotina são tomadas pelos gestores, por pequenas estratégias equivocadas, projetos e estruturas de custo fora do valor razoável de mercado, posicionamentos de resistência a mudanças necessárias, motivações essas que, ao longo dos meses, vão se acumulando e conduzindo a organização à incapacidade de gerar receita, de organizar os custos e arcar com as suas responsabilidades.

Entre as possíveis motivações do fenômeno da insolvência, a ineficiência da gestão financeira talvez seja uma das mais relevantes, incluindo o planejamento inadequado de fluxo de caixa e investimentos. As organizações que não monitoram de perto suas finanças podem enfrentar problemas inesperados, como a falta de liquidez para cobrir despesas operacionais ou imprevistos. Muitas vezes, a falta de uma estratégia financeira sólida e a incapacidade de ajustar-se a mudanças no mercado contribuem para crises financeiras.

Além disso, a dependência excessiva de poucos clientes ou mercados pode tornar uma empresa vulnerável a choques externos. Quando uma empresa concentra suas receitas em um número reduzido de clientes ou mercados específicos, qualquer alteração na demanda ou problemas econômicos nesses segmentos podem ter um impacto desproporcional nas finanças da empresa. O relatório da McKinsey & Company¹ destaca que a diversificação de receitas e mercados é uma estratégia crucial para mitigar esses riscos, e a falta dela pode acelerar a crise financeira.

Outro fator relevante é a incapacidade de inovação e adaptação tecnológica. No ambiente de negócios moderno, a evolução rápida das tecnologias e a necessidade de adaptação às novas tendências são cruciais. Empresas que não investem em inovação e tecnologia podem se tornar dispensáveis, perdendo competitividade e relevância no mercado. Conforme descrito por Christensen (2003, p. 12) em seu trabalho sobre inovação disruptiva, a falta de adaptação às novas demandas pode levar empresas a uma crise financeira ao perderem espaço para concorrentes mais ágeis.

Além disso, as crises econômicas e mudanças no ambiente regulatório também podem desempenhar um papel significativo. Alterações inesperadas em políticas econômicas ou regulamentações podem impactar os custos operacionais e a viabilidade financeira das empresas. Segundo o relatório do FMI de 2021², eventos macroeconômicos como recessões e mudanças políticas podem criar um ambiente desafiador, mesmo para empresas bem estabelecidas. Esses fatores externos, combinados com uma gestão inadequada e a falta de adaptação, podem precipitar crises financeiras em empresas que, à primeira vista, pareciam estáveis e saudáveis.

Por fim, a insolvência pode advir também de decisões que provocam movimentos abruptos e rápidos, os quais não oportunizam o tempo necessário para nova reorganização, como decisões de investimentos equivocados, decorrentes de alterações e obrigações legais, fiscais, inclusive questões políticas e de imagem, conduzindo a empresa para o declínio empresarial.

Desta feita, o impacto que aflige a organização, seus colaboradores diretos, indiretos, bem como todos os stakeholders, como fornecedores, clientes, meio ambiente, comunidade, decorrente da insolvência empresarial ocasiona prejuízos, muitas

¹ Disponível em: <https://www.mckinsey.com.br/our-insights/navigating-inflation-a-new-playbook-for-ceos>. Acessado em 06.09.2024

² Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2021/eng/downloads/imf-annual-report-2021-pt.pdf>. Acessado em 29.08.2024.

vezes, irreversíveis para o entorno, justificando, portanto, que a gestão das empresas merece cada vez mais um olhar cuidadoso e capaz de implementar ferramentas de detecção de crises, mediações e reestruturação para dar continuidade no trabalho que alavanca e movimenta a economia.

Verificada a incapacidade em solver com os compromissos assumidos, e diante de evidente declínio empresarial, a Lei 11.101/2005 se mostra um remédio capaz para implementar projeto de soerguimento da atividade, honrando os credores envolvidos e também a função social pretendida, visando à superação do equilíbrio econômico-financeiro em organizações viáveis.

No entanto, se o foco é soerguimento, é preciso implementar ferramentas de governança e integridade para o monitoramento e a obtenção das informações mais relevantes para as tomadas das decisões estratégicas, a fim de dar transparência e equilíbrio às informações e decisões durante todo o processo recuperacional, uma vez que, para o processo de recuperação judicial de empresas em crise, garantir um monitoramento eficaz e a obtenção das informações mais relevantes para as decisões estratégicas pode significar a inclusão de sistemas robustos de controle interno e práticas de transparência que permitem uma visão clara e precisa da saúde financeira e operacional da empresa para todos os envolvidos.

Neste ínterim, de acordo com a literatura sobre governança corporativa, como destacado por Tricker³, a adoção de políticas e procedimentos claros ajuda a assegurar que as informações sejam devidamente avaliadas e utilizadas, promovendo um processo decisório mais informado e responsável durante a recuperação judicial.

Além disso, a transparência e o equilíbrio nas informações são cruciais durante o processo recuperacional. A aplicação de práticas de governança corporativa e integridade garante que todas as partes interessadas, incluindo credores, acionistas e a administração, tenham acesso a dados financeiros precisos e atualizados. Isso não apenas ajuda a construir confiança, mas também permite a tomada de decisões baseadas em uma compreensão clara da situação financeira da empresa.

Neste ponto, a transparência é um pilar essencial para restaurar a confiança dos investidores e melhorar a eficácia da recuperação judicial.

³ Tricker, B., & Tricker, R.I. (2015). *Corporate Governance: Principles, Policies, and Practices*. Oxford University Press.

O mapeamento de riscos é outro componente vital na recuperação judicial, pois possibilita identificar e mitigar potenciais problemas que podem impactar negativamente a recuperação da empresa. Ferramentas de governança eficazes facilitam a avaliação contínua dos riscos associados às operações e estratégias da empresa.

O *Committee of Sponsoring Organizations*⁴ (COSO), Comitê das Organizações Patrocinadoras da Comissão Nacional sobre Fraudes em Relatórios Financeiros, em 2007, divulgou um trabalho sobre o Gerenciamento de Riscos Corporativos e o definiu como:

É um processo conduzido em uma organização pelo conselho de administração, diretoria e de-mais empregados, aplicado no estabelecimento de estratégias formuladas para identificar, em toda a organização, eventos em potencial, capazes de afetá-la, e administrar os riscos de modo a mantê-los compatíveis com o apetite a risco da organização e possibilitar garantia razoável do cumprimento dos seus objetivos.

Ainda, o estudo ressalta a importância de uma abordagem estruturada para a gestão de riscos, que pode ajudar a identificar vulnerabilidades e desenvolver planos de mitigação adequados. E, assim, esse mapeamento não só auxilia na priorização das ações corretivas, mas também contribui para a estabilidade e o sucesso do processo de recuperação ao fornecer uma base sólida para a tomada de decisões estratégicas.

Desta feita, o senso de responsabilidade corporativa nas organizações em recuperação judicial pode ser essencial para o sucesso do processo, sendo tão crucial quanto o tecido estrutural da empresa, uma vez que a recuperação judicial não é apenas uma questão de reestruturação financeira, mas também de restaurar a confiança e a integridade da organização perante seus stakeholders.

De acordo com Roberts, Rapson e Shiers (2007, p. 388-400), a responsabilidade corporativa:

envolve práticas e valores que garantem que a empresa atue de forma ética e transparente, o que é fundamental para a reconstrução da credibilidade

⁴ COSO. Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada. Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil (Audibra) e Pricewaterhouse Coopers Governance, Risk and Compliance, Estados Unidos da América, 2007.

e para assegurar o suporte contínuo de credores, investidores e demais partes interessadas.

A implementação de um forte senso de responsabilidade corporativa ajuda a alinhar os interesses da administração com os objetivos de recuperação e a criar uma cultura organizacional voltada para a ética e a transparência.

Empresas em recuperação precisam demonstrar um compromisso firme com práticas responsáveis para recuperar a confiança dos stakeholders e facilitar o processo de renegociação de dívidas e reestruturação. Conforme o estudo de Elkington (2001), a integração de responsabilidade corporativa nas operações diárias não só melhora a reputação da empresa, mas também contribui para a criação de um ambiente de negócios mais estável e sustentável a longo prazo.

Ter consciência e transparência ao disponibilizar os seus dados, balanços, capacidade de curvas de crescimento e do pagamento das despesas e valores insolventes é basilar para a reestruturação do negócio.

Além disso, o senso de responsabilidade corporativa desempenha um papel crucial na criação de uma governança eficaz durante a recuperação judicial. A governança que valoriza a responsabilidade e a ética assegura que as decisões sejam tomadas de maneira justa e transparente, o que é vital para evitar conflitos de interesse e garantir que todas as partes interessadas sejam tratadas com equidade, haja vista que a responsabilidade corporativa fornece uma base sólida para a implementação de práticas que auxiliam na manutenção do equilíbrio e na integridade ao longo do processo recuperacional.

Ademais, o interesse no soerguimento e na longevidade tem que ser da empresa insolvente, juntamente com os seus procuradores, e não somente dos credores, administrador judicial, Ministério Público e Poder Judiciário.

Por fim, a responsabilidade corporativa é vital para o processo de recuperação porque promove a colaboração e o engajamento das partes interessadas na recuperação da empresa. Empresas que adotam uma abordagem responsável são mais propensas a obter o apoio dos credores e investidores, facilitando a renegociação de dívidas e a obtenção de novos financiamentos. Um compromisso claro com a responsabilidade corporativa durante a recuperação ajuda a garantir que a empresa possa superar a crise e emergir mais forte, mantendo uma base sólida de confiança e apoio no mercado.

2 Perspectivas da aplicação das medidas de integridade aos procedimentos da Lei n. 11.101/2005

Conforme amplamente discorrido no presente artigo, vimos que basta uma empresa estar operando no mercado e incorrer em algum dos vários fatores de riscos inerentes à sua atividade (*a exemplo, estratégias equivocadas, investimentos equivocados, políticas de saúde pública, econômica e fiscal*) para encontrar-se em uma situação de crise econômico-financeira que a impossibilita de seguir na sua vida empresarial, entregando produtos, serviços, e honrando com as suas obrigações creditícias, sem que se valha do instituto jurídico da Recuperação Judicial, com todos os seus requisitos, atributos e ferramentas plausíveis ao soerguimento.

É fato; torna-se, em muitos dos casos, uma questão de sobrevivência pôr energia e foco na reestruturação financeira e econômica da empresa em estado de insolvência e que está atra-vessando um processo de recuperação judicial, o que desaguará no competente Plano de Recuperação Judicial, instrumento no qual será apresentada, de maneira pormenorizada, a sua viabilidade econômica e financeira. Ainda, de forma clara e direta, serão indicadas as medidas adotadas para a superação da difi-culdade enfrentada pela empresa e qual será o projeto finan-ceiro para a satisfação dos créditos.

Acontece que, para além de todo esse esforço de demons-tração da viabilidade econômica da empresa, os empresários não podem se ater à condição de que o instituto da Recuperação Judicial por si só será o único remédio pertinente e apto a curar a sua empresa do estado de insolvência, de modo a colocá-la novamente no trilho da saúde econômico-financeira rumo à melhora dos resultados, vide, neste ponto, a quantidade de empresas que não soerguem, isto é, não se mantêm no merca-do, após pedir a Recuperação Judicial, de acordo com os estu-dos divulgados pelo Serasa Experian.

Veja-se que, diante de uma crise profunda e extensa, é inconteste a ocorrência de mudanças marcantes não só do pon-to de vista econômico-financeiro de uma empresa, mas também e, sobretudo, na forma de se fazer negócios. Longe de qualquer traço de conformismo, ao empresário cabe transformar o seu negócio, momentaneamente em estado de saúde financeira crí-tica, fazendo dessa ameaça uma verdadeira oportunidade de evolução, principalmente em um momento em que a dinâmica empresarial requer, cada vez mais, a implementação de um pro-cesso de Governança Corporativa nas empresas, à luz das seguin-

tes ferramentas: a Inovação e Tecnologia, Maior Eficiência e Transparência, Responsabilidade Corporativa e uma melhor orientação e oportunidade de participação dos stakeholders.

Sobre isso, entendemos que a ascensão da empresa, notadamente atrelada à superação da situação de crise econômico-financeira, está intimamente ligada ao fator de integração das estratégias do processo de recuperação judicial, consubstanciadas no plano recuperacional, com uma nova forma de se fazer o negócio, materializada nas práticas de governança corporativa, o que, inevitavelmente, contribuirá para o desempenho organizacional e também econômico da empresa, de modo a permitir a sustentabilidade e a resiliência da própria atividade empresarial, sem deixar de observar a sua função social, o interesse dos credores e demais partes interessadas (*stakeholders*).

Nesse sentido, à luz do que a pesquisa do Serasa Experian alhures mencionada revela, a cerca de como o instrumento da recuperação judicial talvez não esteja cumprindo de forma eficiente o objetivo para o qual foi gerado, aliado ao fato da atual realidade empresarial, resta-nos inferir que, com senso de urgência, carece às empresas em estado de insolvência aderir às mudanças dos paradigmas empresariais, com o intuito de não só reorganizar o contexto econômico-financeiro do negócio, mas também implementar fatores de governança, a exemplo da prevenção e do controle em face dos riscos de prejuízos que expõham a organização à falência de sua estrutura e atividades.

Diante desse contexto, partindo-se da premissa de que a recuperação judicial de uma empresa, em estado de insolvência, possui como objetivos gerais preservar a empresa, manter os empregos, os contratos existentes e as condições financeiras da organização, nos termos do artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, defendemos que temos que, primordialmente, o respectivo instrumento do Plano de Recuperação , o qual, por lei, deve traduzir esses propósitos, mediante a discriminação detalhada dos meios de recuperação, o laudo de viabilidade econômica e a avaliação dos bens e ativos da empresa em recuperação, promova a vinculação direta às estratégias de governança corporativa.

Segue o artigo de lei supramencionado (artigo 47 da Lei n. 11.101/2005):

"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 trabalhado-

res e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Como o Plano de Recuperação apresenta mecanismos de impactos diretos na estrutura empresarial, nas atividades e nos interesses dos sócios, empregados, credores e demais partes interessadas, revela-se de suma importância a observância dos impactos da governança desde a concepção do instrumento, ao seu desenvolvimento/execução/fiscalização, até ao seu êxito.

Além desses aspectos de controle e conclusão do plano recuperacional, mostra-se de extrema valia a demonstração de ferramentas de revisão dos processos decisórios e do exercício do poder de controle sobre a empresa em estado de insolvência, dos controles internos, da prestação de contas e das informações de gestão (planejamento estratégico, por exemplo), tudo isso, pois, para que os responsáveis por aprovar ou rejeitar o plano proposto (credores) aumentem a confiança na organização e tornem-se número suficiente a apoiar o plano de reestruturação da empresa, nos termos do artigo 45 da Lei 11.101/2005. Sem olvidar os impactos gerados a uma gama extensa de stakeholders, como investidores, empregados e fornecedores, na medida em que se restabelece a confiança frente ao mercado e aumenta-se o valor da empresa, mantendo-se competitiva nas relações comerciais.

Desse modo, a implementação de medidas de governança é essencial não somente para o sucesso da gestão empresarial, mas também para o desfecho exitoso do processo de recuperação judicial de uma empresa em estado de insolvência, fazendo-se imperioso que os empresários apresentem as soluções e os planos eficientes para o soerguimento da corporação e que os stakeholders, interessados na continuidade da empresa, compreendam a necessidade da implementação dessas medidas.

Oportunamente, vale mencionar que, em que pese a sapiência acerca da importância da governança corporativa não somente para o êxito da recuperação judicial, mas também para a reestruturação interna das empresas em estado de insolvência, temos que todo esse contexto vantajoso ainda fica no conceito abstrato de como se fazer negócios. Isso porque os empresários, muitas das vezes, ou não conhecem acerca do processo necessário a se implementar (conjunto de regras e procedimentos), ou mesmo não o valorizam, por total ausência de cultura corporativa, consubstanciada nos valores, nas atitudes

e nos comportamentos que permeiam a organização empresarial como um todo.

E essa realidade tem refletido sobremaneira nos processos de recuperação judicial das empresas em estado de insolvência. Isso porque se tem que há pouca ou nenhuma previsão quanto à implementação de medidas de governança como mecanismo para a recuperação das empresas, através da formulação dos planos de recuperação judicial. E, pior, ainda é menor a quantidade de empresas em recuperação judicial que, apesar de preverem medidas de governança em seus planos recuperacionais, de fato as implementam no dia a dia da empresa, conforme pode-se inferir dos dados da pesquisa realizada no âmbito da 2ª Fase do Observatório de Insolvência, desempenhado pelo Núcleo de Estudos e Processos de Insolvência (NEPI - PUC/SP), em conjunto com a Associação Brasileira de Jurimetria .

Veja-se que a pesquisa anteriormente mencionada fora realizada com o fito de se averiguar a existência de previsão nos Planos de Recuperação Judicial dos meios de governança precisos para o deslinde da recuperação e se realmente foram colocados em prática. E, sobre isso, os pesquisadores certificaram que, de um contexto de mais de 95 (noventa e cinco) planos de reuperações judiciais analisados, apenas 31,6% (trinta e um, vírgula seis por cento) das empresas recuperandas fazem menção aos mecanismos de governança em seus processos de soerguimento. E, desse universo de empresas que demonstraram interesse em aplicar as medidas de governança, apenas 20% (vinte por cento) efetivamente cumpriram com o disposto no Plano de Recuperação Judicial.

E esse cenário se apresenta não só porque há pouco conhecimento, treinamento e/ou valorização das práticas e normas de governança corporativa, mas também porque as disposições trazidas não possuíam o condão de vincular obrigatoriamente a empresa recuperanda em cumprir com as disposições, sendo, muitas vezes, abordado como uma possibilidade de se implementar as medidas, de modo que a somatização dessas circunstâncias potencializa a “*tempestade perfeita*”, qual seja, a de que, na realidade, apenas 6,6% (seis vírgula seis por cento) das empresas em recuperação judicial se preocupam verdadeiramente com a governança corporativa como meio de se alcançar o soerguimento da atividade empresarial.

Podemos inferir que, seja por uma questão ou por outra, o pensamento sustentável na administração dessas empresas em estágio de crise ainda é um elemento pouco importante aos empre-

sários/gestores, assim como para os demais stakeholders (sócios, credores, clientes, funcionários, fornecedores, causídicos e juristas), que poderiam ser agentes ativos nas estratégias de recuperação.

Agora, é importante consignar que, à luz dessa baixa integração governança corporativa X recuperação judicial, e, por forças de pressão de mercado e globalização econômica, o poder público brasileiro, por meio da Controladoria-Geral da União (CGU), instituiu um programa que busca estimular empresas que atuam no país a assumir, de forma voluntária, um compromisso público com a integridade empresarial e a governança corporativa.

Esse programa restou denominado de Pacto Brasil pela Integridade Empresarial (“Pacto Brasil”) e, como adiantado anteriormente, tem como objetivo estimular a cultura de integridade nos negócios do país, permitindo que as empresas assumam um compromisso público com a integridade empresarial e a boa governança, visando à prevenção de fraudes, corrupção e outros comportamentos antiéticos, em troca, além de benefícios reputacionais, também de oportunidades comerciais ao atrair parceiros, investidores e colaboradores que compartilhem dos mesmos valores.

Nesse diapasão, ao assinar o pacto, as empresas se comprometem a fortalecer a cultura de compliance e transparência, a manter altos padrões de integridade e governança, criando um ambiente de negócios mais transparente e confiável.

O Pacto Brasil Integridade Empresarial intenciona, como medidas efetivas à promoção da ética e da justiça, a implementação de políticas claras sobre ética e conduta, treinamentos regulares para os colaboradores diretos e indiretos, canais e mecanismos de denúncias de irregularidades, visando, desse modo, identificar e mitigar os riscos de corrupção e condutas antiéticas e ilícitas.

A criação e estruturação de um **código de conduta** se mostram essenciais para os negócios, e, em especial, para os negócios que visam ao soerguimento. Desta forma, o estabelecimento claro dos valores da empresa e das práticas que são esperadas de todos os colaboradores, gestores e acionistas se revela caminho irretocável a ser trilhado.

Ainda, para que a governança seja efetiva, é necessário estruturar a empresa com base em práticas sólidas e bem definidas, tendo como pilar estrutural a **transparência**. Assim, o Pacto Brasil Integridade Empresarial incentiva a adoção de condutas de divulgação das informações vitais do negócio, tais como relatórios financeiros, políticas, mecanismos de tomadas de decisões, de maneira ampla e eficaz, com a finalidade, pois, de construir confiança entre todos os envolvidos.

A orientação no sentido da implementação de um **Conselho de Administração** é um dos primeiros passos, já que ele garante que as decisões estratégicas sejam tomadas de forma objetiva e com foco nos interesses da empresa a longo prazo. Esse Conselho deve ser composto por membros da organização, mas também por profissionais externos que possam trazer uma visão imparcial e especialista para o negócio.

A implementação de **auditorias independentes** e de um compliance sólido também é uma prática recomendada. Auditorias regulares ajudam a garantir que todas as operações estejam de acordo com os padrões estabelecidos e evitam possíveis desvios ou fraudes. O compliance, por sua vez, é responsável por garantir que a empresa esteja em conformidade com todas as leis e regulamentos vigentes, além de reforçar a importância da ética no ambiente corporativo.

O Pacto Brasil Integridade Empresarial, portanto, pode servir como referência na construção desse caminho, assegurando que ele esteja alinhado com as melhores práticas de integridade e ética empresarial.

No contexto das empresas em crise, adotar os princípios desse pacto pode ser um grande diferencial competitivo, garantindo que a empresa atue de forma ética e transparente, uma vez que esses conceitos podem ser especialmente úteis para empresas em estado de insolvência, em que os conflitos de tantas ordens podem facilmente interferir no sucesso do negócio.

3 Da efetiva estrutura e das boas práticas de governança e integridade nos processos recuperacionais

Do exposto anteriormente, em linhas gerais, tem-se que a recuperação judicial mostra-se muito além de um instrumento de renegociação de dívidas ou recuperação do negócio empresarial, na medida em que o instituto oportuniza que a empresa em estado de insolvência e os stakeholders identifiquem os problemas estruturais da organização e construam um plano que, efetivamente, possa soerguer a empresa.

E, nesse viés, a inserção da governança corporativa é de suma importância, já que detém como seu principal alvo a melhoria das práticas da empresa, o avanço dos índices de desempenho de forma sustentável, além de garantir proteção aos investimentos, aos credores e aos empregados.

Considerando, pois, a essencialidade da implementação das práticas de governança corporativa, sobretudo, nas empresas que

visam à reestruturação através da recuperação judicial, faz-se imperioso destacar que os preceitos de Inovação e Tecnologia, Maior Eficiência e Transparência, Responsabilidade Corporativa e Orientação e participação dos stakeholders possuem um papel fundamental no cumprimento das medidas de integridade propostas, e, por conseguinte, no restabelecimento da confiança entre as partes envolvidas no processo recuperacional, aproximando-as das metas em comum, em suma, o pagamento dos créditos e o soerguimento da empresa.

Porém, é importante ressaltar que não existe uma “receita de bolo” para a implantação da governança nas empresas, uma vez que cada empresa deve adotar as práticas coerentes com o seu estágio da evolução, o seu mercado e os seus stakeholders, tudo isso à luz da cultura de cada empresa, analisando e considerando desafios para a criação de uma estratégia.

E, neste ponto, tendo em conta que o futuro da recuperação de empresas reside em um olhar sistêmico e multifacetado, espera-se que em cada uma dessas facetas a governança seja contemplada, levando-se em conta os preceitos/pilares anteriormente mencionados.

3.1 Inovação e Tecnologia

A incorporação de tecnologias é uma inovação crucial para enfrentar os desafios na governança corporativa, assim como no processo de recuperação judicial de uma empresa em estado de insolvência.

Sabendo-se da complexidade dos processos de implementação da governança corporativa e de recuperação judicial, tem-se que, com o entendimento das respectivas fases, é possível pensar nos vários momentos em que a tecnologia pode ser inserida. Atualmente, os softwares atualizados e as plataformas que fazem uso da inteligência artificial (IA) costumam ser aplicadas para realizar tarefas específicas e para auxiliar a empresa com as mudanças.

No aspecto de gestão, certos softwares presentes no mercado realizam o armazenamento e a análise de dados dos últimos anos da empresa, o que pode levar a um entendimento maior da situação atual, de crise ou não. Outros podem oferecer uma predição dos acontecimentos, o que leva os empresários a seguir caminhos mais assertivos e com menos riscos.

Além disso, algumas outras tecnologias podem ser aplicadas para que os empresários e colaboradores se mantenham or-

ganizados e conectados ao novo propósito e objetivo criado, garantindo-se precisão e eficiência na gestão de práticas sustentáveis.

Por outro lado, no âmbito dos processos de recuperação judicial, nos últimos anos teve-se uma acentuada aceleração do uso da tecnologia, mormente diante do contexto pandêmico vivenciado nos anos 2020/2022, o que fez com que plataformas online fossem criadas para assembleias de credores e os processos se tornassem digitais, promovendo, desse modo, uma maior transparência nas operações judiciais.

Além disso, com o avanço das tecnologias, a fiscalização das atividades das empresas em recuperação está se tornando mais eficaz. Isso inclui o uso de ferramentas de monitoramento em tempo real, as quais ajudam a garantir que o plano de recuperação seja seguido à risca.

Desta feita, fato é que o uso da tecnologia avançada contribui para a assertividade e a agilidade da tarefa de extrair informações relevantes, notadamente, impactantes para o processo de tomada de decisões estratégicas.

3.2 Maior Eficiência e Transparência

Como forma de dar transparência à situação econômica e geral de uma empresa, mostra-se de suma relevância que as informações não ficam limitadas a alguns poucos gestores de uma empresa. A democracia na distribuição da informação a todos os integrantes de uma organização empresarial promove o envolvimento, o alinhamento e a compreensão dos processos adotados.

Sobre isso, destaca-se que a transparência envolve divulgar informações acerca dos negócios, acordos comerciais, políticas internas, contratos, infraestrutura, entre outros pontos, como a divulgação dos resultados, decisões e estratégias, de modo que os agentes envolvidos em uma organização empresarial/stakeholders possam compreender a sua performance.

Na prática, esse é um dos pilares da governança corporativa mais importantes, porque dita o quanto uma organização empresarial precisa ser clara nas suas informações para alcançar a confiança do mercado.

E, nesse norte, em se tratando de processos de recuperação judicial, tem-se que a transparência é observada de maneira meramente formal, apenas, pois, em cumprimento a um requisito estabelecido para a apresentação de documentos e informações solicitadas pelo juiz e pelo administrador judicial, como:

apresentação de demonstrações contábeis, apresentação dos balancetes da empresa, relatórios de sua atuação, etc.

Contudo, a aplicação da transparéncia de forma limitada não contribui para a atração dos stakeholders como agente ativo nas estratégias de recuperação, com o fito de identificar as falhas e montar um cenário propício para o soerguimento da empresa. Isso porque, sem um cenário de total transparéncia, não existe confiança.

Veja-se que gerar confiança entre as empresas em crise e entre os agentes destas relações é fundamental, e, para isso, é necessário que as melhores práticas de governança corporativa sejam implementadas e realmente efetivadas pela gestão de reestruturação.

Nesse contexto, à luz do pilar da transparéncia, além de todas as informações de gestão, verifica-se a necessidade de se expor aos credores e ao mercado a viabilidade do negócio, a possibilidade de reversão da crise extrema, e a intenção em atingir os fins almejados para o soerguimento empresarial.

Tem-se, pois, que a transparéncia em toda a operação empresarial é essencial, já que, inclusive, os investidores precisam de informações concisas para avaliar os riscos de cada investimento, assim como a aplicação das boas práticas de governança e de um plano de recuperação efetivo são basilares para o retorno dos investimentos externos e, consequentemente, a concretização da reestruturação.

3.3 Responsabilidade corporativa

Sobre a responsabilidade corporativa, conforme determina o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, principal instituição nacional de governança corporativa, as empresas devem se preocupar com o resultado a longo prazo de suas atitudes, visando à longevidade do ciclo de vida empresarial.

À luz desse pilar, resta imperioso compreender, especialmente diante de empresas em estado de insolvência, que não basta resolver os problemas imediatos; é preciso pensar no futuro da empresa. E, nesse ponto, aliar a capacidade de resiliência dos stakeholders, alinhados e focados em recuperar a empresa no curto prazo, com a habilidade de antecipar ameaças e oportunidades de um mercado reflete em sustentabilidade e longevidade da empresa durante o tempo, assegurando os retornos que as empresas geram para o país, através do recolhimento de impostos e da geração de empregos.

3.4 Orientação e participação de todos os stakeholders

Um negócio deve gerar diferentes valores para todas as partes interessadas, os chamados stakeholders, compreendidos como o conjunto de atores que, direta ou indiretamente, guardam relação com uma empresa.

E, trazendo esse contexto para o âmbito da recuperação judicial, verifica-se imprescindível que as empresas em estado de insolvência tragam para próximo do processo e da reestruturação todos os stakeholders para buscar a resolução dos interesses de cada parte envolvida na demanda.

Veja-se que o estado de insegurança que se instala entre o empresário e todos os stakeholders precisa ser gerido por normas que assegurem padrões mínimos de confiabilidade negocial, sob a intenção de que todos os interesses conflitantes sejam solucionados em um processo de recuperação.

Em realidade, nota-se que os credores estão mais engajados e participativos, influenciando as decisões durante o processo de recuperação judicial, e isso tem levado a negociações mais equilibradas.

Portanto, essa inter-relação deve estar baseada na transparência e em outros princípios com o propósito de reconquistar a confiança entre as partes e aproximar-se do propósito maior, notadamente, o soerguimento da empresa.

Conclusão

Temos que são vários os fatores de riscos que levam a uma empresa experenciar uma situação de crise econômico-financeira que a impossibilita de seguir na sua vida empresarial, fazendo-se necessária a utilização do instituto jurídico da Recuperação Judicial, com todos os seus requisitos, atributos e ferramentas plausíveis ao soerguimento.

Nesse diapasão, constata-se que a recuperação judicial traz benefícios essenciais para as empresas em estado de insolvência, notadamente por conceder um espaço negocial e conferir espaço para a organização da empresa.

Acontece que restou amplamente demonstrado que, juntamente com a instauração do processo de recuperação judicial, há a necessidade de se correlacionar as melhores práticas de integridade e governança corporativa, assegurando-se o sucesso de um plano de recuperação judicial e o projeto de reestruturação como um todo.

Isso porque as empresas em geral que atuam de acordo com as melhores práticas do mercado acabam alcançando maior facilidade de acesso a investimentos/crédito novo, os quais são de suma importância para sua longevidade no aspecto empresarial e recuperacional, dado o fato de restabelecimento da confiança frente ao mercado e aos stakeholders, o que proporciona uma recuperação verdadeiramente exitosa, assegurando, assim, a função social de uma empresa.

Desta feita, é possível concluir que um plano de recuperação bem-sucedido pode evitar a falência, proteger empregos e garantir que a empresa continue contribuindo para a economia. E isso atrelado à adoção de comportamentos transparentes, cooperativos e isonômicos no âmbito das empresas, tem-se estabelecido o reequilíbrio da relação dos credores junto à devedora, a prevenção de fraudes e atos de corrupção, situações que se mostram determinantes e de grande valia para o reestabelecimento da atividade empresarial de forma sustentável.

Referências

- CHRISTENSEN, C.M. **O crescimento pela inovação:** como crescer de forma sustentada e reinventar o sucesso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- COSO. **Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada.** Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil (Audibra) e Pricewaterhouse Coopers Governance, Risk and Compliance, Estados Unidos da América, 2007.
- COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência:** Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, Atualizada até Novembro de 2023 (de acordo com a Lei 14.112/2020 e com a rejeição dos vetos presidenciais. Imprenta: Curitiba, Juruá, 2024.
- ELKINGTON, John. **Canibais com Garfo e Faca.** São Paulo: Makron Books, 2001.
- FMI, **Relatório Anual do FMI.** 2021. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2021/eng/downloads/imf-annual-report-2021-pt.pdf>. Acessado em 29.08.2024.
- IBGC Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa.** 6. ed. 2023. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=24640>. Acesso em 10.09.2024.
- LAMY, Eduardo de Avelar. LAMY, Anna Carolina Faraco. **Compliance Empresarial.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MCKINSEY. Relatório: **Um novo manual para os CEOs.** Disponível em: <https://www.mckinsey.com.br/our-insights/navigating-inflation-a-new-playbook-for-ceos>. Acessado em 06.09.2024

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. "Apontamentos sobre as garantias civis na recuperação judicial e na falência." Em **Recuperação de empresas e falência:** diálogos entre a doutrina e jurisprudência, por Daniel Carnio COSTA, Flávio TARTUCE e Luis Felipe SALOMÃO. Barueri: Atlas, 2021.

ROBERTS, C.; RAPSON, D.; SHIERS, D. **Social responsibility: key terms and their uses in property investment.** Journal of Property Investment and Finance, vol. 25, n. 4, p. 388 400, 2007.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: SaraivaJur, 2023.

Tricker, B., & Tricker, R.I. (2015). **Corporate Governance:** Principles, Policies, and Practices. Oxford University Press.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial:** Falência e Recuperação de Empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando, Judicial Restructuring. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo.** 2ª Fase do Observatório de Insolvência. 26 de abril de 2019). Acessível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3378503> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.337803>>

A categoria causal nos contratos: breves reflexões sobre a concepção subjetiva e objetiva da causa

Gustavo Tanger Jardim

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul.

Mestre em Direito Civil pela UFRGS.

*MBA em Gestão Estratégica de Pessoas
pela UNIRITER/RS.*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo um exame refletido sobre a causa do contrato. Apesar de grande parte da comunidade jurídica entender que o assunto está ultrapassado, considerando que o Código Civil brasileiro não adotou a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, ainda existem muitas divergências entre os adeptos da teoria causalista e os da teoria anticausalista. O artigo procura aprofundar a análise dos argumentos causalistas e verificar a importância da categoria causal, tanto na ótica subjetiva como objetiva, partindo da doutrina e do direito comparado.

Palavras-chave: Negócios jurídicos. Teoria geral dos contratos. Causa do contrato. Utilidade da categoria causal.

ABSTRACT

This study aims to reflect upon the cause of the contract. Although much of the legal community understands that the issue is outdated, considering that the Brazilian Civil Code has not adopted the cause as a requirement for the validity of legal affairs, there are still many differences between supporters of causalist theory and anti-causal theory. Thus, the article seeks to deepen the analysis of causal arguments and to verify the importance of the causal category, both in the subjective and objective perspective, starting from the doctrine and comparative law.

Keywords: Legal affairs. General theory of contracts. Cause of contract. Utility of causal category.

Introdução

Apesar da pouca importância que alguns empregam à categoria causal, ainda há uma acalorada discussão transitando no mundo jurídico, permitindo uma atmosfera propícia para aprofundar o estudo sobre o tema. Partindo de uma definição da causa através de um viés próprio da filosofia, somos levados a conceber a causa como imanência, ou seja, origem de um determinado fenômeno. Tendo em mente essa premissa, a noção jurídica de causa contratual não diverge muito desse entendimento, concebendo a causa do contrato como a sua origem, ou seja, “o próprio fundamento do contrato” (MIRAGEM, 2017, p. 88).

Como se sabe, a causa no campo contratual apresenta conceitos perigosamente indeterminados e polivalentes, os quais lançam fundadas dúvidas sobre os que se aventuram a estudá-la de forma superficial. Ousamos a afirmar que a única unanimidade da doutrina é que existe grande divergência terminológica e conceitual sobre o tema.

A celeuma é tão candente que a causa do contrato acabou formalmente afastada do nosso ordenamento civil. Eis que de forma diversa do que estava previsto no Código Civil francês, o art. 104 do Código Civil brasileiro apresentou como requisitos de validade do negócio jurídico apenas o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei. Nesse ponto, importante lembrar a ponderação de Luciano Penteado (2013, p. 118), ao referir que:

Há tantas correntes doutrinárias sobre o tema que nenhuma delas pode ser aceita como a preponderante. As consequências dogmáticas do causalismo não estão precisadas e especificadas. Há uma fuga para a ideia de invalidade, mas não há precisão na categoria, o que seria desejável.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 332), “a noção de causa continua a ser tido como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil”. De qualquer maneira, o tema é tão imbricado que desafia grande discussão semântica ainda não superada, pois parte da doutrina, além de um viés subjetivo, também entende a causa como motivo ou ligada à função social do contrato. Em que pesem as abordagens divergentes que foram travadas entre causalistas e anticausalistas ao longo de décadas, a discussão reacendeu com a modificação do artigo 1.108 do Código Civil francês pela *Ordonnance n°2016-131 du*

10 février 2016, suprimindo a causa como requisito de validade do contrato.

Diante desse grande impacto que os causalistas sofreram, Marcelo Milagres (2018, p. 172) disparou que a alteração ocorreu para adequar o tema à realidade negocial:

O grande berço da teoria da causa, o Código Civil francês, recentemente, abandonou-a como requisito de validade do contrato. Trata-se de opção que se ajusta à realidade. Sempre foi muito difícil visualizá-la, distingui-la do próprio objeto ou das funcionalidades das manifestações de vontade, seja em uma abordagem intrínseca, seja extrínseca.

Assim, a discussão está novamente acesa e surge uma atmosfera extremamente propícia para uma nova reflexão sobre os velhos problemas. Estaria a teoria da causa do contrato viva ou sepultada definitivamente? As dificuldades conceituais que o tema sempre enfrentou sobrepujaram as certezas? Ou talvez o transcurso do tempo tenha esclarecido os pontos obscuros, e os anticausalistas obtiveram sucesso nessa histórica queda de braço? Enfim, não é à toa que diversas ordenações ignoraram a causa como requisito de validade, tais como o Código Civil alemão, o Código Civil português e, também, como já referido, o Código Civil brasileiro – seja o de Clóvis Beviláqua ou o de Miguel Reale.

Diante desse quadro de desconfiança sobre o problema, não podemos nos furtar de analisar as legislações estrangeiras sobre a causa, motivo pelo qual se entende que é de suma importância verificar suas origens dentro do contexto histórico. Da mesma forma, as peculiaridades até então contidas no ordenamento francês e no italiano emprestaram à causa um viés subjetivo e um objetivo, respectivamente. Por essa razão, também merecem ser verificados com bastante atenção.

1 Evolução histórica

O Direito Romano clássico não se preocupou em estruturar os contornos da causa no direito dos contratos, mas a usavam sistematicamente para resolução de problemas que surgiam em diversas relações contratuais. Ou seja, não foram os romanos que elaboraram uma doutrina geral sobre a causa nas relações contratuais, mas a utilizavam empiricamente sempre que o instituto se apresentava útil ao caso.

Naquela época, vigorava um profundo rigor vinculado à exigência de contratos típicos, motivo pelo qual era necessária a existência de uma causa natural ou jurídica para que a discussão fosse levada a juízo. Nas palavras de Luis Renato Ferreira da Silva (2013, p. 118), no campo do direito contratual, “reconheciam-se para um número limitado, ações que os protegiam e, portanto, apenas aqueles que revestissem os elementos típicos gerariam ação, *rectius*, teriam reconhecimento jurídico”. O grupo dos pactos vestidos à época foi classificado *re* (baseados essencialmente na entrega de uma coisa), *verbis* (vinculados à formalidade na pronúncia de palavras representativas da contratação), *litteris* (consistia em anotações contábeis realizadas pelo credor) e o *concensus* (eram muito restritos nessa época porque amparados na manifestação da vontade).

Nesse período, a vontade dos contratantes não estava albergada em uma categoria merecedora de grande relevo - pois diante da rigidez exigida -, o que interessava eram os elementos formais. Sem esses requisitos formais, não estaríamos diante de um contrato, mas de um mero “pacto nu” (sem amparo de uma ação), uma vez que o contrato se destinava a realizar simples deslocamentos patrimoniais, onde o elemento volitivo estava unicamente vinculado à capacidade das partes e não ao querer (esses “pactos vestidos” estavam garantidos de exigibilidade por ação).

Enfim, o contrato era uma mera forma de contrair uma obrigação, antes de ser um negócio jurídico como uma categoria geral e abstrata como a conhecemos hoje. Ensina Clovis do Couto e Silva (1997, p. 59) que, à época, “a causa admitia tantos conceitos quantas as espécies de contrato”.

Contudo, em algumas poucas passagens do Digesto, já era possível verificar pequenos excertos contendo a noção de causa no sentido de transposição patrimonial como “elemento explicativo do vínculo patrimonial criado” (SILVA, 2013, p. 30). Esse grande rigor formal atrelado aos contratos não gerava maiores problemas, pois a sociedade ainda não apresentava relações muito complexas e as relações econômicas eram muito simples.

Conforme Moreira Alves (1995, p. 123), a compra e venda das coisas, por exemplo, funcionava como uma dupla tradição: da coisa e do preço. Não se concebia a possibilidade do contrato ser uma categoria geral e abstrata, eis que eram reconhecidos apenas alguns tipos de contratos afastados de um acordo de vontades, seguindo apenas um viés objetivo baseado na obser-

vância de formalidades ou a entrega da coisa. Ou seja, a ideia de consentimento foi deslocando “a regra do sinalagma para dizer que a veste jurídica dos pactos era a simples manifestação do consentimento. Com isso, a causa passa para um segundo plano” (SILVA, 2013, p. 31).

Diante do crescente incremento de complexidade das relações sociais, constatou-se que esse sistema típico se mostrava insuficiente e restou ampliada a importância da noção de causa como geradora de obrigações recíprocas. Durante o longo período que os institutos de direito contratual atravessam desde o Direito Romano até o advento do Código Civil francês em 1804, o conceito de causa nos negócios jurídicos acabou recebendo notoriedade, pois ganhou um sentido fundamental nas relações negociais com a sua utilização como um substrato ético do negócio obrigacional.

Ao longo da Idade Média, os Glosadores foram os que conceberam, em seus estudos, a existência de uma causa natural e causa civil e introduziram nos estudos sobre contratos uma ideia que transcende o simples aspecto material, buscando uma justificativa comum a negócios tão distintos como a *stipulatio* e os pactos simples. Nesse ponto, lembra Luis Renato Ferreira da Silva que “o certo é que começa a se perceber o elemento volitivo passando a assumir papel unificador” (2013, p. 47).

Ainda durante o medievo, a doutrina dos pactos atraiu profundamente o interesse da Igreja, eis que o clero detinha um importante papel político perante a sociedade da época e pregava que as pessoas deveriam ter uma vida correta para ingressar no Reino de Deus. Seguindo os postulados da fé e os rigores das penas que a Igreja aplicava aos que desafiavam as regras, o caráter moral da palavra dada passou a ter grande importância, criando uma atmosfera em que a palavra empenhada no momento de contrair a obrigação contratual era fundamental.

Diante desse entendimento emprestado ao assunto pelos canonistas, a palavra empenhada no pacto era importantíssima, tendo menor interesse as consequenciais civis do descumprimento. Corroborando esse entendimento, Judith Martins-Costa (1989, p. 218) nos mostra que a noção de causa sofreu importante mutação durante esse período:

Por volta do século XIII o Direito canônico, hostil ao formalismo advindo dos romanos, buscou o triunfo de uma interpretação que considere o *fim*, mais do que a obrigação. Para tal mister, os dou-

tores da Igreja, os canonistas, os moralistas e teólogos passaram a elaborar um sistema onde a força de uma obrigação contratual depende de sua causa. A técnica jurídica combina-se a um fundo de conceitos morais totalmente estranhos ao Direito romano e toma uma nova extensão.

Observa-se que foi introduzida a ideia de vontade válida como causa da manifestação da vontade, vinculando-a com uma regra de finalidade, ou seja, o campo contratual começou a apresentar uma ideia de causa final ou a razão pela qual se fazia o ato.

Refletindo sobre esse breve apanhado histórico, foi possível perceber que o instituto jurídico da causa dos negócios jurídicos sofreu grande influência do pensamento dominante de cada época. Por fim, esse apanhado de reflexões sobre a causa lapidadas durante o passar do tempo chegou ao final do século XXVIII maduro para ser sistematizado. Para realizar essa obra, foi de curial importância o papel desempenhado pelos doutrinadores franceses Jean Domat e Robert Joseph Pothirer na estruturação da teoria da causa do contrato.

Diante da ligação umbilical à sistematização da noção de causa subjetiva desenvolvida na França, as peculiaridades de seus pensamentos serão abordadas no tópico referente à contribuição francesa para o tema. Aliás, é importante referir que, mesmo na França, existia um grupo de pensadores que entendiam o estudo da causa como um grande desperdício de tempo, pois acreditavam que ela se confundia com o objeto. Contudo, dentro do grupo de juristas que visualizavam a importância da causa no contrato, se formaram duas escolas doutrinárias: a tradicional ou subjetivista e a objetivista (GOMES, 2016, p. 276):

Os causalistas cindem-se, tomando caminhos bem diversos. Bifurcam-se em duas correntes: a dos adeptos da concepção subjetiva da causa e a dos partidários da teoria objetiva. Para os subjetivistas clássicos, consiste o problema da causa em determinar o fundamento da obrigação contratual, indagando-se a razão para a qual é contraída. (...) Os objetivistas preocupam-se com a significação social do negócio e sua função, desprendendo a noção de causa de sua conotação psicológica, que dificultava distingui-la da motivação subjetiva. Partiram do exame da causa do contrato, no pressuposto de que o

ordenamento jurídico protege apenas os negócios jurídicos socialmente úteis.

Como se verifica, o exame da causa dentro do Direito está vinculado a duas premissas principais: a primeira é a validade do negócio jurídico; e a segunda, na utilidade do contrato para as partes, ou ainda, na função social do contrato. Logo, diante da ausência de unanimidade sobre o assunto, principalmente no que tange às premissas da doutrina que prestigia a categoria causal, torna-se de curial importância a análise dos principais argumentos que embasam esses pensamentos divergentes. Essa análise será realizada por meio do estudo da causa no sistema civil francês, com viés subjetivo, e do sistema civil italiano, o qual vincula a causa a uma visão objetiva.

2 A causa no sistema civil francês

A ligação do Direito Civil francês com a teoria da causa subjetiva é histórica. Essa simbiose teve origem na doutrina de J. Domat e Pothier, que influenciaram sobremaneira na transformação da causa como elemento de validade dos negócios jurídicos na antiga redação do artigo 1.108 do *Code*. Jean Domat definiu expressamente a causa e foi o primeiro a sistematizar de forma orgânica a teoria, emprestando coerência ao tema. Para tanto, o jurista desvinculou o tema da “causa-fonte”, que embasava o pensamento do Direito Romano e procurou distinguir a causa em agrupamentos de contratos. Em sua obra, por exemplo, foi realizada a distinção das causas em diversos modelos contratuais, como nos contratos sinalagmáticos e nos contratos reais.

Dentro dessa ótica, a causa rotineiramente estaria presente na dinâmica contratual, ganhando especial relevo nos contratos sinalagmáticos, permitindo uma verdadeira troca de prestações imersas em um vínculo causal. De forma esclarecedora sobre esse ponto, Luciano Camargo Penteado (2013, p. 106) ensina que “a causa é a representação mental da obtenção da contraprestação nos contratos sinalagmáticos, nos contratos reais, a entrega da coisa, nos aleatórios, o risco assumido”.

A causa, então, dentro dessa perspectiva, pode ser considerada conforme a ideia de Capitant (1927, p. 17), projetando-se adiante do contrato, conferindo uma visão para frente, conduzindo o relacionamento das partes e considerando o pensamento dos juristas que forjaram a teoria da causa, “se a obrigação

não tem nenhuma causa, ou, o que é a mesma coisa, se a coisa pela qual ela contratou é uma causa falsa, a obrigação é nula, e o contrato a que se refere é nulo" (PENTEADO, 2013, p. 79).

No Direito francês, poderíamos pensar a causa essencialmente vinculada à esfera volitiva para a formação de uma relação jurídica. Assim, as principais características da causa subjetiva no Direito francês estariam direcionadas à validade do vínculo, justificando a reciprocidade obrigacional. Francisco Amaral (2006, p. 418) entende que a teoria subjetiva da causa a considera como a finalidade do contrato, a intenção das partes, o seu propósito específico, ou seja, é a "representação mental das circunstâncias que está na base da vontade negocial".

Jean Domat estrutura seu pensamento na ideia da vontade como motor da obrigatoriedade, a ponto de ver na troca de prestações dos contratos sinalagmáticos nada mais do que a externalização desta vontade (SILVA, 1997, p. 51). Partindo desse contexto, o pensamento desenvolvido por J. Domat e Pothier estaria vinculado à causa da obrigação e não especificamente à causa do contrato. De acordo com a percepção de Torquato Castro (1947, p. 16):

A causa é procurada na obrigação de cada parte, donde decorre que o contrato poderá comportar tantas causas quantas as obrigações que dele o originem. A pluralidade de causas para um só ato – é assim, a consquência oficial dessa teoria, como o reconhecem os seus mais eminentes expositores. A causa, nesta concepção, é a 'causa da obrigação'. Causa, porém, que teria a virtude de, através da obrigação, interpor-se no próprio contrato, constituindo, por esse caminho, elemento essencial dêsse.

Em que pese a grande importância para o desenvolvimento do sistema contratual francês, a existência da causa como requisito de validade do contrato também foi muito combatida pela corrente denominada anticausalista, capitaneada por F. Laurent. Ensina Luis Renato Pereira da Silva (1997, p. 30) que os principais argumentos da teoria anticausalista estariam baseados na confusão com o objeto, o que tornaria essa figura inútil. Ainda, os anticausalistas entendem que é impossível fazer uma separação segura e nítida entre causa e motivo. Preleciona o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 153) que:

O anticausalismo, sustentado por Planiol e admitido por Clovis, entre outros, deveu seu relativo sucesso antes às dificuldades em se fixarem, seja o conceito, seja o papel jurídico da causa, que a qualquer consistência lógica.

Por fim, os anticausalistas defendiam que uma obrigação não podia ser causa do outro porque nasciam simultaneamente. Dentro desse viés crítico, afirma Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 338) que a gênese da experiência francesa manteve-se ligada à concepção subjetiva da causa, entendimento que teria tornado o elemento causal prescindível, pois estaria baseado na razão interna dos contratantes.

Talvez esse tenha sido o grande motivo para que os legisladores brasileiros optassem por preterir a causa como um dos elementos de validade do negócio jurídico, excluindo-a tanto do artigo 82 do Código Beviláqua, como do artigo 104 do Código de 2002.

No sistema civil francês, contudo, apesar desse ambiente aparentemente desfavorável e eivado de críticas contra os causalistas, a revisão do Código Civil francês efetuada no ano de 1884 optou por manter hígido o teor do artigo 1.108, prestigiando novamente a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos.

Enfim, entende-se que a concepção subjetiva reconhece na causa o motivo determinante pelo qual os contratantes decidiram se obrigar, ou seja, está alicerçado na ideia do que estaria “adiante”. Até a recente modificação legislativa operada pela *Ordinance n°2016-131 du 10 février 2016*, se não estivesse presente a causa, o negócio jurídico seria considerado nulo. Logo, por todo o conteúdo verificado até o momento, é possível constatar que o entendimento majoritário da doutrina francesa sempre esteve voltado para a ideia de causa subjetiva vinculada a obrigações, e não ao contrato.

3 A causa no sistema civil italiano

O Código Civil italiano de 1865, inspirando-se no Código de Napoleão, também adotou a causa como requisitos essenciais do negócio jurídico. Contudo, de forma diferente do que ocorreu no Direito Civil francês, a teoria da causa do negócio jurídico no Direito italiano evoluiu de forma diversa, emprestando à causa contornos objetivos. Exatamente por isso que a estrutura italiana passou a ser chamada de concepção objetiva da causa.

Quando nos debruçamos sobre o estudo da causa no Direito Civil italiano, o primeiro doutrinador que precisa ser consultado é Emílio Betti. Em sua obra, o ilustre jurista, que teve papel destacado na comissão que elaborou a reforma do Código Civil italiano em 1942, estrutura suas ideias partindo de uma premissa geral em que a causa do negócio jurídico seria uma espécie de instrumento socialmente verificável, para que a autonomia privada conseguisse atingir seu escopo de sociabilidade.

Assevera o mestre italiano que a “causa, bem entendido, não em sentido fenomenológico, mas teleológico e deontológico, atinente à exigência da sociabilidade que preside à função ordenadora do direito” (BETTI, 2003, p. 248).

Dentro desse contexto, a gama de possibilidades que emergem quando exercemos o espaço reservado à nossa autonomia privada não pode ser executada se apresentar oposição à função social. Importante ressaltar, por oportuno, que Emílio Betti não pregava uma posição antagônica entre a autonomia privada baseada na liberdade de contratar e a função social. Aliás, ao contrário, entendia que a autonomia privada empregava verdadeiro sentido à função social. Segundo o entendimento de Emílio Betti (1960, p. 177) sobre a causa:

La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata. Gli elementi necessari per l'esistenza del negozio sono anche elementi indispensabili della funzione tipica che è sua caratteristica. La sintesi loro, como rappresenta il tipo del negozio, in quanto negozio causale, così ne rappresenta anche la funzione tipica. Funzione economico-sociale del tipo di negozio, in quanto esplicazione di autonomia privata, la quale è un fenomeno sociale prima di divenire, col riconoscimento, un fatto giuridico. Invero, se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega, e non vi sarebbe atto giuridico che non avesse una 'causa' in questo senso, appunto perchè produttivo di effetti.

De acordo com o Código Civil italiano, em seu artigo 1.325, a causa se apresenta como um dos requisitos essenciais do negócio jurídico. Entretanto, considerando o contraponto desenvolvido pela doutrina italiana em relação ao viés subjetivo da causa, importante apontar a ressalva feita por Alberto Trabucchi,

(2012, p. 136) considerando que “la causa, così intesa, come proprio scopo imanente, come la ragione e funzione econômico-sociale di ciscum negozio, non si deve confondere con lo scopo individuale, con l’impulso che induce il soggetto al negozio, cioè, con il motivo”. Ou seja, o jurista italiano afasta qualquer vinculação da causa com o motivo que levou as partes a se obrigarem.

Como o negócio jurídico é um instrumento dinâmico de movimentação de riquezas, a causa deve possuir um viés objetivo, em que fique garantida a possibilidade de exercício da autonomia privada para obter um fim socialmente adequado.

A concepção objetiva se afasta, dessa forma, da intenção individual dos contratantes e se aproxima da função que “o próprio direito reconhece ou confere para determinado contrato (causa-função)”, como lembra Bruno Miragem (2017, p. 88). Dentro desse viés, seria necessário separar os interesses próprios dos contratantes (motivo) e sua conformação com a ordem jurídica, a qual concederia ao contrato a utilidade a ser promovida.

Assim, devemos entender a causa do contrato no Direito italiano como uma característica constante dentro da categoria do negócio realizado, pois todas as pessoas que celebram o mesmo tipo de contrato — compra e venda, por exemplo — perseguem praticamente o mesmo escopo prático, e o motivo impulsivo pelo qual resolveram celebrar o negócio normalmente não possui relevância.

Sobre o objetivo da causa no negócio jurídico, importante visitar os ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 153), que pondera existir uma predominância dessa visão para os adeptos da teoria causalista, sendo a “causa, a func’apó praítico-social, ou economico-social do negócio”.

Ensina Gerson Branco (2009, p. 74) que os motivos apresentam um nexo psicológico com a vontade de dispor e com o consenso; portanto, no caso concreto possuem certo direcionamento para a causa. “Todavia, não são elementos constitutivos da causa em razão de sua multiplicidade, pelo caráter interno, contingente e variável, quando não contraditórios.” Acrescenta o jurista sobre o pensamento de Emílio Betti ao sintetizar a visão objetiva da causa do Direito italiano:

A causa ou razão do negócio se identifica com a função econômico-social de todo o negócio, considerando despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalida-

de e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada (Branco, 2009, p. 76)

Dentro dessa linha de raciocínio sobre o tratamento empregado pela doutrina italiana à causa objetiva, importante referir a visão de Francisco Amaral (2006, p. 417), reforçando que, na “concepção objetiva, a causa é o requisito de validade, não dos contratos, mas do negócio jurídico em geral, conceituando-se como razão econômico-jurídica, o fim prático ou a função econômico-social do negócio”.

4 A causa no sistema civil brasileiro

O legislador brasileiro, ao se posicionar diante desse embate secular sobre a importância da causa nos negócios jurídicos, optou por seguir a linha do Código Civil alemão, adotando uma posição que foi classificada como anticausalista. Ou seja, assim como o BGB, o nosso Código não adotou a causa como elemento essencial do negócio jurídico, o que levaria a reconhecer a nossa Lei Civil como sendo avessa à causa.

Embora seja possível verificar em uma atenta leitura do Código Civil que a palavra causa está presente em inúmeras passagens, a sua presença não está vinculada às exigências de validade dos negócios jurídicos. Ensina Pontes de Miranda (1954, p. 100) que a causa é “a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de negócio jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”.

Porém, na oportunidade da elaboração do Código Civil de 1916, a doutrina nacional rejeitou a ideia de causa como elemento essencial dos negócios jurídicos. Dizem que Clóvis Beviláqua afastou a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos do artigo 82 porque entendia que fora um equívoco a sua inserção no artigo 1.108 do *Code Civil*. Entendia o jurista a ocorrência de erro semântico da tradução do termo *cose*, que seria “*chose*” (coisa) e não “causa”. Em suas próprias palavras, Beviláqua asseverava que, “como bem diz Planiol, a noção de causa é perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos”. (BEVILAQUA, 1958, p. 338)

Assim, sintetizando a estrutura da causa no ordenamento jurídico pátrio, referendado pelo - Código Civil de 2002, ponderou Caio Mário Silva (2018, p. 407):

o Código Civil não cogitou da sistemática da causa, parecendo ao legislador desnecessária a sua indagação, na integração dos requisitos dos negócios jurídicos, *in genere*, preferindo cogitar dela em circunstâncias especiais, como, por exemplo, na teoria do contrato aleatório, quando autoriza a sua anulação sob fundamento de que a parte não ignorava o desaparecimento da álea (art. 461); na exceção de contrato não cumprido (art. 476); na estrutura da repetição do indébito (arts. 876 e ss.); na nomeação do herdeiro ou legatário, que se pode fazer por certo motivo (art. 1.897) etc. Não considerou, porém, a causa como requisito do negócio jurídico.

Diante desse contexto, é claramente perceptível que — embora não esteja presente como pressuposto do ato jurídico — a causa do contrato está implícita em nosso sistema jurídico. Aliás, o comportamento do legislador ao afastar a causa dos negócios jurídicos do Código Civil fora criticado por Pontes de Miranda (1954, p. 354), afirmando que seria a mesma coisa que um professor de obstetrícia chegar à unidade onde estivessem internadas as parturientes e exigisse que todos nascessem “sem pernas”.

De qualquer maneira, lembra Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 334) que, muito embora o elemento causal não esteja expressamente previsto no ordenamento como um requisito para o contrato, ele lhe é inherente, pois a “causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”.

Se realizarmos uma leitura superficial das influências assimiladas na construção das bases do nosso Direito Civil, poderíamos concluir que restou formalmente consolidado o entendimento anticausalista em nosso ordenamento, pois a causa não estaria presente como elemento ou requisito do negócio jurídico. Contudo, uma afirmação bruta como essa merece ser lapidada, eis que não é razoável resumir a complexidade do tema a uma classificação simplista. Isso porque, como se observa do sistema civil brasileiro, o simples fato da causa não estar presente como requisito de validade do negócio jurídico não nos permite concluir, de forma apressada, que o ordenamento civil brasileiro é anticausalista.

Isso porque, se pensarmos nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, existe um fim almejado pelas partes que orienta

os contratantes no momento da formação do vínculo obrigacional. Ou seja, é possível afirmar que nesses casos existe forte interdependência entre as obrigações assumidas, de modo que a causa ganha grande destaque. Em casos como esses, ensina Junqueira de Azevedo (2005, p. 129):

Não são somente os contratos de troca (com ou sem equivalência) que são sinalagmáticos. O que, de fato, os caracteriza é que são causais, isto é, exigem causa – que, para distinguir de outros significados da palavra, causa, seria melhor se pudéssemos escrever Kausa. A causa, no sentido próprio (causa naturalis) é o deslocamento patrimonial que justifica outro deslocamento patrimonial. Uma obrigação é, então, causa da outra; por exemplo, na compra e venda, a obrigação de pagar o preço justifica a obrigação de entrega da coisa. A causa, no sentido fundamental (causa naturalis), é, pois, consubstancial aos contratos onerosos.

Dentro dessa visão, resta evidente que as vantagens patrimoniais buscadas pelos contratantes e que unem as obrigações assumidas são obtidas pela “exata e justa execução das prestações, como previstas no instrumento e admitidas como válidas pela lei e princípios aplicáveis” (MONTEIRO, 2015, p. 109).

Resta inexorável concluir, como já fizera Antonio Junqueira de Azevedo com o brilhantismo que lhe é peculiar, que “a causa pode não estar presente na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento jurídico como um todo”.

Não bastasse a visão de causa baseada na teoria subjetiva na nossa rotina contratual -- como ocorre no artigo 476 do Código Civil que apresenta a possibilidade da *exepctio non adimpleti contractus* --, a ideia de causa objetiva também ganhou força e está presente no nosso ordenamento civil.

Como refere Francisco Amaral (2006, p. 420), a evolução doutrinária de nosso Direito, embora relute em reconhecer a utilidade da causa no seu aspecto subjetivo, já está se orientando no sentido de “reconhecê-la e admiti-la, principalmente no aspecto de sua função social, próprio da concepção objetiva”. Da mesma forma, importante ressaltar a reflexão de Luciano Camargo Penteado (2013, p. 87) ao referir que “muitos artigos do Código, na verdade, acabam por adotar o conceito de causa para esboçar a solução de certos casos, embora não mencionem explicitamente o fato de estarem a adotar o causalismo”.

Dentro dessa lógica, é forçoso concluir que o sistema civil brasileiro não pode ser considerado puramente anticausalista como parte da doutrina que prega, eis que existem muitas situações em que a causa nas relações jurídicas negociais apresenta evidente protagonismo. Obviamente que precisa ser considerada a noção de que os causalistas ou anticausalistas classificariam os sistemas jurídicos apenas verificando a existência ou não da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos. Entretanto, observa-se que esse é um conceito pobre e impreciso, pois leva à falsa conclusão de que a causa do contrato não estaria presente no ordenamento como um todo.

Conclusão

Considerando a pesquisa realizada e o raciocínio estruturado ao longo deste artigo, foi possível verificar a relevância que a categoria causal encontra no campo contratual. Em que pese a inexistência de uma unidade conceitual sobre o tema, as diferentes percepções trazidas pela robusta divergência doutrinária acabam por enriquecer sobremaneira o debate sobre a causa e sua relevância nos negócios jurídicos.

Partindo do rigor formal que caracterizavam os contratos no Direito Romano, a causa, em um primeiro momento, não despertou grande interesse dos romanistas. Contudo, durante o medievo os estudiosos vinculados ao clero revisitaram o tema e construíram uma nova visão baseada em um sistema em que a força de uma obrigação contratual depende de sua causa. Essa nova estrutura de pensamento no campo do direito contratual acabou sistematizada pelos doutrinadores franceses Jean Domat e Robert Joseph Pothirer.

Incluída no *Code Civil des Français* de 1804, a causa como requisito de validade do negócio jurídico acabou influenciando o Código Civil italiano, elaborado tempos depois. Observando a causa do contrato com lentes próprias, as escolas do pensamento francês e do italiano fixaram seus pilares de exploração do tema por meio do viés subjetivo na França e do objetivo na Itália, cada uma delas com suas peculiaridades.

No sistema civil brasileiro, como se verificou, a causa não ingressou formalmente no ordenamento como requisito essencial do negócio jurídico. Seguindo as mesmas linhas do Código Civil alemão (BGB) sobre o ponto, a causa não figurou nos Códigos Civis de Beviláqua ou de Reale. Por esse motivo, boa parte da doutrina nacional se posicionou no sentido que o sistema civil brasileiro seria anticausalista.

Essa classificação obtusa merece ser ressignificada. Em que pesem os respeitáveis argumentos anticausalistas, certo é que a categoria causal desempenha um papel de extrema relevância como fundamento do contrato, mormente no controle da equivalência das prestações. O direito contratual quando busca a bilateralidade e sinalagmatische acaba prestigiando a construção de estruturas que – na medida do possível – permitam a proteção do equilíbrio entre as partes. Por esse motivo, a causa do contrato como garantidora da reciprocidade das obrigações ganha considerável relevo em nossa rotina contratual.

Seguindo os ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 152), à semelhança do que ocorre com a vontade que também não é elemento do negócio, a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da validade, ou no plano da eficácia dentro do nosso sistema civil. Afirma o citado mestre que não podemos esquecer o “papel extremamente relevante desempenhado pela causa, que está umbilicalmente vinculada a proteção da parte que acreditou na existência da causa no momento da celebração do contrato ou na hora que emergirem seus efeitos”. Dentro dessa ótica, inegável concluir que a causa está intimamente ligada à harmonia da vontade dos contratantes em cotejo com o escopo contratual.

Não bastasse isso, da visão extraída do sistema civil italiano emerge a ideia de causa com um viés mais objetivo com importante repercussão em nosso ordenamento civil. Dentro dessa ótica, a autonomia privada deve conviver em plena harmonia com a função social. Considerando a necessária observância da função social em nosso sistema civil contratual, resta evidente que a causa do contrato também pode receber contornos próprios da concepção objetiva.

Por isso, é forçoso concluir que o sistema civil brasileiro não pode ser classificado de forma superficial como anticausalista como parte da doutrina se posiciona. Da mesma maneira, não é possível apontar que a sua recente exclusão como pressuposto de validade do negócio jurídico no Código francês sepultou definitivamente a doutrina causalista. No caso, apesar de não ter sido inserida no Código Civil brasileiro como requisito de validade do negócio jurídico, a causa do contrato está sistematicamente presente nas relações jurídicas negociais e, não raras vezes, em evidente situação de protagonismo.

Finalmente, embora exista muita divergência sobre os conceitos ou aplicação segundo a ótica subjetiva ou objetiva, o certo

é que a presença da causa no mundo contratual é uma realidade. Ela pode até ser preterida pela lei, mas sua importância no cotidiano contratual é patente, eis que a causa não precisa estar visível na lei, pois está presente no ordenamento jurídico como um todo.

Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução.** Rio de Janeiro: Renovar. 3. ed.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia.** 4. ed. atual e de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos 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. In: **Revista dos Tribunais**, Vol. 832, 2005.
- BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____. **Teoria Generale del Negozio Giuridico.** Terza ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1960.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentários.** Vol. I, Rio de Janeiro: Rio, 1958.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O problema da causa no código civil brasileiro.** São Paulo: Limonad, 1960.
- CAPITANT, Henri. **De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs).** Troisième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1927.
- CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato.** Recife: Jornal do Comércio, 1947.
- COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da causa no direito privado. In: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva** / Vera Fradera (organizadora) Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
- _____. **A obrigação como processo.** São Paulo: 1976.
- DABIN, Jean. **La teoria de la causa.** Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 2. ed, 1955.
- GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 21. ed., 2016.

- LAJE, Eduardo Jorge. **La noción de causa en el derecho civil.** Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Teoria da Causa em Perspectiva Comparativista: A Causa no Sistema Civil Francês e no Sistema Civil Brasileiro. **Revista Ajuris**, v.45, Porto Alegre, 1989.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. In: **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador).** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e a causa contratual: uma nova teoria do contrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 3.
- SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil.** Vol. I – 31. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade no contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile.** 45. ed. Padova: CEDAM, 2012.

Responsabilidade civil e tutela judicial do meio ambiente do trabalho

Zoraíma Meneses Brandão

Advogada da CAIXA no Piauí.

Mestra em Direito pela Universidade

Federal do Piauí.

Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Meio

Ambiente do Trabalho da Universidade

de São Paulo/GPMAT-USP.

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela

Universidade Anhanguera/Uniderp

RESUMO

O presente artigo busca analisar o instituto da responsabilidade civil no meio ambiente de trabalho. Em razão da natureza especial das relações laborais, delineiam-se as nuances de tal instituto neste âmbito especializado. Pontua-se a crescente imputação da responsabilidade objetiva nas condenações laborais, além de se ressaltar a importância da promoção de um ambiente laboral sadio, por meio de gerenciamento de riscos, condição que beneficia ambas as partes ao se tratar de relação empregatícia.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Responsabilidade civil. Meio ambiente laboral. Gerenciamento de riscos.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the institute of civil liability in the work environment. Due to the special nature of labor relations, the nuances of such an institute in this specialized field are outlined. The increasing imputation of objective liability in labor convictions is highlighted, in addition to highlighting the importance of promoting a healthy work environment, through risk management, a condition that benefits both parties when dealing with an employment relationship.

Keywords: Labor law. Civil liability. Work environment. Risk management.

Introdução

Antes mesmo de adentrar no estudo acerca das obrigações das partes e implicações na esfera civil decorrentes da relação laboral, é necessário entender a natureza jurídica do próprio Direito do Trabalho, eis que inexiste consenso doutrinário sobre o tema, debate que traz importantes deslindes ao se falar em responsabilidade civil no âmbito das relações de trabalho.

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico autônomo e independente, viria a surgir somente no final do século XXI e início do século XX, ainda sob forte influência do ramo privado do Direito Civil.

O cerne da questão aponta justamente para o papel dos atores da relação trabalhista, em especial a empregatícia, que gira em torno do empregado e do empregador, os quais poderiam (em tese) negociar livremente as cláusulas contratuais, sem a intervenção do Estado, em que a atuação é voltada para o predomínio do interesse público.

O caráter público seria configurado em razão da forte finalidade social do ordenamento jurídico laboral, que estabelece um predomínio maior do Estado quanto ao regulamento do contrato de trabalho, em virtude da existência de regras mínimas e indisponíveis na sua configuração, inclusive com a previsão da anulação de qualquer ato que venha deturpar os preceitos da legislação trabalhista e da proteção ao hipossuficiente (art. 9º da CLT), cenário que ganha força com o avanço da flexibilização e da precariedade das normas laborais, através de um forte movimento (político e econômico) em tornar essa legislação especial aos moldes de modelos capitalistas mais ferozes, com menos intervencionismo estatal.

Logo, para os que defendem que a natureza é de direito privado, aponta-se que há cláusulas mínimas estipuladas por lei que demonstram certo dirigismo estatal, o qual também existiria em outros ramos do direito, tais como o do consumidor, de família, etc. (Bonfim, 2021, p.10). Exemplo clássico de reforço a tal teoria é o princípio da liberdade sindical, que veda a interferência do Estado para a fundação ou ingerência sobre a forma organizacional dos sindicatos, reforçando a separação entre autores. Ademais, ressaltam que apenas eventualmente o Estado atua na relação, seja ela entre empregado e empregador ou ainda sob a ampla gama de relações laborais (terceirizados, autônomos, entre outros)¹.

¹ Nesse contexto, com fundamento na dicotomia apresentada, o STF, na ADI 3395, restringiu qualquer tipo de extensão à interpretação sobre a aplicação

Em que pese a inexistência de consenso, demonstra-se arrazoado o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2021 p.30) sobre o tema, ao discorrer que a separação em direito público e privado apresenta caráter meramente para fins didáticos, de acordo com as características preponderantes do ramo jurídico estudado, o qual deve ser analisado sob sua finalidade específica, buscando-se a verdadeira essência, seja ela legal ou principiológica.

E é a partir das especificidades deste ramo que se passa a discorrer sobre a responsabilidade das partes acerca da promoção de um meio ambiente laboral saudável, condição intrínseca e legal à formação do contrato de trabalho, mas também aplicável a toda e qualquer relação laboral, por força de disposição estatal, disposta no inciso XXII, art. 7º da CF que prevê a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

1 Responsabilidade das partes

1.1 Empregador

O empregador, cujo conceito legal se extrai do art. 2º da CLT, configura-se como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Esse conceito define um norte bastante amplo acerca da responsabilidade do empregador sobre o modo de produção das atividades, bem como da administração dos riscos dela inerente.

No âmbito trabalhista denomina-se poder diretivo aquele que autoriza ao empregador estabelecer os comandos e o gerenciamento da sua empresa, que reflete na organização de horários, escalas, setorização de serviços, autorização do período de férias, poder de retirada de funções, além de tantos outros poderes de mando inerentes ao seu atributo diretivo na relação empregatícia.

ção do art. 114, I da CF para incluir na competência da Justiça do Trabalho o julgamento de as ações dos servidores públicos estatutários por meio de típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’. Apontou que, diferentemente das relações de trabalho da iniciativa privada ou de contratações do Estado de servidores públicos pelo regime CLT, que são regidas pelo Direito do Trabalho (material e processual), não cabe aplicação extensiva da norma constitucional, mantendo-se a competência da Justiça Federal e das Justiças Estaduais, conforme liminar concedida neste sentido em 2005 (Coimbra; Santos, 2018, p. 7).

Desse modo, o poder diretivo patronal é inherente à formação do contrato de trabalho, diante do qual empregador ou aquele que atue em seu nome é legitimado a instituir certas normas, com o objetivo de promover o bom andamento empresarial, traduzindo-se na faculdade de fiscalizar as atividades dos seus subordinados, e na capacidade de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato.

Não obstante tal poder, quando se trata de meio ambiente laboral, a CLT possui capítulo próprio de medicina do trabalho, atribuindo às empresas as seguintes responsabilidades:

Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Veja-se que, além da obrigação de cumprir as normas de saúde e segurança do trabalho, a empresa possui também a obrigação de exigir que seus empregados as cumpram, o que implica em uma dupla espécie de responsabilidade imputada ao empregador.

Em consonância com o princípio ambiental da informação, há ainda o dever legal da empresa de conscientizar os empregados sobre os riscos das atividades por ele exercidas e a importância da sensibilização na prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, com a oferta de treinamentos, campanhas educativas, palestras, bem como da importância do uso das medidas de proteção na execução da sua função, a fim de minimizar a ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais.

E, em obediência à peculiaridade da intervenção estatal no aspecto, por se tratar de direito fundamental do trabalhador, as empresas devem adotar as medidas determinadas pelo órgão competente na matéria, sob pena de multa e configuração de embargo à fiscalização, situação que ocorre quando o empregador dificulta, retarda ou até mesmo impede a fiscalização pelo agente responsável, após a devida apresentação².

O dispositivo celetista citado alhures decorre das disposições normativas da Convenção 155 da OIT (Segurança e Saúde dos Trabalhadores), ratificada pelo Brasil desde 1994, e é ainda regulamentado pela NR 1, a qual trata sobre as disposições gerais e o gerenciamento de riscos ocupacionais, em que se enfatiza, também, acerca do dever que a organização possui em priorizar a eliminação dos fatores de riscos nos ambientes de trabalho com o objetivo precípua de manter ambientes salubres.

Assim, na escala técnica de minoração de risco dos acidentes, cabe à empregadora eliminar/neutralizar o risco e, de forma subsidiária, caso não seja possível, adotar medidas de proteção coletiva e administrativas, tal como a fiscalização e, por último, o uso de Equipamentos de Proteção Individual, consoante item 1.4.1 da NR 1³. Ou seja, existe uma rígida hierarquia das medidas de controle a serem observadas no cumprimento das normas de saúde e segurança, a qual reflete diretamente na caracterização da responsabilidade legal em caso de danos decorrentes no meio ambiente laboral.

Como mero consequário destas obrigações, restou sumulado o entendimento do C.TST (Súmula 289) ao estabelecer que o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade⁴, pois incumbe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

Esta gama de deveres/responsabilidades do empregador não isenta a responsabilidade dos empregados também sobre a ques-

² Artigo 630 § 3º, CLT: “O agente da inspeção terá livre acesso a todas as dependências dos estabelecimentos sujeitos ao regime da legislação, sendo as empresas, por seus dirigentes ou prepostos, obrigados a prestar-lhes os esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais e a exibir-lhes, quando exigidos, quaisquer documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho”.

³ 1.4.1 Cabe ao empregador: (...) g) implementar medidas de prevenção, ouvidos os trabalhadores, de acordo com a seguinte ordem de prioridade: I. eliminação dos fatores de risco; II. minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas de proteção coletiva; III. minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho; e IV. adoção de medidas de proteção individual.

⁴ Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego, no exercício de sua competência regulamentar em matéria de saúde e segurança do trabalho, definir as atividades e operações insalubres, bem como adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição a esses agentes (art. 190 da CLT).

tão, reforçando-se a natureza contratual e bilateral da relação. Contudo, é inquestionável que há uma prévia e ampla responsabilidade do empregador ao se falar na promoção de um meio ambiente laboral saudável, tendo em vista a própria natureza do poder direutivo, que pressupõe um maior controle e, consequentemente, maiores responsabilidades.

Correia Barros (2020, p. 70) afirma que não são apenas os riscos econômicos que devem ser assumidos pelo empregador, mas também os riscos ambientais, em especial aqueles que impactam na saúde e segurança dos trabalhadores. Por ser o polo que mais aproveita o saldo positivo da balança econômica trabalhista – o lucro, também cabe ao empregador pautar a sua atuação e o seu negócio de modo a preservar a vida e a integridade das pessoas que a ele são subordinadas.

Está-se, portanto, diante também da clássica função social do contrato e, como o poder direutivo do empregador emana daquele, este deverá ser exercido com restrições, sobretudo em área de saúde e segurança do trabalho.

1.2 Empregado

Quanto aos deveres dos empregados, de forma mais sucinta, dispõe a CLT:

Art. 158 - Cabe aos empregados:

- I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
- II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

O empregado, que, segundo o conceito legal previsto no art. 2º da CLT, é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, possui um papel mais acessório na promoção da qualidade do meio ambiente laboral, uma vez que, consoante o preceito legal, a existência da dependência ao empregador já cristaliza a sua condição mais hipossuficiente na relação.

Em matéria laboral, cabe ao empregado, após a devida qualificação, por meio de treinamentos adequados e ofertados pelo empregador, cumprir as normas de saúde e segurança do trabalho, com o uso de equipamentos de proteção individuais, utilizar-se de tratamento urbano e cortês com os demais empregados (risco psicossocial), informar imediatamente ao empregador, por meio do

superior hierárquico, sobre quaisquer riscos identificados em suas atividades, zelando assim pela sua saúde, bem como pela saúde de terceiros que se encontrem inseridos em seu meio ambiente laboral.

O descumprimento de tais preceitos pode constituir ato faltoso do empregado, nos termos do parágrafo único do supracitado artigo, de modo a ensejar a rescisão contratual por justa causa, por indisciplina ou insubordinação, nos termos do art. 482, "h" da CLT, seja pelo dever de observação da hierarquia quanto a normas legais, seja pelo risco à segurança que ele desenvolve a si e aos demais integrantes da relação de trabalho. No entanto, para que se configure a espécie do ato faltoso, este deve ser amplamente comprovado no caso em concreto, uma vez que o princípio da verdade real prevalece no âmbito laboral e, em matéria de meio ambiente, o empregador possui responsabilidade primária, com o papel de fiscalizar e informar os empregados na matéria, como visto alhures.

Se o empregador pode invocar ato faltoso do empregado em caso de responsabilidade de acidente do trabalho ou qualquer violação ocorrida no meio ambiente laboral, o empregado, por sua vez, possui o direito de recusa, o qual se configura na resistência em não realizar certas atividades que exponham ele ou terceiros a riscos e ameaças da sua saúde e terceiros.

A Convenção 155 da OIT prevê que, de acordo com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho, por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.

Tal direito também possui amparo na legislação civil, eis que o Código Civil Brasileiro (CCB) dispõe que não se constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, de forma a corroborar a escusa do trabalhador, caso lhe sejam imputadas ordens que ameacem a sua saúde, assim como de outrem, além de verificação de riscos por sua própria conta, situação que deve ser imediatamente comunicada ao superior hierárquico para a tomada de providências cabíveis⁵.

⁵ Além da previsão na NR 1, de caráter geral (item 1.4.3), as Normas Regulamentadoras 10 e 22, que tratam, respectivamente, das atividades no setor elétrico e da mineração, sabidamente perigosos, no qual os trabalhadores estão expostos a inúmeros riscos (ergonômicos, físicos, químicos e psicossociais), já preveem expressamente o direito de recusa em suas regulamentações – itens 10.14.1 e 22.5.1.

A resistência do empregador ao uso deste direito do empregado pode também ensejar a rescisão contratual por parte destes, com base no artigo 483 da CLT, o qual estabelece ainda que o empregado pode considerar o contrato como encerrado e reivindicar a devida indenização quando lhe forem exigidos serviços superiores às suas forças, proibidos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato. Além disso, na hipótese de o empregador praticar tratamento ofensivo ou com rigor em excesso, não cumprindo as obrigações contratuais e promovendo ato lesivo da honra e boa fama do trabalhador ou da família dele, o vínculo também poderá ser rescindido.

Por esse ângulo, Alice Monteiro de Barros (2011, p. 461) elucida que as ordens emanadas por quem não possui legitimidade a emitir-las, as ordens ilícitas ou aquelas capazes de lesionar direitos a qualquer tipo de integridade (física, psíquica ou moral) do trabalhador poderão ser descumpridas.

2 Tutela judicial e responsabilidade civil no meio ambiente laboral

Ao se tratar da responsabilidade civil e consequente reparação por danos, é necessário destacar, a princípio, que o binômio precaução/prevenção no ambiente do trabalho deveria ser tratado como questão de ordem, com a eliminação dos riscos de forma primacial. Em outras palavras, o eventual resarcimento dos danos deveria ser exceção e não regra. Entretanto, a realidade brasileira demonstra que, apesar da avançada legislação ambiental, prevalece a cultura de pagar o risco ou ressarcir o dano (até mesmo morte), do que se adotar na estrutura organizacional e produtiva uma política de enfrentamento à poluição labor-ambiental, seja ela individual ou coletiva.

A doutrina denomina tal fenômeno de monetização do risco e ilustra que existem formas alternativas de proteger os trabalhadores de atividades que apresentem ameaças à integridade da sua saúde, além do pagamento de um valor compensatório, ao se retirar o risco ou diminuir a jornada e os turnos de exposição ao agente agressor. Não obstante, subsistem as peculiaridades de certos ramos econômicos e industriais, nos quais seria praticamente impossível extirpar o risco e, o que demanda uma atuação enérgica das empresas no sentido de neutralizá-lo da melhor forma possível.

O artigo 7º, XIII, da CF/88 estabelece o pagamento do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou

perigosas na forma da lei. Lado outro, a CLT, em seus artigos 189 a 197, trata da caracterização das atividades insalubres e perigosas. Sem embargo, tais adicionais só serão devidos caso a atividade se enquade nas listas do Ministério do Trabalho como atividade insalubre ou perigosa nos termos do art. 190 da CLT e entendimentos consolidados do TST⁶. O pagamento em questão fica a cargo do empregador, responsável pela direção/gestão do ambiente laboral e pela redução dos riscos inerentes ao mesmo. E, ainda que, até o momento, não haja regulamentação para as atividades penosas, o que inviabiliza o pagamento do adicional respectivo, o fato de a atividade exercida causar dano ao empregado em virtude de ser considerada penosa não isenta o empregador de eventual responsabilidade, a ser comprovada judicialmente no caso em concreto (Camilo, 2015, p. 60).

Some-se a isso o fato de que, comumente, o trabalhador é exposto no ambiente laboral a mais de um risco, de forma concomitante. Porém, não é possível a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, celeuma que se arrastou por anos na jurisprudência, o TST fixou a seguinte tese jurídica, de natureza vinculante:

INCIDENTE DE RECURSOS REPETITIVOS. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, AINDA QUE AMPARADOS EM FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Incidente de recursos repetitivos, instaurado perante a SBDI-1, para decidir-se, sob as perspectivas dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, acerca da possibilidade de

⁶ A súmula 448 do TST consolidou o entendimento de que as atividades de limpeza de vasos sanitários em banheiros de uso público ou acessíveis a um grande número de usuários enseja a percepção do adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78, quanto à coleta e industrialização de lixo urbano. Por sua vez, a OJ 173 da SDI-TST, sobre as atividades a céu aberto, que por si só não demanda o pagamento de adicional por falta de enquadramento legal, estipula que, ultrapassados os níveis de tolerância a calor, independentemente da causa do malefício, externa ou interna, conforme Anexo 3 da NR 15 da Portaria MTE nº 3.214/1978, cabe o respectivo adicional de insalubridade.

cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, quando amparados em fatos geradores distintos e autônomos, diante de eventual ausência de recepção da regra do art. 193, § 2º, da CLT, pela Constituição Federal.

2. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal são regras de eficácia limitada, de natureza programática. Necessitam da “*interpositio legislatoris*”, embora traduzam normas jurídicas tão preceptivas quanto as outras. O princípio orientador dos direitos fundamentais sociais, neles fixado, é a proteção da saúde do trabalhador. Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do adicional pelo exercício de atividades de risco - , observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária (a monetização do risco), dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador.

3. Gramaticalmente, a conjunção “ou”, bem como a utilização da palavra “adiconal”, no inciso XXIII do art. 7º, da Carta Magna, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais.

4. O legislador, no art. 193, § 2º, da CLT, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva.

5. As Convenções 148 e 155 da OIT não tratam de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade.

6. Conforme ensina Malcom Shaw, “quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois”. É o que se recomenda para o caso, uma vez que os textos comparados (Constituição Federal, Convenções da OIT e CLT) não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supraregal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, por ausência de contraposição ou paradoxo.

7. Há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. Nada, na conjuntura social, foi alterado, para a ampliação da remuneração dos trabalhadores no caso sob exame. O art. 193, § 2º, da CLT, não se choca com o regramento constitucional ou convencional.

8. Pelo exposto, fixa-se a tese jurídica: o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Tese fixada. (IRR - 239-55.2011.5.02.0319, Redator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/09/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/05/2020).

Uma pesquisa realizada no ano de 2016 pela Confederação Nacional da Indústria – CNI⁷ constatou, por meio de um estudo de Direito comparado, que o Brasil representa um papel praticamente isolado e na contramão da comunidade internacional ao seguir neste caminho da monetização do risco. O estudo demonstra que existe uma tendência da evolução das políticas em saúde e segurança no trabalho atualmente, a qual se confirma internacionalmente, no sentido da aplicabilidade dos preceitos concernentes à prevenção, com a consequente redução ou eliminação dos riscos. Apurou-se ainda que monetização do risco e da saúde através do estabelecimento em lei de adicionais estimula comportamentos opostos a essa premissa, reforçados tanto mais quanto maior for o valor dos adicionais.

No âmbito do Direito Coletivo, o estudo constatou que em países como México, Itália, Alemanha, Estados Unidos, os acor-

⁷ DO TRABALHO, Estudos de Relações, 2016. INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO BRASIL: A MONETIZAÇÃO DO RISCO DO TRABALHO EM SENTIDO OPPOSTO À TENDÊNCIA INTERNACIONAL. Disponível em: [*Revista de Direito da ADVOCEF – Ano XX – N.º 37 – Out 24* ■ 155](https://conexao-trabalho.portaldaindustria.com.br/publicacoes/detalhe/securanca-e-saude-do-trabalho/adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade/189-insalubridade-e-periculosidade-no-brasil-a-monetizacao-do-risco-do-trabalho-em-sentido-oposto-a-tendencia-internacional/#:~:text=Insalubridade%20e%20Periculosidade-,Insalubridade%20e%20Periculosidade%20no%20Brasil%3A%20a%20Monetiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Risco%20do,Sentido%20Opuesto%20C3%A0%20Tend%C3%A3o%20Internacional&text=A%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20prev%C3%A3o%20que,de%20sa%C3%A7%C3%A3o%20higiene%20e%20seguran%C3%A7a. Acesso em: 25 out. 23.</p></div><div data-bbox=)

dos coletivos buscam na negociação coletiva remuneração superior (e não compensação adicional) para o trabalho em condições de risco. Em todos os países citados, o mais relevante é a premissa de manutenção de um ambiente de trabalho sadio e que previna os riscos do trabalho.

Nesta seara, é possível observar que, ao longo do século XX, determinados riscos envolvendo atividades profissionais eram tolerados, mediante o pagamento de indenizações quando ocorressem danos oriundos dessas atividades nocivas. Nas últimas décadas, no entanto, as correntes teóricas que prezam pela maior relevância à proteção da integridade física e psíquica do ser humano, tornando determinados riscos intoleráveis, vêm se fortalecendo e sendo difundidas no âmbito internacional, como a já citada Convenção nº 155 da OIT, integrante do ordenamento jurídico brasileiro.

É certo que um ambiente potencialmente inseguro é aquele em que se constata um incremento da ocorrência de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais e profissionais.

Na década de 1970, a questão relativa aos acidentes de trabalho assumiu grande importância, política, social, econômica e administrativa, na medida em que muitos esforços tiveram de ser envidados no sentido de proporcionar melhor segurança e qualidade de vida aos trabalhadores, através da conscientização e da adoção de medidas legislativas e punitivas, além da criação das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes do Trabalho – CIPA de maneira legal e obrigatória. Esse era o momento no qual o país vivenciava as consequências iniciais de um forte processo de industrialização, em meio a um regime ditatorial, recebendo o título nada honroso de país “campeão mundial de acidente do trabalho”⁸.

Segundo o art. 19 da Lei 8213/91, considera-se acidente do trabalho típico o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

⁸ No Brasil, podemos fixar por volta de 1930 a nossa revolução industrial e, embora tivéssemos já a experiência de outros países, em menor escala, é bem verdade, atravessamos os mesmos percalços, o que fez com que se falasse, em 1970, que o Brasil era o campeão mundial de acidente do trabalho. (MICHEL, 2000, p. 27)

São consideradas ainda como acidente do trabalho as doenças ocupacionais (doença profissional/tecnopatia e doença do trabalho/mesopatia)⁹, além de situações expressamente previstas em lei que podem ser equiparadas ao conceito legal do evento accidentário, em que a existência de concausa ligada ao ambiente laboral é fator crucial para a sua configuração¹⁰.

E, em que pese não sermos mais o líder mundial como na década de 1970, o Brasil continua a registrar números alarmantes de acidentes de trabalho, com impactos deletérios para a toda a sociedade, como bem destacado por Feliciano e Moraes (2021, p.79):

Vê-se, pois, diante dos dados *notificados*, que convivemos com a média de **um acidente de trabalho a cada 49 segundos**. Dentre estes, 17.315 (dezessete mil, trezentos e quinze) acidentes resultaram em óbito, configurando **uma morte decorrente de acidente de trabalho a cada 3 horas, 43m e 42s.** (...). A Organização Internacional do Trabalho estima que acidentes e doenças de trabalho consomem cerca de 4% do Produto Interno Bruto de cada país anualmente, o que significa, no Brasil, algo em torno de 272.000.000.000 (duzentos e setenta e dois bilhões de reais), considerando o PIB de 2018 (cerca de 6,8 trilhões). Se a empresa não paga, o Estado paga. (grifos originais)

A OIT revelou que, na última década (de 2012 a 2022), foram comunicados 6,7 milhões acidentes de trabalho e 25,5 mil mortes

⁹ Diferentemente do que ocorre com as doenças profissionais, nas doenças do trabalho, o nexo causal não é presumido, incumbindo a quem alega o ônus de provar que a patologia foi desenvolvida em razão das condições peculiares em que o trabalho foi realizado.

¹⁰ Art. 21, Lei 8.213/91. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligéncia ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior.

no emprego formal (com assinatura da CTPS), segundo os dados atualizados do Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho, programa da Iniciativa SmartLab de Trabalho Decente, coordenada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pelo Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para o Brasil¹¹.

Essa enxurrada de ocorrência de acidentes do trabalho enseja no âmbito do Poder Judiciário a discussão relativa à configuração da responsabilidade civil no meio ambiente laboral.

Entende-se por responsabilidade civil a obrigação de reparar os danos lesivos a terceiros, seja de natureza patrimonial ou moral. O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar da responsabilidade civil, possui como regra geral a teoria da subjetividade (art. 186 e 927, *caput*, CC), com base em três elementos para a devida configuração (nexo causal, dolo, culpa), enfatizada também, quanto à infortunística no campo trabalhista, pela própria Constituição (art. 7º, inciso XXVIII).

A aplicação subsidiária do Direito Civil, nesta lógica, se justificaria tanto pelo art. 8º, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto pela omissão na legislação trabalhista acerca do assunto aliada à compatibilidade com os princípios fundamentais do direito do trabalho (Carvalho, 2018, p.61).

Por este ponto de vista, há diversas teorias que tratam da responsabilidade por acidentes do trabalho, entre as quais se destacam, em interpretação analítica extraída da obra de Cláudio Brandão (2015, pp. 216-220):

- Culpabilidade Subjetiva (Aquiliana) - cabe ao empregado provar a culpa do empregador nos acidentes.
- Teoria Contratual – o empregador é quem deve provar não ser o culpado pelo acidente (inversão do ônus).
- Teoria Objetiva – a reparação independe de dolo ou culpa, é consequência da própria atividade.
- Teoria do Risco Profissional - compreende o dever de indenizar a partir do prejuízo ocasionado no desempenho de atividade laborativa ou profissional.
- Teoria do Risco Social - a responsabilidade de arcar com os custos do acidente é de toda a sociedade, através da Previdência.

¹¹ ILO, 2023. Série SmartLab de Trabalho Decente 2023: Mortalidade no trabalho cresce em 2022 e acidentes notificados ao SUS batem recorde. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_874091/lang—pt/index.htm. Acesso em: 26 out. 23.

Ao mesmo tempo, contudo, o art. 225, § 3º da Carta Magna, analisado em conjunto com o já vigente (e recepcionado) art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, reiterou a responsabilidade objetiva dos poluidores (em sentido amplo) pelas lesões ocasionadas ao meio-ambiente em todas as suas acepções, aí incluído, naturalmente, o do trabalho.

Trata-se de uma aparente antinomia, uma vez que a pretensão posta em juízo é que será crucial para definir se a natureza do direito é coletiva, difusa ou individual homogênea. Assim, o pleito de resarcimento de dano causado ao meio ambiente do trabalho, bem como as partes envolvidas e o provimento jurisdicional pretendido caracterizarão a amplitude do direito *sub judice*.

É necessário ressaltar que a responsabilidade objetiva na área de meio ambiente laboral está ganhando cada vez mais reforço jurídico e aplicação na jurisprudência, seja a partir da atividade de risco desempenhada por certa categoria (risco inerente), seja por restar caracterizado em juízo que o empregador, de forma estrutural, estabelece uma organização produtiva com reiterados descumprimentos de normas de saúde e segurança do trabalho. Ou seja, em matéria ambiental, seria um poluidor clássico, que deve responder nos termos da Política Nacional do Meio Ambiente¹².

Sob este viés, o art. 7º, inciso XXVIII da CF/88 não pode ser interpretado de forma isolada e literal, sob pena de ensejar a conclusão de que a responsabilidade do empregador em caso de acidente de trabalho seria de natureza subjetiva e limitada, em todos os casos, às hipóteses em que restasse comprovados a culpa ou o dolo do empregador, tendo em vista que a Constituição também incorpora, no campo justrabalhista, o princípio da norma mais favorável, conforme clara disposição no *caput* de seu art. 7º ("... além de outros que visem à melhoria de sua condição social").

Conforme a professora Maria Helena Diniz (2004, p.48), a responsabilidade objetiva funda-se em um princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens que essa situação causa a terceiros.

¹² A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (STJ, Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 681 e 707, letra a)

gens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).

O jurista francês Savatier (2005, p. 98) explica que a responsabilidade, fundada no risco, consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja nenhum questionamento acerca do comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do causador.

Neste toar, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 828.040 (julgado em 05/09/2019), processo paradigmático do tema 932 de repercussão geral, reconheceu ser possível a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho, em atividade de risco¹³.

Após a fixação da tese supracitada, Feliciano (2021, livro eletrônico) assinala que todas as atividades de risco inerente superlativo se inserem na hipótese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, o que importa em reconhecimento direto da responsabilidade civil objetiva. E, sendo assim, uma vez aferido o nexo causal entre a atividade de risco especial e o dano, disso derivarão, “*ipso facto*”, tanto o nexo de imputação normativa quanto a própria responsabilidade civil objetiva.

Nesta linha de raciocínio jurídico, a reparação dos danos não decorre da conduta do sujeito, mas tão somente do exercício de atividade que pressupõe um risco para os direitos de outrem ou de terceiros, como ocorre, por exemplo, nas atividades do setor elétrico, transporte de valores, motorista profissional de caminhão, entre outras.

Como caso emblemático em termos de acidente de trabalho no Brasil, cita-se o acidente em na mina do Córrego do Feijão em Brumadinho-MG, em janeiro de 2019, no qual houve a morte de aproximadamente de 300 (trezentas) pessoas, entre as quais, trabalhadores da mineradora Vale S/A, diretos ou indiretos (terceirizados), além da destruição de casas, pensões, fauna e flora, demonstrando que o meio ambiente do trabalho encontra-se em simbiose com os demais tipos de meio ambiente (artifi-

¹³ Tese 932/STF. O artigo 927, parágrafo único¹² do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

cial, cultural, etc), razão pela qual merece ser tratado com o mesmo rigor e olhar crítico ao se tratar em termos de reparação de responsabilidade civil.

A partir da Lei nº 13.467/17, tabelou-se o valor de indenização por danos morais, no art. 223-G, § 1º, com base na natureza da ofensa (leve, média, grave, gravíssima), estabelecendo o teto de pagamento a tal título de no máximo cinqüenta vezes o último salário do contratado.

Após ampla discussão na Justiça Laboral, a questão foi levada à Corte Constitucional, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6050, de autoria da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra); 6069, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e 6082, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) e, por meio do recentíssimo julgamento (23.06.203), o Supremo Tribunal Federal (em raro caso de atuação em prol de direitos sociais trabalhistas) decidiu que a lei ordinária não pode prever valores máximos de dano moral, seja no âmbito das relações trabalhistas, seja no da responsabilidade civil em geral¹⁴. Conclui-se, então, que a mudança legislativa introduzida pela Lei nº 13.467/17 não esvaziou, mas apenas restringiu a discricionariedade judicial a partir da listagem de critérios interpretativos a serem considerados na quantificação do dano, indicando que há a inconstitucionalidade de lei que tabele o resarcimento de dano moral, condição que tornaria o julgador um mero aplicador da norma, sobretudo em questão de saúde e do direito fundamental à vida.

Retornado ao fatídico acidente de Brumadinho/MG, o qual foi objeto de ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho quanto à reparação da família das vítimas, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão paradigmática e permeada na aplicabilidade dos princípios de direitos humanos e de proteção ao trabalhador, nos autos do RRAg-10165-84.2021.5.03.0027, em 23.06.2023, proferiu acórdão de lavra do Ministro José Roberto Freire Pimenta, que seguiu o entendimento supracitado quanto à não limitação do dano e manteve a condenação da empregadora na quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por substituído, ilustrando a lição dos ensinamentos ora discutidos, consoante trecho que segue:

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023. Tabelamento de dano moral na CLT não é teto para indenizações, decide STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509630&tip=UN>. Acesso em: 30 out. 2023.

[...] **INDENIZAÇÃO POR DANO-MORTE. ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO DE CENTENAS DE TRABALHADORES. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 1.000.000,00 (UM MILHÃO DE REAIS) POR SUBSTITUÍDO. DIMINUIÇÃO INDEVIDA. TETO INDENIZATÓRIO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 223-G, §1º, DA CLT.** A inobservância, pelo Tribunal de origem, do teto indenizatório para danos morais fixados pelo art. 223-G, §1º, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, não acarreta afronta ao mencionado dispositivo, visto que referida norma tem caráter facultativo e meramente exemplificativo, notadamente à luz dos princípios da reparação integral (art. 5º, incisos V e X, da CF), da isonomia (art. 5º, caput, da CF) e da razoabilidade e proporcionalidade, estes últimos implicitamente previstos no Texto Constitucional, pois decorrem do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, adota-se a tese já sufragada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, **Relator das ADIs 6050, 6069 e 6089, em julgamento datado de 27/10/2021 e suspenso, até o momento, em virtude de pedido de vista regimental**, no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição ao citado dispositivo legal e estabelecer que “os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade”. Exrai-se, ainda, das circunstâncias fáticas do caso destes autos expressamente registradas no acórdão regional que foi levado em consideração, para fixação do quantum indenizatório, o conjunto dos critérios previstos nos incisos do art. 223-G da CLT, que contém rol meramente exemplificativo, e outros preconizados pela jurisprudência e doutrina majoritárias, como o efeito sancionador e suasório que toda e qualquer indenização por dano moral também deve produzir. Não se sus-

tenta, por outro lado, a tese da ré de que o montante está muito além do admitido ou adotado pela Justiça do Trabalho em casos envolvendo morte de trabalhadores, por ser facilmente perceptível que o acidente de trabalho de que cuidam estes autos, com o falecimento de centenas de trabalhadores, não pode se comparar a outros casos aludidos pela demandada, cujos valores consideraram o contexto de cada situação individualmente trazida a juízo. **Deveras, o rompimento da barragem da Vale S.A., na mina Córrego do Feijão, em Brumadinho (MG), foi, desafortunadamente, o maior acidente de trabalho da história do Brasil, que acarretou o falecimento em caráter coletivo de centenas de trabalhadores e cujos efeitos deletérios impactaram toda a sociedade, acarretando danos ambientais, incluindo laborais (art. 200, VIII, da CF), de natureza indivisível (art. 225, caput-, da CF) e de grandes proporções, sendo inviável, portanto, utilizar-se como parâmetro para a mensuração do quantum indenizatório os valores arbitrados a mesmo título por esta Corte ou pela Justiça do Trabalho em casos pontuais e/ou individuais de falecimento de empregados em acidentes de trabalho**, cujo contexto fático específico e peculiar terá sido levado em consideração pelo respectivo julgador para cada processo examinado. Desse modo, em respeito ao princípio da proporcionalidade, à extensão do dano, à culpabilidade e ao aporte financeiro da reclamada, bem como à necessidade de que a quantia fixada a título de indenização pelo dano-morte atenda à sua função suasória e preventiva, capaz de convencer o ofensor a não reiterar sua conduta ilícita, verifica-se que o arbitramento do quantum indenizatório, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), não é desproporcional à extensão do dano e, portanto, não se revela exorbitante, razão pela qual não se divisa na decisão objurgada a indigitada violação aos dispositivos invocados, muito menos a divergência com os arestos trazidos à colação, todos inespecíficos, na esteira da Súmula 296 do TST. Agravo de instrumento desprovido. . Recurso de revista conhecido e desprovido . [...] (BRASIL, 2023) - negritos acrescidos.

E, para além da questão da reparação pecuniária, que deve sempre ser voltada ao princípio *pro homine*, Winter de Carvalho (2021. p. 23) aponta, ainda, sobre a construção de uma noção de responsabilidade civil sem dano (quer dizer, sem dano já concretizado e atual), situação em que pode ser vislumbrada a função preventiva da responsabilidade civil, atuando como verdadeiro instrumento de avaliação e gestão de riscos ambientais. Com a construção de decisões fundadas em noções de probabilidade ou improbabilidade, a responsabilidade civil tem a capacidade de impor a implementação de medidas preventivas a atividades perigosas e arriscadas dotadas de alta probabilidade de ocorrência de dano ambiental futuro. A avaliação da probabilidade da ocorrência futura de um dano, de sua gravidade e de sua irreversibilidade só pode ser justificada em uma interação entre os institutos jurídicos ambientais e a confecção de múltiplas forças interdisciplinares, na construção de uma cultura de prevenção ao risco.

Por fim, o tema 999 do STF (RE 654883) também já fixou a tese de que a reparação civil de dano ambiental é imprescritível, por se tratar o meio ambiente de direito fundamental e patrimônio comum de toda a humanidade, discussão que cabe interpretação extensiva e sensibilidade dos operadores no âmbito do Direito do Trabalho ao se buscar igual tratamento, de modo a maximizar as balizas protetivas que permeiam a matéria.

3 Compliance trabalhista

Nesta seara, de forma a promover bem-estar e saúde no trabalho, além de evitar condenações de montante estratosférico, as quais podem, inclusive, comprometer o próprio funcionamento das empresas, cada vez mais vem ganhando força o gerenciamento de riscos no que se refere à saúde e segurança do trabalho, por meio de uma política de *compliance* trabalhista.

Compliance trabalhista refere-se ao conjunto de práticas e políticas que uma empresa adota para garantir que está em conformidade com todas as leis, regulamentos e normas trabalhistas aplicáveis. Essas práticas incluem o cumprimento da legislação relacionada a direitos trabalhistas, condições de trabalho, saúde e segurança no trabalho, pagamento de salários e benefícios, entre outros.

Isso pode se dar por meio de diversas formas quando se está a falar em termos de meio ambiente laboral, sobretudo com a implementação das normas relacionadas à matéria, inclusive as

normas técnicas (Normas Regulamentadoras), bem como por meio de avaliações contínuas de riscos, programas de treinamento de capacitação e de prevenção de acidentes, além de ações corretivas dentro do próprio âmbito empresarial, a fim de se evitar que a celeuma chegue no Judiciário.

Implementar um programa de *compliance* trabalhista, inquestionavelmente, contribui na proteção da empresa de enormes passivos legais e financeiros, melhora o ambiente de trabalho como um todo e fortalece a reputação da empresa perante terceiros.

Conclusão

A responsabilidade civil, instituto de origem eminentemente privada, no campo do meio ambiente laboral ganha características próprias, tendo em vista que tutela um direito social fundamental.

Assim, é necessário que as partes da relação empregatícia possuam clareza de seus direitos e deveres no campo da medicina e saúde do trabalho, eis que o acidente de trabalho é a consequência mais nefasta para ambas as partes dessa relação.

O Judiciário trabalhista já vem demonstrando que existem nuances a serem observadas no campo da responsabilidade civil no meio ambiente laboral, declarando a existência de responsabilidade objetiva em atividades consideradas de risco e outras situações pontuais, além de impor condenações de montantes vultosos em caso de descumprimento da legislação de saúde e segurança do trabalhador.

Apontou-se ainda a importância da adoção de uma *compliance* trabalhista, como medida prévia de gerenciamento de riscos e de fortalecimento da saúde e bem-estar do trabalhador, além de se demonstrar que a adoção das corretas medidas legais previne futuras condenações que comprometam o funcionamento das empresas.

Buscou-se compreender amplamente o conceito da responsabilidade civil no meio ambiente laboral a partir de seus regramentos próprios, concluindo-se que o tema precisa ser mais difundido para todos aqueles que nele atuam, com base nos princípios da informação e também do poluidor-pagador, ao se demonstrar que atitudes que violem o meio ambiente laboral podem causar, além de grandes tragédias, reparações pecuniárias extremamente custosas, que podem chegar a comprometer a própria atividade empresarial, bem como sua reputação.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2011.
- BARROS, Manuel Jasmim Correia. **Proteção ambiental laboral: as ações regressivas acidentárias e seus reflexos no meio ambiente do trabalho do distrito federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) -IESB, p. 176, 2020.
- BRANDÃO, Zoraíma Meneses; DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Reforma trabalhista e saúde do trabalhador: impactos do negociado sobre o legislado no meio ambiente do trabalho**. *Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 9, n. 2, p. 129-148, 2022.
- CAMILO, Adélia Procópio. Meio ambiente do trabalho como direito fundamental e responsabilidade civil do empregador. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 1, n. 1, p. 51-71, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; COSTA, Mariana Bevenides. **Curso de Direito Ambiental do Trabalho**. Matrioska, 2021.
- JUNIOR, Cléber Nilson Amorim. **Segurança e saúde no trabalho: princípios norteadores**. LTr Editora, 2021.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 5. ed. — São Paulo: LTr, 2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 155: convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho**. Genebra, 1981.
- PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.
- SAVATIER. **Traité de la responsabilité civile**. Paris, v. 1, p. 274, in A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes De Trabalho, Adib Pereira NETTO SALIM, Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v.41, n.71, p.97-110, jan./ jun.2005.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2. ed. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SMARTLAB, **Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho**. Brasília DF: Ministério do Públíco do Trabalho, 2023. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023. **Tabelamento de dano moral na**

CLT não é teto para indenizações, decide STF. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509630&tip=UN>. Acesso em: 30 out. 2023.

Uma breve discussão sobre a aplicação da inteligência artificial na investigação para apuração de crimes econômicos

Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

*Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza.
Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro
Universitário Christus /Unichristus.*

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a inteligência artificial e sua aplicação no âmbito criminal. Essa discussão é de extrema importância, pois, cada vez mais, o Estado está se utilizando de mecanismos para monitorar pessoas e operações consideradas suspeitas. Todavia, a ausência de regulamentação adequada e a condescendênci da jurisprudência em relação a essa vigilância possibilitam a prática de abusos por parte dos órgãos estatais, de modo que direitos e garantias fundamentais são violados, sem, ao menos, ter passado por um controle de legalidade do Judiciário. Por isso, este trabalho tem como objetivo apresentar de forma breve a importância de o tema não só ser analisado com profundidade, como também regulamentado. Para tanto, far-se-á levantamento de bibliografia, de atos normativos (legislação, resoluções do CNJ etc.) e de julgados do Supremo Tribunal Federal para demonstrar o quanto é incipiente esse assunto no Brasil e o quanto não há segurança jurídica, de modo que o monitoramento do Estado ocorre sem grandes percalços. Esse problema é grave não só pelo fato de existir uma violação a direitos fundamentais, mas também por comprometer a própria investigação, o que impossibilitará o uso de tais provas no âmbito criminal e que poderá acarretar nulidade do processo.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; Inteligência Artificial; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper focuses on artificial intelligence and its application in the criminal field. This discussion is of utmost importance because increasingly, the state is using mechanisms to monitor individuals and operations considered suspicious. However, the lack of adequate regulation and the leniency of jurisprudence regarding this surveillance allow for abuses by state agencies, resulting in violations of fundamental rights and guarantees without even undergoing judicial legality control. Therefore, this paper aims to briefly present the importance of not only analyzing the topic in depth but also regulating it. To achieve this, a review of literature, normative acts (legislation, resolutions from the National Justice Council, etc.), and decisions from the Federal Supreme Court will be conducted to demonstrate how nascent this issue is in Brazil and how there is a lack of legal certainty, allowing state monitoring to occur with few obstacles. This problem is serious not only due to the significant violation of fundamental rights but also because it compromises the investigation itself, which could hinder the use of such evidence in criminal cases and may lead to the nullification of the process.

Keywords: Economic Criminal Law. Artificial Intelligence. Fundamental Rights.

1 Iniciando a discussão

Para que serve o Direito Processual Penal? Essa indagação se deve ao fato de o vigente Código Processual Penal (CPP) ter sido elaborado em um período notadamente ditatorial (1937-1945), conduzido sob uma forte influência fascista, embora não pudesse ser caracterizado como tal,¹ com o intuito de viabilizar a manutenção do Estado, sob o argumento de proteção social,

¹ “Apesar disso, no caso do Estado Novo imposto por Vargas, não se tratava de um regime fascista, e menos ainda da reprodução de um modelo fascista europeu – português ou italiano, ou ainda espanhol. Sua natureza era outra: autoritária, modernizante e pragmática. Ou, como definiu, sarcástico, Graciliano Ramos, o Estado Novo era, no máximo, ‘nossa pequenina fascismo tupinambá’. O projeto de uma sociedade autoritariamente controlada pelo Estado – e não apenas suas classes populares – envolvia, é claro, o estabelecimento de um sistema repressivo capaz de manter com sucesso a tampa sobre o caldeirão e impedir a ebullição de qualquer atividade oposicionista” SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 375.

em detrimento dos direitos individuais. Assim, e como é demonstrado na sua exposição dos motivos, o CPP possui um viés autoritário, por meio do qual o réu é colocado em uma posição degradante, na qual seus direitos são tolhidos de acordo com a lógica da pacificação social.

Isto é, o “[...] indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”.² Há, portanto, uma prevalência do entendimento de que o processo deve ser conduzido como um instrumento formal para impor ao presumidamente culpado uma sanção penal, ainda que, para isso, sejam adotadas medidas que tolham direitos fundamentais. Isso pode ser constado quando os elaboradores do Código de Processo Penal afirmaram que é necessário reduzir ao mínimo as nulidades processuais, pois são “um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça”.³

Essa linha de raciocínio autoritário, em que o Estado deve se sobrepor ao réu, ainda permeia tanto no Código de Processo Penal, não sendo uma tarefa complexa encontrar exemplos ao longo do seu texto – como o art. 28⁴ e o art. 156,⁵ os quais tra-

² BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Honoris Causa**. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 maio. 2019

³ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Honoris Causa**. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 maio. 2019

⁴ A Lei nº 13.964/19 modificou a redação do art. 28 do Código de Processo Penal, que atualmente dispõe que “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”. Como se observa, o referido dispositivo concentrou todo o mecanismo para arquivamento do Inquérito Policial no Ministério Público, não sendo mais necessária a homologação do magistrado para que isso ocorresse. Todavia, o STF, no julgamento das ADI 6.298, 6.300 e 6.305, realizou interpretação conforme “[...] para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elemento informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encami-

tam, respectivamente, sobre o procedimento de arquivamento do Inquérito Policial e a possibilidade de o juiz determinar, por meio de ofício, a produção de provas, quanto as partes não as tenham solicitadas –, quanto nas decisões judiciais, a exemplo dos casos de prisão provisória para proteção da ordem pública ou da possibilidade de executar a pena, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do julgamento do HC 126.292/SP.⁶ Há, assim, uma não observância a princípios processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural, etc.) consagrados pela Constituição de 1988 (CF/1988) como direitos fundamentais.

Demonstra-se, portanto, a existência de uma forte crise de identidade no processo penal oriunda da contradição entre o caráter protetor do indivíduo contra a possibilidade de ser vítima dos abusos praticados pelo Estado e de sua lógica instrumentalista, como se verifica na Exposição dos Motivos, sendo esse raciocínio a base do sistema processual penal, ou seja, defende-se a ideia de que o processo deve ser o instrumento para proteção social. Deve-se ressaltar que esse problema não afeta apenas a legislação, como também a postura dos magistrados e dos membros do Ministério Público, os quais adotam procedimentos espúrios, por exemplo, o requerimento de prisão cautelar, a fim de o preso solicitar os benefícios da colaboração premiada, como forma de combater a criminalidade. Ademais, existem propostas defendidas por esses órgãos, por meio das quais princípios processuais são relativizados sob o argumento de combater a criminalidade.

nhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houve, para fins de homologação, na forma da lei” (BRA-SIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298, 6.300 e 6.305. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em: 24 ago. 2023).

⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁶ A título de exemplo, pode-se trazer o caso da súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4^a Região (“encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”).

Salienta-se, contudo, que esse conflito entre proteção do indivíduo *vs.* força do Estado para combater a criminalidade (fins justificando os meios) é parte do problema que se enfrenta no Direito Processual Penal. O século XXI é marcado pelo avanço tecnológico e pela adoção cada vez maior de programas que adotam inteligência artificial. Tais sistemas computacionais, embora utilizados para facilitar a vida de qualquer pessoa, estabelecem um intenso monitoramento, que, na literatura inglesa, é denominado de *surveillance* (MENEZES NETO, 2016, p. 293). Pode-se citar o caso do Facebook, do Google, do Twitter e de outras empresas que trabalham com o acúmulo de dados de seus usuários, a fim de mapeá-los, traçando os seus vieses (KAHNEMAN, 2012, p. 103), os seus hábitos.

Em uma análise apressada, não se identifica qualquer tipo de problema, uma vez que as empresas estão utilizando tais dados como forma de aperfeiçoar a experiência de seus usuários no uso de seus programas. Porém, isso é um engano, ensejando fortes debates sobre a forma que os dados devem ser utilizados por essas empresas. A situação se torna mais complexa quando se discute a possibilidade de o Estado utilizar tais dados para monitorar os seus cidadãos, sendo capaz de traçar possíveis “ameaças”, similar ao mundo pensado por George Orwell, em 1984 (ORWELL, 2009). Assim, a tecnologia passa a ser uma importante ferramenta de combate aos crimes econômicos, mas deve ser utilizada com cautela, pois, do contrário, acarreta o risco de graves violações de direitos individuais,⁷ principalmente quando utilizada na fase pré-processual, que não há participação do investigado no desenvolvimento.

Assim, o presente artigo apresenta o seguinte problema: Como a inteligência artificial é utilizada nas investigações de crimes econômicos, considerando não apenas a eficiência, mas também as implicações éticas e legais?

⁷ Clarissa Véliz demonstra em seu estudo o poder que as grandes empresas de tecnologia possuem ao violarem a privacidade dos usuários de seus produtos, chegando a afirmar que, “quando os dados são arrancados de nós, mesmo quando tentamos resistir, isso é o poder coercitivo da tecnologia”. Esse “poder coercitivo das empresas de tecnologia pode, às vezes, ser enxergado como poder brando porque ele parece tão violento quanto outras formas de poder coercitivo, tais como tanques de guerra e outros tipos de força bruta” (VÉLIZ, Clarissa. **Privacidade é poder:** por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Contracorrente, 2021).

Essa indagação é extremamente complexa e não é possível de ser respondida em um artigo, pois se torna necessário fazer digressões em relação ao conceito de inteligência artificial, seu modo de funcionamento, a lógica do Direito Processual Penal brasileiro e como relacionar tais temas. Por isso, o objetivo deste trabalho é apresentar a discussão que envolve os referidos temas devido à sua extrema importância. Para tanto, este articulista iniciará fazendo uma contextualização do tema para, no segundo momento, demonstrar como a inteligência artificial está sendo utilizada/regulada pelo Estado.

2 Um breve panorama brasileiro

O vigente Código de Processo Penal brasileiro é defasado em relação à lógica protetora dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988, tendo sido criado sob uma perspectiva ditatorial, por meio da qual os direitos individuais eram menosprezados em face do interesse que o Estado possui em aplicar sua legislação para “pacificação social”. Essa linha de raciocínio, entretanto, não se adequa aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), sendo constatada a existência de uma mudança de paradigma em comparação com as Constituições anteriores.

Ana Paula Barcellos afirma que essa modificação se deve ao tripé do neoconstitucionalismo, composto pelas seguintes características: normatividade, supremacia e centralidade.⁸ Daniel Sarmento⁹ vai além, elencando cinco razões para que a CF/1988 tenha alcançado o nível de superioridade. Os argumentos ex-

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁹ Daniel Sarmento apresenta cinco razões: “[...] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente [sic] a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”

postos por esses autores não são oriundos de meros devaneios teóricos, mas da constatação que se faz ao estudar a CF/1988, advinda desde o seu preâmbulo, quando dispõe que seu objetivo é de “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]”, até os momentos em que arrola diversos direitos processuais como fundamentais e os protege de qualquer tipo de mutação (art. 60, § 4º, IV, CF/1988).

Essas normas processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc.) têm como principal finalidade proteger o indivíduo de qualquer abuso praticado pelo Estado. Por ser constituída em um Estado Democrático de Direito, essa proteção independe de qualquer tipo de análise discriminatória.

Em outras palavras, independentemente do crime e de quem porventura o tenha praticado, o acusado só pode ter seus direitos tolhidos mediante uma decisão judicial, proferida por um juiz imparcial e que seja elaborada por meio de um processo apto a observar todas as possíveis consequências da aplicação do Direito Penal pode acarretar (v.g. tolhimento à liberdade de locomoção). Contudo, isso ainda é insuficiente. Não se pode olvidar que o réu é presumidamente inocente, não devendo ser denunciado por qualquer razão – daí a importância de o órgão imparcial responsável pela acusação¹⁰ demonstrar justa causa¹¹ –,

(SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 73-74).

¹⁰ A conclusão de que a acusação deve agir de modo imparcial é decorrente da interpretação que se faz do art. 127 da CF/1988, na qual é disposto que o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como se observa, o representante desse órgão, a despeito de ter como uma de suas funções a acusação na ação penal pública, deve agir de modo a proteger os direitos do réu, criando-se um aparente paradoxo dentro do processo. Essa aparência se deve ao posicionamento doutrinário de que os membros do Ministério Público “[...] quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade) [...]” (CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 230). Esse raciocínio, todavia, se mostra equivocado, porque o Ministério Público, como fiscal da lei,

bem como deve ter todos os instrumentos para se proteger dos abusos do Estado. Por isso, os atos processuais não podem ser praticados sem a presença de um defensor,¹² apto a identificar qualquer modalidade de vício.

As características expostas estão vinculadas à ideia de que o processo penal deve se adequar às concepções do sistema acusatório, afastando-se do modelo inquisitorial, defendido por seus elaboradores. A razão desse distanciamento se deve ao fato de que esse sistema permite ao juiz, além de acumular as funções de julgar e acusar, gerir as provas (BARROS, 2009, p. 4) para buscar a verdade real (STRECK, 2012, p. 359-392), demonstrando que a legislação possui uma lógica instrumental, sendo “[...] fortemente marcada por uma processualística centrada no papel do juiz, que o coloca na missão não só de julgar o caso concreto, mas solucionar os problemas da (in)justiça social, de controle social para proteção da sociedade” (BARROS, 2009, p. 7).

Tal posicionamento, contudo, vai de encontro à lógica acusatória estabelecida com a CF/1988, como já exposta. Assim, fica evidente a crise que incide sob o processo penal brasileiro: de um lado, tem-se o seu âmago, baseado em uma estrutura inquisitorial para satisfazer os interesses do Estado, que, supostamente, age com o intuito de gerar pacificação social. Na outra ponta, tem-se a CF/1988, que objetiva limitar qualquer tipo de abuso que possa ser praticado pelos agentes estatais, visando à proteção dos direitos individuais.

deve agir de modo garantir a proteção dos direitos fundamentais dispositos na CF/1988, nas convenções internacionais e na legislação processual.

¹¹ O art. 395 do Código de Processo Penal dispõe as situações em que o juiz deve rejeitar liminarmente a exordial acusatória. Uma das hipóteses é a ausência de justa causa que, segundo Renato Brasileiro, a expressão “[...] deve ser entendida como um lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal (prova da materialidade e indícios de autoria), funcionando contra o uso abusivo do direito de acusar” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1085)

¹² Deve-se ressalvar que o Código de Processo Penal, em diversos momentos, expõe a importância da participação do defensor, podendo isso ser verificado ao se analisar o art. 185 (“O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”), art. 261 (“Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”), art. 564, III, c (“A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] a nomeação de defensor ao réu presente [...]”).

A questão se torna mais complexa quando se traz para discussão o cenário estabelecido no século XXI, no qual, e graças à tecnologia, à invasão de privacidade, à violação de outros direitos e ao constante monitoramento (*surveillance*), se tornou algo corriqueiro, modificando a forma como se aplica o Direito e a atuação de todos os seus profissionais. Essa mudança de paradigma, como expõe, em entrevista, Marina Ferferbaum,¹³ deve atingir também os estudantes de Direito que ainda não são preparados para se adequar à nova realidade.

Assim, os processos, cada vez com uma maior quantidade de terabytes com documentos que foram juntados ao longo de anos de investigação, tornam a atividade defensiva cada vez mais complexa, uma vez que exige da defesa instrumentos tecnológicos para analisar os dados – o que muitos não têm condições para arcar –, com a devida atenção que suas peculiaridades requerem. Assim, até a identificação da licitude da prova é difícil. Deve-se, portanto, recorrer aos sistemas de inteligência artificial para que todos esses dados sejam expostos de uma maneira ordenada, a fim de que se possa compreender adequadamente o processo.

No entanto, ainda tratando do monitoramento, os Estados cada vez mais investem em tecnologias de vigilância de seus cidadãos.¹⁴ Isso permite que, a partir da construção de algoritmos, seja possível verificar potenciais criminosos que devem ser constantemente monitorados pela polícia.¹⁵ O problema que isso pode gerar é a perseguição sistematizada de opositores ou de pessoas marginalizadas sob o argumento de que se deve prevenir, sancionando situações de riscos, ainda não concretizados, ensejando uma nova discussão: o Direito Penal deve discutir fatos praticados, como defende sua vertente liberal, ou incluir em seu bojo as situações de risco, ainda que não se concretizem como forma de proteger os direitos da comunidade. Percebe-se que a tecnologia é de grande valor para o Direito, porém o seu uso desarrazoado pode acarretar um retrocesso, gerando uma ex-

¹³ BARROS, Rubem. O futuro das profissões jurídicas. **Revista Ensino Superior**. Edição 236. Disponível em: <<https://revistaensinosuperior.com.br/futuro-do-direito/>>. Acesso em: 19 maio 2019.

¹⁴ BBC. O plano chinês para monitorar – e premiar – o comportamento de seus cidadãos. **BBC Mundo**. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42033007>>. Acesso em: 19 maio 2019.

¹⁵ EXAME. Polícia de Chicago usa algoritmo no combate ao crime. **EXAME**. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/policia-de-chicago-usa-algoritmo-no-combate-ao-crime/>>. Acesso em: 15 maio 2019.

pansão do Direito Penal e um uso inadequado do Processo Penal, o qual serviria apenas como mecanismo para efetivar a aplicação daquele.

Daí decorre a importância de se estudar as novas fronteiras do Direito Processual Penal, a fim de verificar como esse ramo pode ser utilizado para proteger o réu dos abusos do Estado, limitando, assim, a sociedade de vigilância.

Ao analisar o ordenamento jurídico, constata-se que não há legislação regulamentando o uso da inteligência artificial no âmbito penal. Apesar de a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - ter entrado em vigor em agosto de 2020, não foram elaboradas diretrizes para questões envolvendo a investigação criminal e o processo penal. Isso pode ser confirmado quando o seu art. 4º, inciso III, dispõe que a LGPD não se aplica quando se realiza “atividades de investigação e represão de infrações penais”, pois deverá ser regida “legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei” (art. 4º, §1º, LGPD).

Paralelamente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou uma série de resoluções que tratam especificamente da Inteligência Artificial ou de temas correlatos, como as Resoluções nº 334/2020¹⁶ e 345/2020¹⁷. Em relação à primeira, o CNJ editou a Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020,¹⁸ a qual “dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário”. Nesse ato normativo, é previsto que o uso da IA deve ser compatível com os Direitos Fundamentais elencados na Constituição e em tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 4º). Além dis-

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 334, de 21 de setembro de 2020. Institui o Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original193417202009225f6a51b9a757c.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

so, há uma preocupação com a garantia da segurança jurídica, respeitando “[...] a igualdade de tratamento aos casos absolutamente iguais” (art. 5º), bem como deve haver a preservação da igualdade, da não discriminação, da pluralidade e da solidariedade, eliminando ou minimizando a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos (art. 7º).

Entretanto, ao analisar tais atos normativos, constata-se que não houve uma preocupação do uso de tais tecnologias com o Direito Penal e com o Processo Penal, ficando a dúvida em relação à possibilidade de o Estado, por exemplo, utilizar tais dados para realizar investigações com cruzamento de dados sem autorização judicial, com vistas a identificar, por exemplo, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

Essa normatização é essencial, pois, nos últimos anos, tornou-se recorrente abrir os jornais e deparar com diversas notícias de corrupção como: desvios de verbas públicas, a compra de sentenças, etc., os quais maculam todas as funções do poder. A exposição desses fatos, todavia, decorre de um avanço democrático, pois demonstra um maior comprometimento dos órgãos fiscalizadores e dos cidadãos em verificar se as atuações dos agentes públicos condizem com as finalidades impostas pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), impedindo que o Estado seja utilizado para benefício de um determinado grupo.¹⁹

Apesar da relevância dessa exposição, é indispensável a cautela. O comprometimento dos órgãos de investigação (Polícia Judiciário, Ministério Público, Unidade de Inteligência Financeira (UFI) deve sempre estar limitado à legislação, a fim de evitar constrangimentos desnecessários ao investigado. Não se pode olvidar que este pode ser extremamente prejudicado a depen-

¹⁹ Lilia Moritz Schwarcz identifica o patrimonialismo e a corrupção como os dois principais inimigos da República. Segundo a autora, o primeiro “[...] é o resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. Ou, dito de outra maneira, trata-se do entendimento, equivocado, de que o Estado é bem pessoal, ‘patrimônio’ de quem detém o poder”. O segundo inimigo “[...] remete ao ato de conceder ou receber vantagens indevidas ou de agentes públicos ou do setor privado, com o intuito de obter vantagens. De tão espraiada no Brasil, a corrupção acabou tomando parte, fundamental, do mundo da política, mas está igualmente presente nas relações humanas e pessoais” (SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019).

der do modo que informações pessoais são expostas e analisadas pelos agentes. Assim, não é possível o Estado se utilizar de uma lógica utilitarista para justificar a expansão da atividade persecutória por meio de um reforço institucional²⁰ – como re-crudescimento da legislação e monitoramento eletrônico dos cidadãos –, como se fosse o remédio para combater os males que assolam a sociedade brasileira.

Essa lógica aponta para um caminho mais rigoroso, no qual o sistema penal passa a ser central para o combate à criminalidade brasileira. As razões são diversas, entre as quais se destacam duas. A primeira é decorrente da pseudofacilidade de combater o crime por meio do Direito Penal.²¹ A segunda é que determinados setores realizam apologia à “tolerância zero”, por meio da qual a lógica punitivista deve ser aplicada para todos os desvios de condutas, ainda que tais infrações gerem uma pígia ou nenhuma (caso dos crimes de perigo) lesão a bens jurídicos, impondo ao acusado toda a força estatal para aplicação do *jus puniendi* (SÁNCHEZ, 2013, p. 37-38). Essa teoria defende que a punição de pequenos criminosos é importante, pois, supostamente, evitaria que passem a se especializar, praticando crimes mais elaborados, cujos bens jurídicos lesionados são mais relevantes (v.g. os crimes hediondos e seus equiparados).

²⁰ Em obra específica sobre o tema, Jesús-María Silva Sanchez demonstra que a evolução da sociedade constrói novas relações, desconhecidas pelos seres humanos, podendo gerar sensação de insegurança. Diante dessa nova realidade, o Direito Penal passou a ser expandido, criminalizando desenfreadamente condutas, ainda que se caracterizem em meros atos preparatórios. Além, e no âmbito do processo penal, citada expansão propugna pela flexibilização de procedimentos garantidores dos direitos fundamentais do réu, bem como permite o reforço de instituições estatais legitimadas para persecução, como Ministério Público, Polícia Judiciária, Receita Federal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Por isso, passa a ser, cada vez mais, necessário que legislação seja criada a fim de controlar possíveis abusos e não o contrário (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.

²¹ Como bem demonstra Jesús-María Silva Sanchez, é frequente “[...] que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29).

Torna-se errôneo, todavia, afirmar que crimes, principalmente os praticados pelas elites, são novos. A historiografia brasileira demonstra que tais atos desviantes não são exclusivos do período democrático, nem muito menos se restringem a determinado grupo social ou partido político. Ao contrário, a corrupção, a confusão do patrimônio público com o privado (patrimonialismo), os conchavos para preservação de posições políticas, a punição aplicada aos inimigos, a segregação dos indesejados etc., sempre fizeram parte da história brasileira e nunca visaram à promoção de uma melhor qualidade de vida para população, senão a sedimentação de alguns no poder.²²

Como se constata, o combate à criminalidade é recorrente no discurso eleitoreiro; faz parte de plataformas de governo, que exortam a punição rigorosa e rápida das condutas criminosas, inflando a lógica perniciosa de que haverá um criminoso a menos na sociedade. Essas diretrizes ganham facilmente a simpatia da população, que vive em um constante estado de insegurança (daí o fato de se mencionar sobre a responsabilidade de apresentar os dados com responsabilidade) e passa a bradar por tais rigores e legitimando atos aptos a punir essas condutas desviantes, ainda que desrespeitem direitos e garantias dispositivos na Constituição Federal de 1988 (CF/1988).²³ Será, contudo, que a expansão do sistema penal (material e processual) gerou efeitos condizentes com a proposta, ou seja, diminuição da criminalidade?

Engana-se, contudo, quem pensa que essa lógica só se aplica ao Direito Penal material, com a criação ou recrudescimento de crimes. Há, também, repercussão no âmbito processual penal, que deixa de ser visto como instrumento de proteção ao réu con-

²² Essa crítica pode ser constatada na obra escrita, no final do século XIX, por Amaro Cavalcanti, na qual é demonstrada a ausência do interesse público nas ações dos funcionários públicos (CAVALCANTI, Amaro. **Regime Federativo e a República Brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983).

²³ “A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu digamos, ‘lugar natural’ clássico – direito de polícia –, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente ‘rígidas’ e se apregoa sua ‘flexibilização’” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

tra os possíveis abusos praticados por agentes estatais, mas como ferramenta para evitar novas práticas delitivas ou para resguardar a credibilidade das instituições públicas.²⁴

Não obstante ao aumento do número de presos no Brasil, as pesquisas empíricas demonstram aumento da criminalidade.²⁵ Isso reforça os argumentos utilizados por determinados setores sociais favoráveis à modificação da legislação, relativizando mais ainda as garantias penais e processuais, de modo a permitir, por exemplo, a execução antecipada da pena, ou a relativização das aceitações de provas obtidas ilicitamente.²⁶ Por conseguinte, defende-se o afastamento dos argumentos liberais de proteção dos direitos individuais, passando-se, então, a adotar a lógica de intervenção do Estado.

Sob esse raciocínio, ou seja, o de adoção de medidas que demonstram a não convivência com os crimes praticados, principalmente por pessoas com recursos financeiros, além do avanço tecnológico que permite cruzamentos de informações, o Estado passou a investir em monitoramento cada vez mais sofisticado, em que dados são cruzados, mesmo sem o consentimento do monitorado ou da existência de ordem judicial.

Isso, inclusive, já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de Repercussão Geral, que decidiu pela constitucionalidade do compartilhamento de informações entre a Receita Federal e a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (UIF), sem a necessidade de prévia autorização judicial (Tema 990).²⁷ Como se observa ao analisar o referido tema, esse

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 88476/DF**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em: 17 out. 2006. Publicado em: 06 nov. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7777/false>

²⁵ Segundo o Atlas da Violência de 2019, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o número de homicídios nos municípios considerados pequenos (menos de 100 mil habitantes) teve um aumento de 113% se realizada uma comparação entre os anos de 1997 e 2017. Na contramão desse dado, há uma redução de 4,5%, no mesmo período, em relação aos municípios grandes (mais de 500 mil habitantes) (CERQUEIRA, Daniel et. al. **Atlas da violência 2019:** retratos dos municípios brasileiros. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/atlas-da-violencia-2019-munic%C3%ADpios.pdf>>).

²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 Medidas contra a corrupção.** Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

²⁷ "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de

compartilhamento de dados necessita que haja a constatação de que um possível ilícito foi identificado e que, por essa razão, os órgãos de persecução penal deverão ser acionados por meio de comunicação formal para a devida apuração.

Entretanto, o mesmo Tribunal, no Recurso Extraordinário 1.393.219, julgou que o inverso não é verdadeiro, fazendo *distinguishing* de suas decisões. Nesta situação, o Ministério Público Federal requisitou diretamente à Receita Federal, ou seja, sem autorização judicial, cópia de declarações de impostos de renda das pessoas física e jurídica. A defesa impetrou *habeas corpus* sob o argumento de que essa solicitação e as provas dela obtidas iam de encontro a direitos fundamentais – privacidade, intimidade, sigilo bancário e fiscal – garantidos constitucionalmente (art. 5º, X e XII, CF).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), ao analisar o *writ*, concluiu que os argumentos apresentados pela defesa não mereciam prosperar, pois a Lei Complementar nº 75/93 do Ministério Público da União, em seu art. 8º, permite que esse órgão requisite à Administração Pública informações para realização de atividades específicas. Porém, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade das citadas provas e sua decisão foi mantida pelo STF.

Em suma, o STF está construindo uma jurisprudência no sentido de que o compartilhamento de dados não é uma “via de mão-dupla”. O fato de a Receita Federal e o UIF encaminharem, de ofício e sem autorização judicial, aos órgãos de persecução criminal informações sobre possíveis crimes não autoriza que estes façam requisições de informações específicas, uma vez que violaria direitos fundamentais.

Como se observa, quanto o art. 15 da Lei nº 9.613/98 preveja que o UIF deverá comunicar “às autoridades competen-

persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **TEMA 990**, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em: 04 dez. 2019. Publicado em: 18 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990>).

tes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”, a ausência de legislação específica que pormenorize o procedimento do compartilhamento está gerando não insegurança jurídica, como também forçando o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, e outros órgãos a regulamentar essa lacuna.

A título de exemplo, tem-se a Proposta de Resolução 18/06/2024 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual visa regulamentar “[...] a comunicação, pelo Ministério Público, de informações sobre ilícitos penais ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)”.²⁸ Ao analisar a referida proposta, percebe-se que não se trata de requisição de informação, mas de o Ministério Público comunicar ao COAF a prática de determinados ilícitos para que esse órgão possa realizar os procedimentos adequados de investigações.

A despeito de a resolução especificar que o ato praticado pelo Ministério Público se limitará a comunicação ao COAF, pode-se facilmente constatar que isso seria uma burla à decisão do Supremo Tribunal Federal, pois, a partir do momento que o primeiro informa o segundo sobre uma suposta prática delitiva, este, ao concluir suas verificações, deverá encaminhar para aquele os resultados. Observa-se, portanto, que há uma evidente forma de evitar a necessidade de decisão judicial para obter informações financeiras de pessoas que estão sendo investigadas.

Percebe-se que, embora o UIF/COAF tem como objetivo “produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro” (art. 3º, I, Lei nº 13.974/2020), esse tipo de atuação combinada com a ausência de legislação que regulamenta os procedimentos e com o avanço tecnológico demonstra o quanto o Estado está expandindo sua persecução, de modo que, mesmo não havendo investigação formal instaurada, é possível que dados sensíveis sejam acessados por órgãos persecutórios sem que o investigado tenha qualquer tipo de ciência dessa invasão/constrangimento.

Esse problema é grave e é decorrente da ausência de legislação que regulamente isso de forma adequada, a fim de gerar

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Resolução 18/06/2024. Dispõe a comunicação, pelo Ministério Público, de informações sobre ilícitos penais ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_COMUNICACAO_COAF.pdf. Acesso em 10 set. 2024.

segurança jurídica. Muito do que se tem vinculado a esse tipo de investigação previsto em portarias de órgãos responsáveis pelo monitoramento de operações financeiras, como o COAF, ou está baseado em decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais permitiram que haja monitoramento, ainda que sem autorização judicial, o que vai de encontro a princípios básicos não só do Direito Processual Penal, como também a outros direitos garantidos constitucionalmente, como a legalidade, segurança jurídica, privacidade etc.

Conclusão

No Brasil, ainda é incipiente, tanto no plano normativo, quanto no plano acadêmico o estudo dos impactos dessa nova realidade.²⁹ Conquanto haja diversos estudos que tratem sobre Inteligência Artificial publicados em artigos científicos,³⁰ não é vasta a quantidade de publicações que tratem sobre o tema e sua relação com o Direito Processual Penal e, mais especificamente, em relação ao uso de inteligência artificial em investigações criminais,³¹ o que demonstra que estamos diante de uma nova realidade e que o presente projeto possui inovação em sua abordagem.

Essa ausência de normas específicas facilita o abuso do Estado, o que possibilitará a violação de direitos fundamentais, como o acesso de dados que são protegidos pelo sigilo bancário. Não se está defendendo que o Estado não possa realizar investigações para apurar a prática de crimes econômicos, os quais, cada vez mais, se tornam complexos e de difícil monitoramento. O que se quer demonstrar é que a regulamentação – e a observância dessas diretrizes – é essencial para evitar que o poder estatal seja indevidamente utilizado por aqueles que o detêm.

²⁹ Não se pode desprezar, todavia, as publicações feitas em artigos científicos sobre o tema. O que se quer demonstrar é que, em nível de doutorado, o objeto de estudo deste projeto ainda não foi discutido.

³⁰ Vale mencionar a recente publicação da coletânea de artigos que tratam sobre a relação da Inteligência Artificial e Processo: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Org.). **Influência Artificial e Direito Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

³¹ Pode-se citar, a título de exemplo: ROSA, Alexandre Morais da.; BOEING, Daniel Henrique Arruda. **Ensino um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: EMais, 2020; GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador**: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

Além disso, a ausência de regulamentação e o aperfeiçoamento das investigações por meio do uso da inteligência artificial, que, cada vez mais, cruzarão informações dos cidadãos sem qualquer tipo de autorização e conhecimento desses, exigirão que o Congresso Nacional se debruce sobre essa questão para regulamentar de forma adequada. Enquanto isso não ocorre, o Supremo Tribunal Federal e outros órgãos, como o CNMP, assumem indevidamente esse papel, criando regulamentação e solução que vão de encontro à Constituição Federal.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. Neo-constitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal:** comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Rubem. O futuro das profissões jurídicas. **Revista Ensino Superior**. Edição 236. Disponível em: <<https://revistaensinosuperior.com.br/futuro-do-direito/>>. Acesso em: 19 maio 2019.
- BBC. O plano chinês para monitorar – e premiar – o comportamento de seus cidadãos. BBC Mundo. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42033007>>. Acesso em: 19 maio 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 334 de 21 de setembro de 2020. Institui o Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/193417202009225f6a51b9a757c.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 345 de 09 de outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Resolução 18/06/2024. Dispõe a comu-

nicação, pelo Ministério Público, de informações sobre ilícitos penais ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_COMUNICACAO_COAF.pdf. Acesso em 10 set. 2024.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Honoris Causa.** Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298, 6.300 e 6.305. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em: 24 ago. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 88476/DF**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em: 17 out. 2006. Publicado em: 06 nov. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7777/false>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **TEMA 990**, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em: 04 dez. 2019. Publicado em: 18 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990>.

CAVALCANTI, Amaro. **Regime Federativo e a República Brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CERQUEIRA, Daniel et. al. **Atlas da violência 2019:** retratos dos mu-

nípios brasileiros. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <<http://www.forumsegurança.org.br/wp-content/uploads/2019/09/atlas-da-violencia-2019-munic%C3%ADpios.pdf>>.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2010.

EXAME. Polícia de Chicago usa algoritmo no combate ao crime.

EXAME. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/policia-de-chicago-usa-algoritmo-no-combate-ao-crime/>>. Acesso em: 15 maio 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Surveillance, Democracia e Direitos Humanos: os limites do Estado na era do Big Data**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio Sinos – Unisinos, São Leopoldo.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 Medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria. **Brasil:** uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasiliis*. **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 921, p. 359-392, jul./2012.

VÉLIZ, Clarissa. **Privacidade é poder:** por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Contracorrente, 2021.

Advocacia predatória e a “indústria” do dano moral nas demandas bancárias

Rodrigo Cavalcanti
Mestre em Direito pela UFRN

Anne Karolline Davin de Moraes
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio

RESUMO

O trabalho aborda o conceito de dano moral no Brasil, analisando sua evolução ao longo do século XX, com destaque para o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988. Além de discutir a reparação por lesões à dignidade e à integridade emocional, o estudo critica a “indústria do dano moral”, na qual ações judiciais infundadas buscam enriquecimento sem causa, especialmente contra instituições bancárias. Também explora a advocacia predatória, em que advogados se aproveitam de brechas no sistema judicial para propor múltiplas ações sem fundamento sólido. O presente artigo tem por objetivo analisar a quantidade elevada de indenizações ligadas à prática predatória nas demandas bancárias nas relações contratuais na esfera consumerista. Para tanto, por meio de análise bibliográfica de revistas, artigos científicos e normativas legais, discutiremos como esses fenômenos refletem práticas abusivas e oportunistas, que visam obter vantagens financeiras por meio de ações judiciais, muitas vezes infundadas ou exageradas, as quais exploram brechas legais e a subjetividade das decisões judiciais. A pesquisa sugere estratégias para combater essas práticas abusivas, como o uso de inteligência artificial e painéis de monitoramento para identificar comportamentos predatórios, além de reforçar a necessidade de sanções e maior fiscalização por parte da OAB. O estudo enfatiza a importância da ética profissional e do rigor na análise dos casos, visando preservar a integridade da Justiça e evitar a banalização do dano moral. A partir disso, levantaremos questões sobre a ética profissional, a eficiência do sistema judiciário e os impactos dessas ações, identificando as causas e consequências, bem como propostas que visam reformas para mitigar esses efeitos.

Palavras-chave: Advocacia predatória. Má-fé. Instituições financeiras. Dano moral.

ABSTRACT

This paper addresses the concept of moral damages in Brazil, analyzing its evolution throughout the 20th century, with emphasis on its recognition by the Federal Constitution of 1988. In addition to discussing compensation for injuries to dignity and emotional integrity, the study criticizes the "moral damages industry", where unfounded lawsuits seek unjust enrichment, especially against banking institutions. It also explores predatory law, where lawyers take advantage of loopholes in the judicial system to file multiple lawsuits without solid grounds. This article aims to analyze the high number of compensation claims linked to predatory practices in banking lawsuits in contractual relations in the consumer sphere. To this end, through a bibliographic analysis of journals, scientific articles and legal regulations, we will discuss how these phenomena reflect abusive and opportunistic practices that aim to obtain financial advantages through lawsuits, often unfounded or exaggerated, that exploit legal loopholes and the subjectivity of judicial decisions. The research suggests strategies to combat these abusive practices, such as the use of artificial intelligence and monitoring panels to identify predatory behavior, in addition to reinforcing the need for sanctions and greater oversight by the OAB. The study emphasizes the importance of professional ethics and rigor in the analysis of cases, aiming to preserve the integrity of the Justice system and avoid the trivialization of moral damage. Based on this, we will raise questions about professional ethics, the efficiency of the judicial system and the impacts of these actions. Identifying the causes and consequences, as well as proposals that aim at reforms to mitigate these effects.

Keywords: Predatory law. Bad faith. Financial institutions. Moral damage.

Introdução

O presente artigo discute o conceito de dano moral, sua evolução jurídica no Brasil e sua aplicação nos casos envolvendo instituições financeiras. Inicialmente, o conceito de dano moral é definido como a lesão a direitos da personalidade, como a dignidade e a honra, resultando em reparação não apenas por

perdas materiais, mas também por sofrimento emocional. A Constituição de 1988 consolidou essa proteção, ampliada pelo Código Civil de 2002, que também regula a responsabilidade civil por atos ilícitos, sejam eles morais ou materiais.

No segundo tópico, aborda-se a litigância predatória, prática na qual advogados ajuízam múltiplas ações infundadas, visando a ganhos financeiros. Essa prática tem sido comum em demandas contra instituições bancárias, muitas vezes aproveitando-se da falta de compreensão dos consumidores sobre seus direitos e serviços financeiros. A litigância predatória e a “indústria do dano moral” contribuem para a sobrecarga do Judiciário e a banalização do instituto do dano moral. É essencial manter o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a prevenção de abusos judiciais, promovendo uma advocacia ética e comprometida com a justiça.

Conclui-se que, embora o reconhecimento do dano moral tenha fortalecido os direitos individuais no Brasil, o aumento de ações judiciais infundadas e a litigância predatória ameaçam desvirtuar sua finalidade. A preservação da integridade da Justiça exige a adoção de práticas rigorosas e éticas, aliadas à criação de mecanismos eficazes de monitoramento e combate a abusos, sobretudo no contexto das instituições financeiras.

2 O dano moral – conceituação, análise crítica e consequência no Judiciário

O conceito de dano moral no Brasil tem uma história de evolução significativa ao longo do século XX, culminando em um reconhecimento mais robusto com a Constituição Federal de 1988 – CF/88 (Brasil, 1988). Antes disso, a ideia de que uma pessoa pudesse ser compensada por danos não materiais, como sofrimento emocional ou lesão à dignidade, ainda era tímida no cenário jurídico brasileiro. Com a promulgação da CF, essa proteção ganhou força, tornando-se um direito fundamental.

Nos incisos V e X do Art. 5º da Constituição, fica claro que qualquer violação à honra, à vida privada, à imagem ou à intimidade de uma pessoa pode resultar em reparação, tanto por danos morais quanto materiais (Brasil, 1988). Isso significa que, além de proteger direitos físicos e patrimoniais, o ordenamento jurídico passou a reconhecer que a dignidade, o respeito e a integridade emocional também são direitos essenciais.

Se alguém sofre com um ataque à sua reputação ou tem sua privacidade violada, por exemplo, é possível buscar compensa-

ção para minimizar o impacto dessa dor ou humilhação. Andrade (2003, p. 03) afirma que “o dano moral cursa com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo”.

Esse avanço reflete uma compreensão mais humana da lei, a qual não se limita mais apenas ao que é visível ou tangível. Compreender que o sofrimento emocional ou o dano à imagem de alguém pode ser tão ou mais devastador do que um prejuízo financeiro foi um marco importante. A partir dessa mudança, os tribunais brasileiros passaram a aplicar esse entendimento com maior frequência, consolidando o direito à reparação por dano moral como uma forma de justiça para aqueles que tiveram sua dignidade ferida.

Para Diniz (2024, p. 180), o dano moral é como “qualquer sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária”. Segundo a autora, o dano moral compreende dor, tristeza, vexame e humilhação, sendo caracterizado pela violação dos direitos da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada.

Já Gonçalves (2021, p. 154) entende que o dano moral é como uma ofensa a um bem jurídico que não possui valor econômico, mas que afeta a dignidade da pessoa. Para ele, a reparação deve ser proporcional ao sofrimento causado.

Ao ser contemplado entre os direitos e as garantias fundamentais, o dano moral passou a ser um direito consagrado, o que acarretou um número cada vez maior de demandas buscando a reparação. Além de previsto na Constituição Federal, o dano moral também está previsto no Código Civil de 2002, que estabelece o direito à reparação em diversos artigos (Brasil, 2002). Vejamos:

Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano. (Brasil, 2002).

A partir de então, houve uma expansão significativa no número de ações judiciais buscando reparação por danos mo-

rais, especialmente contra instituições bancárias, as quais são vistas como alvos lucrativos. No Brasil, no ano de 2023, 12% dos novos casos propostos no Judiciário versavam sobre danos morais e materiais de acordo com a publicação “Anuário da Justiça 2024 – Choque de Realidade: Quando as coisas não funcionam, é hora de chamar o Judiciário”, que compila dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e elaborada pela revista Consultor Jurídico (Gandini, 2024, p. 1).

Foram cerca de mais de 4 milhões de processo na esfera cível, trabalhista e consumerista, tornando-se, portanto, a maior demanda da justiça brasileira, com 836 mil novos casos protocolados apenas em 2023. A pesquisa, ainda, ressalta que as ações de danos morais superam, inclusive, o volume de execuções fiscais. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Superior Tribunal de Justiça, em 2013, discorre:

Ao analisar o pedido de indenização por danos morais, deve o julgador apreciar cuidadosamente o caso concreto, a fim de vedar o enriquecimento ilícito e o oportunismo com fatos que embora comprovados, não são capazes de causar sofrimentos morais, de ordem física ou psicológica, aos cidadãos. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 276.671-SP, 3a Turma do STJ, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. STJ, 2013).

De acordo com Diniz (2024, p. 100), o dano moral, para que seja caracterizado judicialmente, precisa cumprir alguns requisitos, os quais:

Ato Ilícito: O dano deve resultar de um ato contrário ao ordenamento jurídico, que pode ser uma ação ou omissão.

Dano: Deve-se comprovar a existência de um prejuízo moral, afetando a esfera íntima da vítima.

Nexo de Causalidade: É necessário estabelecer uma ligação direta entre o ato ilícito e o dano sofrido pela vítima.

Culpabilidade: Em muitos casos, é essencial demonstrar a culpa ou dolo do agente causador do dano.

O reconhecimento do dano moral fortalece a proteção dos direitos da personalidade, assegurando que lesões imateriais

sejam devidamente reparadas. Isso contribui para a manutenção da dignidade e da integridade dos indivíduos, promovendo um ambiente de respeito e consideração mútua.

Nessa seara, chegamos ao termo “Indústria do dano moral” que nada mais é do que o aumento excessivo e, muitas vezes, abusivo de ações judiciais. Nesses casos, o dano moral pleiteado é desproporcional ou infundado. Frank, Ziggiotti e Corrêa (2013, p. 03) discorrem que a democratização do acesso à justiça e a ampliação da proteção aos direitos individuais promovidas pela Constituição não devem ser confundidas com a banalização de ações judiciais sem fundamento.

As instituições bancárias são alvos fáceis, tendo em vista o alto poder aquisitivo. Nessas demandas, normalmente os advogados que ingressam várias demandas de valores pequenos, mas que têm rentabilidade fácil, ou seja, o lucro é certo.

Contudo, essa prática tem banalizado o conceito de dano moral, uma vez que sobrecarrega o Judiciário e desvirtua o instituto do dano moral, que deveria ser reservado para situações realmente graves e que causem efetivo sofrimento à vítima.

Martins-Costa (2014, p. 7.111) comenta que:

Ninguém duvidaria ser inconfundível uma lesão corporal grave – por exemplo, a perda de um braço em razão de acidente de trânsito – com o eventual dissabor por esperar em fila bancária por 25 minutos, ou por ter de reclamar junto ao Banco algum desconto indevido na conta corrente, logo prontamente reposto. O critério da gravidade do dano é a face assumida, no dano extrapatrimonial, pelo critério da extensão do dano, pois embora nesta seara seja difícil medir “matematicamente” a extensão do prejuízo, bem se pode valorar a sua gravidade para a vítima, em vista do bem jurídico lesado”.

Esse também é o pensamento de Maria Helena Diniz (2024, p. 254), que entende que a banalização do dano moral transforma o instituto em uma “indústria”. Ela argumenta que a reparação por danos morais deve ser reservada para situações em que há uma verdadeira ofensa à dignidade, à honra ou à integridade psíquica do indivíduo. Diniz enfatiza a necessidade de critérios rigorosos para a concessão de indenizações, a fim de evitar o enriquecimento sem causa e a desmoralização do sistema de justiça.

Kashima (2015, p. 11) adiciona que o dano moral está intrinsecamente associado à personalidade e à dignidade, sendo que dissabores ou aborrecimentos cotidianos não devem ser tratados como tal. O mero aborrecimento causado por dano material, por exemplo, não justifica indenização por dano moral, e é importante ressaltar que até mesmo pessoas jurídicas podem ser vítimas desse tipo de ofensa.

A quantificação da indenização deve ser determinada de forma justa, e o dano moral precisa ser comprovado para justificar reparação. Dessa maneira, o dano moral não pode ser visto como um meio de obter vantagem financeira, pois a interpretação dos valores subjetivos ligados à dignidade humana deve garantir que a convivência cotidiana não se torne insuportável (Kashima, 2015, p. 11).

Em sendo assim, a enxurrada de ações judiciais por dano moral sem fundamento sólido pode levar à banalização do instituto. Sem falar que ocasiona, em muitos casos, o enriquecimento ilícito e acaba comprometendo a seriedade e a legitimidade das verdadeiras situações de lesão moral.

Para Cavalieri Filho (2023, p. 270), o dano moral deve ser reservado para situações em que há um sofrimento significativo e não para meros aborrecimentos ou contratemplos do dia a dia. Enfatiza, também, que os juízes adotem uma postura mais rigorosa na análise dos casos, evitando a concessão de indenizações em situações triviais.

De acordo com Campos (2021, p. 02), a “indústria” do dano moral objetiva apenas o enriquecimento ilícito:

Percebe-se, assim, que “a dita ‘indústria do dano moral’ seria a percepção equivocada dos fatos ocorridos em sociedade, que não lesam bens juridicamente protegidos, distorcidamente, com intuito de enxergar-se a lesão moral onde não há, com o objetivo de enriquecimento sem causa.

O dano moral é um instituto jurídico fundamental para a proteção dos direitos da personalidade, assegurando reparação para lesões imateriais que afetam a dignidade e o bem-estar dos indivíduos. A correta aplicação desse conceito, aliada a critérios jurisprudenciais rigorosos e proporcionais, é essencial para evitar a banalização e garantir a justiça nas relações sociais. A sociedade e o sistema judicial devem estar atentos para equilibrar a proteção dos direitos individuais com a prevenção de abusos e a manutenção da integridade do instituto do dano moral.

3 A advocacia predatória – conceituação e caracterização do instituto

Já a advocacia predatória refere-se à prática de advogados que promovem diversas ações judiciais com pedidos semelhantes, com o objetivo principal de obter ganhos financeiros. A Nota Técnica nº 01/2022 do TJMG (2022), emitida pelo Centro de Inteligência da Justiça, aborda a litigância predatória, a qual envolve o uso abusivo do sistema judiciário por litigantes habituais e o abuso de direito para obter ganhos financeiros infundados. A nota propõe estratégias como o monitoramento desses litigantes, o uso de inteligência artificial para identificar comportamentos abusivos, e a aplicação de sanções a advogados e partes envolvidas. Além disso, sugere a criação de mecanismos para evitar a judicialização artificial e garantir que o sistema se concentre em causas legítimas.

Para Diniz (2024, p. 87):

o advogado deve pautar sua atuação pela ética e pela moral, evitando práticas que possam ser consideradas predatórias, pois isso não apenas fere os princípios da profissão, mas também prejudica a administração da Justiça”.

Gonçalves (2024, p. 150) entende que a advocacia predatória se revela como um desvio de conduta que deve ser combatido, pois a função do advogado é a de promover a Justiça, e não de explorar as fraquezas do sistema em benefício próprio.

Normalmente, as ações são protocoladas em diversas comarcas e varas, com a mesma causa de pedir os mesmos argumentos, mudando apenas a qualificação e o endereço. Comumente, estão atrelados a ações consumeristas, e os principais alvos são as instituições de grande porte, como as instituições financeiras, que são alvo constante desse tipo de profissional, que se aproveita da falta de conhecimento dos seus clientes e acaba por prometer ganhos fáceis e rápidos.

Sob essa perspectiva, Mól e Silva (2024, p. 04) comentam que:

Na litigância predatória, por seu turno, a intenção é tumultuar, de algum modo, o exercício da função jurisdicional, com a propositura de várias ações, muitas delas sem um lastro de fato e de direito factíveis. Tais condutas se dão para atra-

palhar a atuação do órgão judiciário em casos específicos, para dificultar a defesa da parte contrária ou, mesmo, em benefício do próprio advogado, que busca obter a fixação de honorários advocatícios de forma indevida”.

Nesse contexto, percebe-se, portanto, uma conduta antiética e uma multiplicação de litígios desnecessários contra os bancos. Desse modo, o Judiciário fica amarrulado de ações, comprometendo sua atividade, já que o número elevado de processos acaba por ocasionar uma morosidade na resolução dos conflitos.

Diniz (2024, p. 178) ressalta que a prática predatória, que envolve a exploração de situações de vulnerabilidade, é considerada uma violação grave da responsabilidade do advogado. Argumenta, ainda, que essa conduta não apenas prejudica o cliente, mas também desvirtua a função social do advogado, que deve ser a de promover a Justiça e a equidade.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é o órgão responsável pela fiscalização e regulação dos advogados no Brasil. O instituto foi regulamentado pela Lei nº 8.906/1994, a qual estabelece o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Brasil, 1994), e o Código de Ética e Disciplina da OAB, editado pela Ordem como parte de suas prerrogativas legais instituídas pelo Estatuto.

Em seu artigo 33, institui que o advogado deve proceder de forma compatível com a dignidade da profissão, ou seja, é preciso evitar práticas abusivas ou que possam ser consideradas predatórias (Brasil, 1994).

O Art. 34, inciso IV ressalta que configura infração disciplinar a captação de causas com angariação ou captação indevida de clientela (Brasil, 1994). Desse modo, fica evidenciado que a advocacia predatória é configurada como uma infração, haja vista que ela envolve a captação indiscriminada de processos, e clientes, ou seja, demandas em massa, sem um exame adequado da viabilidade jurídica.

A prática se mostra comum e costumeira, justamente pela falta de penalidades e a possibilidade de obter honorários advocatícios elevados em casos de dano moral até mesmo quando as demandas são baixas, tendo em vista os bancos possuírem recursos para pagar as indenizações.

No seu artigo 70, o Estatuto da OAB prevê que os processos disciplinares serão instaurados para apurar a prática de infrações ético-disciplinares, como aquelas relacionadas à advocacia

predatória (Brasil, 1994). A falta de conhecimento por parte dos consumidores de o que realmente constitui o dano moral e quais são seus limites e direitos faz com que sejam facilmente enganados e ingressarem com ações.

No que diz respeito ao sistema bancário, isso é acentuado pela dificuldade em compreender os produtos e serviços financeiros. A falsa sensação de um esclarecimento os deixa à mercê desse tipo de profissional.

Ao falar em advocacia predatória, vários dilemas éticos são levantados: honestidade, integridade, ética, respeito. A busca incessante pelo lucro fere os princípios fundamentais da profissão, onde é claro que o advogado não pode colocar seus interesses pessoais acima dos interesses do seu cliente e da Justiça.

Em sendo assim, é possível a instauração de processo disciplinar para a apuração da conduta do profissional a fim de punir aqueles que, comprovadamente, fazem uso dessa prática. Tais possíveis sanções estão previstas no artigo 50 do Estatuto, o qual estabelece que o processo disciplinar tem como objetivo apurar a responsabilidade dos advogados por condutas consideradas antiéticas (Brasil, 1994).

Diniz (2024, p. 322) explica que é necessária uma maior conscientização entre os profissionais do Direito sobre a importância da ética e da responsabilidade em suas práticas. A educação e a formação continuada são essenciais para prevenir práticas predatórias e promover uma advocacia mais responsável e comprometida com a Justiça.

Portanto, é possível perceber que a advocacia predatória é uma prática que compromete a integridade do sistema judicial e a dignidade da profissão de advogado. É necessário, então, que sejam aplicadas normas éticas e disciplinares mais eficazes, uma fiscalização mais forte e, principalmente, incutir nos profissionais a importância de uma atuação séria, responsável e ética.

Desse modo, explica Silvio Venosa (2022, p. 113):

A ética profissional é um dos pilares fundamentais da advocacia, e a sua violação, por meio de práticas predatórias, não apenas compromete a dignidade da profissão, mas também a confiança da sociedade no sistema jurídico.

Para combater essa prática abusiva, foi criada a Diretriz Estratégica nº 7 de 2023, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para as Corregedorias. Ela visa regulamentar e promover medi-

das contra a litigância predatória, incentivando o uso de meios eletrônicos para monitorar processos e alimentar um painel único, gerido pela Corregedoria Nacional de Justiça. Assim, o Painel da Rede de Informações sobre Litigância Predatória foi desenvolvido para aumentar a eficácia no acompanhamento dessas questões, promovendo o compartilhamento de dados entre os tribunais (CNJ, 2023).

Ainda sob essa perspectiva, o Painel deve reunir informações acerca dos órgãos responsáveis pelo monitoramento e pela fiscalização de feitos judiciais com características predatórias, como também apresenta os dados de contato de cada unidade, visando à facilitação da interlocução entre os tribunais e o intercâmbio de boas práticas processuais para a prevenção e o adequadíssimo enfrentamento à litigiosidade predatória (CNJ, 2023).

É preciso um compromisso coletivo para que se tenha um ambiente jurídico saudável e equilibrado, no qual os direitos e deveres sejam respeitados por todos. Nesse viés, nota-se que é necessário entendimento de todos, que as instituições financeiras esclareçam seus produtos e serviços e que os clientes tenham consciência do que buscam. É necessário que o Judiciário perceba essa prática e crie mecanismos de defesa, bem como é necessário que a OAB fiscalize e penalize os profissionais que atuam desse modo.

4 Mecanismos de defesa e combate da advocacia predatória nos pleitos indenizatórios nas demandas bancárias

Diante do exposto, conclui-se que é necessário um esforço conjunto de diversos atores para que medidas sejam tomadas no enfrentamento da advocacia predatória, principalmente no que tange ao dano moral. Na esfera das demandas bancárias, a advocacia predatória se revela frequentemente através da chamada “indústria do dano moral”. O objetivo é pressionar as instituições financeiras a realizarem acordos rápidos, evitando os custos e a morosidade de um processo judicial completo.

Tosin (2007, p. 61) comenta que, no setor bancário, observa-se uma quantidade significativa de pedidos de indenização por danos morais, abrangendo desde a devolução injustificada de cheques até situações em que clientes se sentem humilhados, como ao serem barrados por detectores de metais. No entanto, espera-se que a Justiça mantenha o propósito de garantir a reparação justa, evitando que pequenas questões ou tentativas de ganho financeiro indevido sejam aceitas, protegendo o ver-

dadeiro ofendido e equilibrando o tratamento dado aos casos.

A prática predatória se aproveita de algumas vulnerabilidades do sistema jurídico, como a dificuldade de comprovação do dano moral e a subjetividade na fixação dos valores indenizatórios. Essa situação gera uma série de consequências negativas: primeiramente, desvirtua a função social do dano moral, que deveria servir como um mecanismo de reparação justa e proporcional ao sofrimento experimentado pela vítima. Em vez disso, transforma-se em uma ferramenta de enriquecimento sem causa. Além disso, a prática predatória contribui para a banalização do instituto do dano moral, reduzindo sua credibilidade e eficácia.

Para Diniz (2024, p. 260), o dano deve ser visto como uma ofensa à dignidade humana e não uma oportunidade de lucratividade. Ao fazer isso, a advocacia compromete a credibilidade de todo sistema jurídico.

Portanto, necessário é imperativo incutir uma cultura ética nas instituições de ensino para formar profissionais conscientes do seu papel, responsabilidades e comprometimentos. Além de ser necessária a inclusão de disciplinas específicas sobre a ética profissional, desde a teoria a casos concretos. A OAB precisa adequar suas normas para as novas realidades, além de criar canais eficientes de fiscalização a fim de que exista punição para essas práticas. Os advogados, por sua vez, devem ser os protagonistas dessa transformação, tratando sempre com transparência visando a soluções que evitem tais condutas.

Ou seja, devem, na verdade, buscar a excelência no que fazem, que é a defesa correta dos direitos dos seus clientes. Junto a todos esses atores, destacamos, também, a sociedade, que desempenha um papel fundamental nesse processo. Pois é necessário que o indivíduo tenha consciência dos seus direitos e sobre a maneira que os profissionais da advocacia devem atuar para que esses abusos sejam reduzidos e haja uma valorização de uma advocacia ética.

Em suma, a advocacia predatória e a “indústria” do dano moral nas demandas bancárias representam desafios significativos para o sistema jurídico brasileiro. Combater essas práticas é essencial para garantir a integridade da justiça e a confiança na advocacia, assegurando que o direito seja utilizado como um instrumento de proteção e reparação legítima, e não como um meio de exploração e enriquecimento indevido.

Conclusão

O estudo desenvolvido ao longo deste artigo apresenta uma análise crítica sobre o conceito de dano moral no Brasil, sua evolução e a forma como tem sido aplicado, especialmente no setor financeiro. O reconhecimento do dano moral como um direito fundamental trouxe importantes avanços para a proteção da dignidade humana. No entanto, a crescente banalização desse instituto, com o aumento de ações judiciais infundadas, levanta preocupações sobre sua real finalidade e efetividade.

A prática da advocacia predatória, em que advogados ajúdam múltiplas ações com pedidos semelhantes, sem base legítima, compromete seriamente a integridade do sistema jurídico. Esse tipo de conduta, muitas vezes voltada apenas para obter ganhos financeiros fáceis, afasta-se da função social da advocacia, a qual deveria ser pautada pela promoção da justiça e defesa de direitos legítimos.

No contexto das instituições financeiras, a litigância predatória de má-fé se tornou uma preocupação crescente. Bancos e outras grandes corporações são vistos como alvos fáceis para essas ações devido ao seu alto poder aquisitivo, levando a um número desproporcional de processos, muitos sem fundamento sólido. Isso não apenas sobrecarrega o Judiciário, como também desvirtua a essência da reparação por danos morais, que deveria ser reservada para casos de real violação da dignidade.

Além disso, a conduta antiética de alguns advogados, ao promoverem esse tipo de litigância, compromete a função social da profissão, afetando negativamente a imagem da advocacia como um todo. Ao invés de buscarem a justiça, esses profissionais acabam por explorar as fragilidades do sistema e dos consumidores, especialmente aqueles com menos conhecimento sobre seus direitos. Isso prejudica tanto os clientes quanto a credibilidade do sistema de justiça.

Conclui-se, portanto, que é urgente a implementação de mecanismos eficazes para combater a litigância predatória, além de uma maior fiscalização sobre a atuação dos advogados. A preservação da função social da advocacia e a integridade do instituto do dano moral dependem de uma prática jurídica ética e comprometida com a justiça. Somente assim será possível evitar que o sistema de justiça se torne um meio de enriquecimento ilícito, mantendo o foco na proteção dos direitos e da dignidade das pessoas.

Referências

- ANDRADE, André Gustavo C de. A evolução do conceito de dano moral. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003.
- BRASIL, 1988. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constituicao.htm. Acesso em: 06 de setembro de 2024.
- BRASIL, 1994. **Lei nº 8.906**. Brasília, 04 de julho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 06 de setembro de 2024.
- BRASIL, 2002. **Lei nº 10.406**. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 06 de setembro de 2024.
- CAMPOS, Camila Vertes. A industrialização do dano moral no direito do consumidor - **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/346257/a-industrializacao-do-dano-moral-no-direito-do-consumidor>>. 2021. Acesso em: 6 set. 2024.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: **Malheiros**, 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Rede de Informações sobre a Litigância Predatória. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/litigancia-predatoria/>>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- FRANK, Felipe; ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA, Lígia; CORRÊA, Rafael. Industria do dano moral? Considerações a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 23, 2013.
- GANDINI, A. **Pedidos de indenização por danos morais e materiais são a maior demanda da Justiça**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-mai-26/pedidos-de-indenizacao-por-danos-morais-e-materiais-sao-a-maior-demanda-da-justica/#:~:text=Conforme%20o%20DataJud%2C%20houve%20um>>. Acesso em: 6 set. 2024.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2024.
- KASHIMA, Nelson. Banalização do dano moral. **JICEX**, v. 5, n. 5, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, v. 3, n. 9, 2014.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Nota Técnica CIJMG nº 01/2022: Litigância Predatória**. Belo

Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2022.

MÓL, Ana Lúcia Ribeiro; DA SILVA, Maria Inês Gomes. Litigância predatória: a dualidade entre o acesso à jurisdição e o abuso do exercício do direito de ação. **Revista do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros**, v. 1, n. 1, 2024.

TOSIN, Lessandra. **Pedido de indemnização por danos morais:** problemática crescente no setor bancário. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Consulta Processual.** Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNúmeroRegistro&termo=199901125502&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 6 set. 2024.

VENOSA, Silvio. Direito Civil: Teoria Geral. 22. ed. São Paulo: **Editora Atlas**, 2022

Sistema de verificação de crédito na recuperação judicial

Paola Cristina Rios Pereira Fernandes

Advogada da Caixa no Mato Grosso

Pós-graduada em Direito Empresarial

pela UFMT

RESUMO

O escopo deste trabalho é analisar as diversas etapas procedimentais alocadas nas fases do sistema de verificação de crédito, averiguando, inclusive, o seu impacto no atendimento dos objetivos políticos atribuídos ao regime de insolvência empresarial encartado na Lei nº 11.101/2005.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Verificação de crédito. Fase administrativa. Fase judicial.

ABSTRACT

The scope of this work is to analyze the various procedural stages allocated in the phases of the credit verification system, also examining their impact on meeting the political and legal objectives attributed to the corporate insolvency regime set forth in Law nº. 11.101/2005.

Keywords: Judicial reorganization. Credit verification. Administrative phase. Judicial phase.

Introdução

O objetivo deste trabalho é examinar o sistema de verificação de crédito estabelecido na Lei nº. 11.101/2005, sobretudo, no âmbito do processo de recuperação judicial, vez que o referido procedimento é um dos pilares fundamentais do regime de insolvência empresarial. Esse mecanismo visa garantir uma análise criteriosa acerca do real passivo do devedor em recuperação judicial, assegurando, outrossim, que o processo concursal seja conduzido de forma equânime e transparente.

Ao longo deste artigo, serão debatidas a estruturação do procedimento de verificação de crédito, as diversas etapas

procedimentais alocadas nas fases, administrativa e judicial, desse sistema, as implicações jurídicas para todos os envolvidos, bem como o papel fundamental do administrador judicial na coordenação desse procedimento e na construção do quadro geral de credores.

Para tanto, se fez necessário compreender, em um primeiro momento, os objetivos políticos pretendidos pelo regime nacional de insolvência empresarial, além de perquirir, mesmo que superficialmente, a estrita relação entre o Direito e o desenvolvimento econômico de um país. Dentro desse escopo, registrou-se que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência busca promover um equilíbrio entre a tutela dos interesses creditícios daqueles diretamente afetados pela crise empresarial do devedor e a tutela dos interesses públicos, consubstanciados na proteção daqueles indiretamente atingidos.

Em seguida, o artigo explora os objetivos jurídicos almejados pela Lei nº. 11.101/2005 em relação ao sistema de verificação de créditos, no processo de recuperação judicial, mormente no que se refere à identificação, organização e legitimação dos credores no aludido processo concursal, cujos objetivos podem ser cumpridos por meio dos instrumentos disponibilizados pela LRF, a resultar, portanto, na formação de um quadro geral de credores, a ser consolidado ao final do procedimento em commento.

Ademais, consignou-se que, ao longo das etapas previstas no sistema investigado, o legislador buscou concretizar normas constitucionais essenciais para conferir efetividade aos direitos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, entre as quais, as relacionadas ao devido processo legal e, também, ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, o artigo aborda as consequências da inéria e/ou desídia atribuída aos credores em não habilitar e/ou divergir tempestivamente da 1^a lista de credores, alertando para os efeitos prejudiciais que isso pode acarretar tanto no resultado do processo de recuperação judicial quanto na própria satisfação dos seus direitos creditícios. A importância de uma participação ativa e atenta por parte dos credores é reiterada, destacando que a verificação de crédito é essencial não apenas para o tratamento equânime entre credores, mas também para a eficácia da recuperação judicial como instrumento de superação da crise empresarial.

1 Breves considerações introdutórias acerca dos objetivos políticos do sistema de insolvência empresarial brasileiro

Inicialmente, impende registrar que o sistema de insolvência empresarial encartado na Lei nº. 11.101/2005, conforme doutrina de Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p. 7), “*revele-se como instrumento de política econômica*”, porquanto, impacta diretamente “*o mercado de crédito, as concessões pelos agentes econômicos, os juros exigidos dos devedores em crise econômico-financeira e as garantias necessárias para a eventual contratação*”.

Essa visão advém da perspectiva de que a economia, embora não seja uma criação do Direito, está intrinsecamente relacionada com a ordem jurídica, porquanto, o desenvolvimento econômico de um país é, também, resultado da atuação adequada e eficiente de instituições que buscam orientar o comportamento dos agentes econômicos (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 24).

Nessa linha de raciocínio e com amparo nos apontamentos apresentados por Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p. 5), pode-se afirmar que o mercado “*se desenvolve pelos agentes econômicos em sua busca pela expansão das riquezas nos espaços deixados pela regulamentação econômica¹* e, a partir desta, *interfere nas condutas dos agentes econômicos (...)*”.

Nesse diapasão, destaca-se que a regulamentação da atividade econômica, objetivando, especialmente, o tratamento da crise empresarial, possibilita aos agentes econômicos uma melhor análise dos riscos inerentes ao crédito a ser concedido, auxiliando-os, portanto, na mensuração do “*custo ex ante²*”.

Esse entendimento encontra ressonância nas lições de Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p. 8), para quem:

Por ocasião das contratações, os credores devem ter clareza quanto aos efeitos gerados pela im-

¹ Regulação econômica, portanto, seria “*o conjunto de medidas por meio das quais o Estado controla o comportamento de agentes econômicos*” (SACRAMONE, 2024).

² Conceitua-se o termo ‘*custo ex ante*’ como sendo “*o impacto produzido no comportamento dos agentes econômicos antes da situação de crise do devedor e em virtude das instituições concursais*” (SACRAMONE, 2024). Por outro lado, custo ‘*ex post*’ seria “*o custo do crédito após a insolvência do devedor. Trata-se da repercussão que a crise do devedor produz sobre a satisfação dos créditos, sobre a manutenção da atividade empresarial pelo devedor e sobre as sanções a ele e a seus sócios e administradores impostas e decorrentes da insolvência do devedor*”. (SACRAMONE, 2024).

possibilidade de o devedor satisfazer suas obrigações. O crédito é a confiança alimentada pelas qualidades de uma pessoa ou entidade, traduzida pela segurança de que alguém é ou será capaz de corresponder à expectativa originalmente formulada. (...). Nesse aspecto, o tratamento aos agentes econômicos na hipótese de inadimplemento do devedor afeta a mensuração antecipada dos riscos de não satisfação dos créditos e, por consequência, os incentivos à contratação.

Ao afetar a satisfação dos créditos, o sistema de insolvência repercute no risco do crédito, no acesso e custo do financiamento, nas contratações entre os agentes, nas garantias exigidas, e afeta diretamente as sanções ou os incentivos ao devedor, com a alteração da própria propensão ao empreendimento.

Em sentido similar, Guilherme Jurema Falcão (2021, p. 18) destaca a importância de um sistema de insolvência eficiente para o bom desenvolvimento do ambiente econômico, salientando que:

Tal importância decorre da constatação teórica de que um sistema de resolução de insolvência, que cria um mecanismo ordenado de resolução de conflitos e coordenação de interesses para credores diversos e empresas com problemas financeiros (ou ainda potencialmente insolventes), deve assegurar resultados mais eficientes sob a ótica jurídica e econômica.

Contudo, é sabido que o papel desempenhado pela legislação falimentar vai muito além, sendo um instrumento fortíssimo do direito positivo para minimizar as imensas distorções que se estabelecem nas relações jurídicas – entre empresa insolvente e seus muitos credores – diante de uma situação anormal de vencimento antecipado de toda uma gama de dívidas. Tal legislação também é igualmente relevante para a sinalização dos movimentos de mercado, conduzidos pelos agentes econômicos, que influenciarão os possíveis resultados a serem obtidos em decorrência de suas estratégias de negócios.

A par de uma leitura mais atenta da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, bem ainda do sistema de execução indivi-

dual estruturado pelo Código de Processo Civil, pode-se inferir que o regime de insolvência empresarial reflete, em certa medida, uma ineficiência do sistema individual para lidar com algumas modalidades³ e/ou complexidades⁴ de crise empresarial, vez que o cenário de insolvência ultrapassa a hipótese de mero inadimplemento, caracterizado, pois, pela insuficiência de ativos em relação ao passivo.

Em outras palavras, evidencia-se a ineficiência da execução individual nas hipóteses em que os ativos do devedor não são suficientes para o pagamento de todas as suas obrigações, o que, via de consequência, resultou na necessidade de se pensar um sistema jurídico que pudesse coordenar a atuação dos credores, visando, essencialmente, à maximização dos ativos do devedor, para melhorar sua posterior distribuição entre os diretamente afetados pela crise.

Lado outro, repassando em revista os objetivos pretendidos pela LRF, pode-se inferir que o sistema de insolvência foi criado para lidar com a crise empresarial do devedor, garantindo objetivos que vão além da satisfação individual dos credores e que buscam equilibrar os interesses de todos os *stakeholders*⁵ do processo concursal. Para isso, a regulação deve ser clara e adequada aos seus propósitos, ou seja, aos seus objetivos políticos.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar duas correntes distintas acerca dos objetivos políticos da regulação outrora referida: a primeira defende que o mercado deve ser livre e a intervenção do Estado deve ocorrer apenas quando houver falhas que prejudiquem a sua eficiência. Nesse caso, o objetivo da regulação visa maximizar o ganho econômico, mediante a tutela dos interesses creditícios (*creditor's bargain*). A segunda correne, por outro lado, conhecida como escola do interesse público, acredita que o mercado não é sempre eficiente e que o Estado deve in-

³ Nesse ponto, referimo-nos à classificação da crise em (i) crise econômica, (ii) crise financeira e (iii) crise patrimonial.

⁴ Nessa passagem, por outro lado, referimo-nos à classificação da crise em (i) crise leve, (ii) crise moderada e (iii) crise grave.

⁵ Conceitua-se o termo *stakeholders*, no contexto de um processo concursal, como sendo o grupo de pessoas ou organizações que podem ter algum tipo de interesse vinculado à crise empresarial do devedor. As partes interessadas podem ser tanto os diretamente afetados, considerados *stakeholders* diretos (aqueles com interesses creditícios), quanto aqueles indiretamente atingidos, chamados de *stakeholders* indiretos, exemplificados pela figura daqueles que, embora não tenham interesses creditícios, sofrerão de algum modo com a crise empresarial do devedor (fornecedores, clientes, trabalhadores e a comunidade de modo geral).

tervir para promover o bem-estar comum e a justiça social, além de corrigir as falhas de mercado (teoria distributiva).

Dessa forma, muito embora as visões anteriormente mencionadas consintam com o fato de que a distribuição dos valores deve ser feita de forma equilibrada, estas divergem sobre os limites e a forma de distribuição, opondo-se, principalmente, quanto ao papel do Estado e, essencialmente, sobre a distribuição de valor entre os credores em um processo de insolvência. A primeira foca em maximizar os interesses dos credores, enquanto a segunda considera os direitos de todos os envolvidos, entre os quais, os trabalhadores e consumidores.

Vejam-se, inclusive, as ponderações de Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p. 12/14), sobre o tema em questão:

Os objetivos da legislação, contudo, são difíceis de serem mensurados (...). Nesse ponto, a função da legislação de insolvência não deixa de espelhar a própria dicotomia da função esperada pelas regulamentações em geral e refletida na disputa entre a teoria econômica da regulação com a escola do interesse público.

Pela primeira, o bem-estar social é concebido como resultante da liberdade das pessoas de tutelarem os interesses individuais. (...).

A intervenção estatal deveria ser excepcional, de forma a não prejudicar a eficiência do mercado. A regulação somente encontraria justificativa em eventual falha de mercado, em que a informação não seja simétrica entre todos os agentes ou em que o custo de transação seja elevado a impedir a melhor alocação dos recursos.

(...)

Para a escola do interesse público, entretanto, as normas a disciplinarem a vontade privada dos agentes podem não ser suficientes para gerar o bem-estar coletivo pretendido, haja vista que as falhas de mercado podem evitar a alocação eficiente dos bens e os agentes podem não ser racionais para a tomada da melhor decisão; (...).

Numa concepção diversa do papel do Estado, este intervira não apenas para suprir as falhas de mercado. A justificativa para a regulação nada tem a ver com a preservação do mercado ou a correção de suas eventuais falhas. O objetivo é primordialmente a busca do bem público.

Para essa concepção, a regulação deveria pretender a justiça distributiva, eis que o conceito de eficiência continuaria a permitir injustiças e desequilíbrios entre todos os agentes.
(...).

Para uma primeira posição, essa distribuição do valor deveria ocorrer apenas para maximizar a satisfação dos interesses dos credores e deveria reproduzir o que os credores fariam caso pudessem *ex ante* negociar as referidas posições de insolvência. Corrente contraposta, todavia, defende que o sistema de insolvência deveria tutelar a satisfação dos interesses de todos aqueles envolvidos com a atividade empresarial, sejam os credores trabalhadores, consumidores e a comunidade beneficiada indiretamente pelo seu desenvolvimento.

Todavia, a despeito das posições antagônicas mencionadas anteriormente, pode-se depreender que o atual sistema nacional de insolvência empresarial, enquanto instrumento de política pública, se presta a concretizar não só a tutela do crédito, espelhada na teoria da *creditor's bargain*, como também a tutela do interesse público, refletida na teoria distributiva, em claro movimento conciliatório entre essas duas posições, conforme conclusão apurada por Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p. 44). *In verbis*:

Por meio dos objetivos pretendidos pela legislação brasileira, pode-se constatar que o legislador brasileiro almejou, diante da disciplina dos procedimentos de insolvência, não mais satisfazer exclusivamente os interesses dos credores por meio da maximização do valor dos ativos do devedor, mas atender aos interesses de todos os afetados pelo desenvolvimento da atividade empresarial, sejam ele os devedores, os credores, os consumidores, os trabalhadores, a coletividade em que (está) inserida a empresa, o interesse público no desenvolvimento do mercado etc.

Destarte, diante dessas breves considerações introdutórias acerca dos objetivos buscados pela LRF, tem-se que o processo concursal visa coordenar os interesses de todos os envolvidos na crise empresarial do devedor, reunindo-os compulsoriamente em um único processo coletivo a resultar em óbice ao prosseguimento

mento de execuções individuais (art. 6º), o que, via de consequência, evidencia a importância do sistema de verificação de crédito para o cumprimento dos aludidos objetivos políticos.

2 Dos objetivos jurídicos pretendidos pela Lei nº. 11.101/2005 em relação ao procedimento de verificação de crédito na recuperação judicial

Superada a questão alusiva aos objetivos políticos perseguidos pela Lei nº. 11.101/2005, passamos a tratar dos objetivos jurídicos por ela almejados em relação ao sistema de verificação de crédito, cuja importância se evidencia na medida em que o procedimento atende a diversas funções primordiais do processo coletivo, entre as quais, a identificação, organização e legitimação dos credores a ele sujeitos, possibilitando-lhes o exercício dos seus respectivos direitos, bem como a fiscalização e o monitoramento do regime concursal como um todo, de modo a obstar possíveis fraudes e simulações vocacionadas a ocultar e/ou desviar o patrimônio do devedor.

Nesse diapasão, visando a uma melhor compreensão da *ratio* desse procedimento de verificação de crédito, infere-se que o sistema em comento se assemelha a um processo de filtragem e/ou depuração dos créditos sujeitos ao processo coletivo, mediante o qual se analisam a existência, a natureza, o valor e a titularidade do referido crédito, tal qual se depreende na ilustração a seguir.

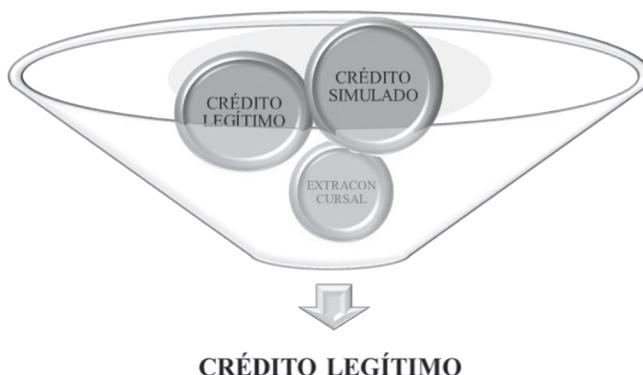


Figura 1 – Ilustração gráfica do procedimento de verificação de crédito

Além do mais, necessário esclarecer que o sistema de verificação de crédito, para além de encontrar respaldo jurídico nos arts. 7º a 20 da LRF, concretiza os comandos normativos previstos nos arts. 49 e 115, resultando, pois, na consolidação de um quadro geral de credores que retrate, com fidelidade, o passivo concursal da devedora e norteie os demais atos praticados no decorrer do processo⁶.

Outrossim, a partir de uma leitura mais atenta da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, mormente do seu art. 7º, pode-se extrair a conclusão de que ao administrador judicial se atribuiu, preliminarmente, o dever de apurar e/ou verificar os créditos titularizados por cada credor sujeito aos efeitos do processo concursal (recuperacional e falimentar), bem como classificá-los de acordo com as classes creditícias estabelecidas no art. 41 e ordem de pagamento prevista nos arts. 83 e seguintes da LRF. Senão, vejamos:

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.
§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do caput e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos

⁶ Registra-se, oportunamente, que, conforme regra constante no §3º, do art. 164, da LRF, inexiste procedimento de verificação de crédito no âmbito da recuperação extrajudicial, na medida em que eventual questionamento acerca da existência, natureza e valor do crédito relacionado no aludido processo, deverá ser objeto de impugnação judicial versando sobre a ausência dos pressupostos legais para a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial. Perfilham desse posicionamento aos autores João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 344).

documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Comentando o dispositivo legal em exame, Marcelo Barboza Sacramone (2023, p.74/75) assevera que:

A verificação de crédito é procedimento aplicável tanto na falência quanto na recuperação judicial e ocorre simultaneamente aos demais atos exigidos pelo procedimento concursal.

O procedimento de verificação é consequência da suspensão das ações e execuções na falência e na recuperação judicial. O credor, diante da impossibilidade de constrição de bens do patrimônio do devedor, deverá habilitar-se como credor no processo concursal.

A habilitação consiste na verificação da existência do crédito, natureza, valor e de sua submissão ao processo concursal.

A habilitação permite que o credor receba a participação do montante da liquidação dos ativos, na falência, ou que discuta e vote o plano de seu pagamento, na recuperação judicial, como forma de receber os créditos sujeitos na forma estabelecida pelo plano de recuperação judicial.

Em sentido similar é a doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 343), para quem:

No conjunto, é o chamado sistema de “verificação e habilitação de créditos”, conforme terminologia empregada pela LREF. Trata-se de procedimento de averiguação composto de duas fases bem definidas pelo legislador (*i.e.*, administrativa, que tramita perante o administrador judicial, e judicial, que tramita perante o juízo universal) que legitima o credor a tomar parte nos processos de recuperação judicial e falência para a defesa dos seus interesses e para o recebimento do que lhe é devido, respeitadas as premissas definidas para cada microssistema.

Em razão disso, o rito é relevante em ambos os regimes da crise empresarial, embora o seja por motivos diferentes: na quebra, fundamentalmente porque é preciso saber qual credor vai receber o produto da liquidação do patrimônio do falido, o montante devido e em que momento isso

vai acontecer (em função da necessidade de classificar os créditos). Na recuperação judicial, presta-se, essencialmente, para determinar quem participará da negociação a ser engendrada com o devedor (ou seja, quais credores deliberarão sobre o plano de recuperação e se submeterão aos seus efeitos caso este seja aprovado).

(...). Na prática, isso significa que a investigação determinada pela LREF para fins de garantir a higidez jurídica dos créditos recuperatórios e falimentares habilitados (*i.e.*, existência, natureza e valor), bem como a legitimidade de seus titulares, não interfere na realização de atos processuais (e.g., arrecadação e realização de bens na falência e realização de assembleia geral de credores na recuperação judicial) ou negociais (e.g., negociação do plano de recuperação judicial).

A esse prumo, pontua-se, a ressalva feita por Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 239), no sentido de que a consolidação do quadro geral de credores, finalidade precípua do sistema de verificação de crédito, é resultado de um trabalho desenvolvido em conjunto por todos os *stakeholders* diretamente afetados pela crise. *Ipsis litteris*:

Embora a lei aponte o administrador judicial como sendo o responsável legal pela consolidação do quadro geral de credores (art. 22, inc. I, "f"), esta tarefa é o resultado de um trabalho coletivo que ocupa os principais sujeitos do processo de insolvência (artigos 7º, § 1º, 8º e 19).

Por outro lado, analisando o sistema de verificação de crédito sob o enfoque dos objetivos jurídicos pretendidos pela LRF, com ênfase no processo recuperacional, tem-se a clara percepção de que o procedimento em comento almeja:

- Identificar e organizar os créditos sujeitos aos efeitos do processo concursal, averiguando a sua existência, natureza, valor e titularidade, a resultar em um retrato fiel do passivo concursal a ser consolidado no quadro geral de credores.
- Concretizar os princípios do contraditório da ampla defesa.
- Legitimar os credores sujeitos aos efeitos do processo concursal, possibilitando-lhes o exercício dos seus respectivos direitos no processo coletivo em comento à impossibilidade de prosseguimento com as execuções individuais.

- Possibilitar uma efetiva participação do credor na construção de uma solução adequada à crise empresarial do devedor (plano de recuperação judicial), com vistas à satisfação do seu crédito dentro do melhor interesse creditício⁷.
- Dispensar tratamento paritário⁸ entre credores com interesses homogêneos, prevenindo o favorecimento de alguns credores em detrimento dos demais, conduta que foi, inclusive, tipificada criminalmente na LRF (art. 172).
- Possibilitar a fiscalização da regularidade dos procedimentos e atos praticados por todos os envolvidos no processo.

Filiando-se ao posicionamento adotado, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 610) afirmam que:

O objetivo da verificação é díplice: (i) que os créditos negociados na recuperação reflitam corretamente a composição do passivo do devedor e (ii) que os votos computados em assembleia sejam reflexo adequado dessa composição do passivo.

Em vista dessas considerações, percebe-se que o sistema de verificação de crédito estabelecido na Lei nº. 11.101/2005 é essencial para o atendimento dos objetivos políticos e jurídicos pre-

⁷ Pontua-se que, não obstante possa o credor optar por não habilitar o seu crédito na recuperação judicial, sobretudo, nos casos em que o aludido crédito concursal não tenha sido incluído na lista de credores do devedor, a novação desse crédito é automática e independe de qualquer conduta a ser praticada pelo credor, de modo que eventual execução individual ou pedido de cumprimento de sentença posterior ao encerramento da recuperação judicial deverá ter como parâmetros os termos e condições ajustados no plano de recuperação judicial. Essa, inclusive, é a doutrina de Marcelo Barbosa Sacramone, para quem “(...) a habilitação é ônus imposto aos credores e que afeta o seu direito de voto, mas jamais os efeitos da novação que ocorrerão independentemente de sua vontade individual” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 76). No mesmo sentido, o EDcl no REsp. 1.851.692/RS e REsp. 1.655.705/SP.

⁸ Sobre tratamento paritário entre credores homogêneos no âmbito do processo recuperacional: **enunciado nº. 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal:** “O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado”, **enunciado nº. 81 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal:** “Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da par condicatio creditorum”.

tendidos pela referida legislação, porquanto, a ausência de uma verificação eficiente dos créditos sujeitos aos efeitos do processo concursal reflete a impossibilidade de se promover, de forma adequada, a tutela do crédito e, também, a tutela dos demais interesses públicos⁹.

3 Fases da verificação de crédito na recuperação judicial e o quadro geral de credores

Ultrapassada a análise acerca da função e dos objetivos do procedimento de verificação de crédito, passa-se a discorrer sobre as etapas necessárias à adequada depuração dos créditos no processo concursal, salientando que, na esteira das ponderações aduzidas por Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 239), “*cada etapa superada representa um grau maior de precisão e de fidedignidade da lista dos credores*”.

Dentro dessa perspectiva e na trilha do que se afirmou em linhas pretéritas, o sistema de verificação de crédito, para além de retratar com fidelidade o passivo concursal do devedor, deve observar os princípios gerais do Direito, entre os quais, o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual o quadro geral de credores, “*peça em constante mutação*¹⁰”, é construído em várias etapas procedimentais que se alocam em duas fases distintas, a saber: (i) a fase administrativa e (ii) a fase judicial, conforme a ilustração a seguir.

⁹ Conforme posição defendida por Sheila Christina Neder Cerezetti (2012, p. 80), o art. 47 da Lei nº. 11.101/2005 “estimula o exercício da função social da empresa e partilha do entendimento de que há diversos centros de interesses que gravitam em torno da empresa e que justificam sua preservação. (...). A positivação do princípio da preservação da empresa no capítulo destinado à recuperação judicial demonstra a atribuição de relevância aos diversos interesses que envolvem a sociedade e que contribuem à formação do denominado e controvertido interesse social – o qual, em acepção institucionalista, é identificado exatamente com a preservação da empresa”.

¹⁰ Neste particular, registram-se, novamente, as lições de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2024, p. 241), no sentido de que “(...) o quadro geral de credores é peça em constante mutação e esta característica, por si só, determina a sua atualização periódica pelo administrador judicial, conforme as situações que suscitem modificação ou retificação (artigos 6º, §§ 1º ao 3º; 10, § 7º; 17, parágrafo único e 19)”.

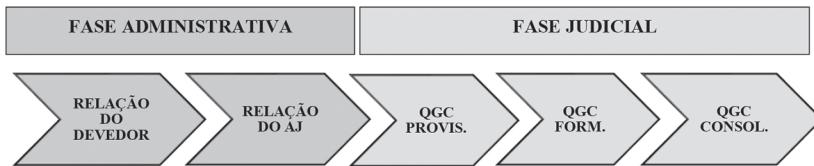


Figura 2 - Representação gráfica das fases do procedimento de verificação de crédito

Ademais, em relação às constantes alterações do quadro geral de credores, documento-chave ao atendimento dos objetivos políticos e jurídicos propostos pela Lei nº. 11.101/2005, é possível classificá-lo¹¹ em: (i) quadro geral de credores provisório, (ii) quadro geral de credores formado e (iii) quadro geral de credores consolidado.

Desse modo e, repassando em revista o quanto disposto nos artigos 14, 15, inc. I e 16, § 2º da LRF, constata-se que o quadro geral de credores provisório¹² é concebido após o transcurso do prazo previsto para a apresentação tempestiva da impugnação judicial (art. 8º), compreendendo, portanto, os créditos não impugnados tempestivamente na via judicial, constantes na lista de credores do administrador judicial. *In litteris*:

Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores de que trata o § 2º do art. 7º, ressalvado o disposto no art. 7º-A desta Lei.

Art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que:

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei; (...).

¹¹ Classificação sob a perspectiva do momento processual de sua formação.

¹² O quadro geral de credores provisório gera uma presunção relativa de que os créditos não impugnados tempestivamente, na forma prevista no art. 8º da LRF, já estejam adequados para figurar em um quadro geral de credores. Todavia, sua denominação resulta do fato de que, eventualmente, tais créditos possam ser objeto de impugnações judiciais intempestivas ou ações ordinárias de retificação, a ensejar a sua respectiva alteração e/ou exclusão do quadro geral de credores.

Art. 16. (...).

§ 2º Ainda que o quadro-geral de credores não esteja formado, o rateio de pagamentos na falência poderá ser realizado desde que a classe de credores a ser satisfeita já tenha tido todas as impugnações judiciais apresentadas no prazo previsto no art. 8º desta Lei, ressalvada a reserva dos créditos controvertidos em função das habilitações retardatárias de créditos distribuídas até então e ainda não julgadas.

De outro lado, ocupando-se do quadro geral de credores formado e, diante da intelecção dos artigos 10, § 7º e 16, *caput* da LRF, percebe-se que a sua constituição tem assento a partir do julgamento de todas as impugnações tempestivamente apresentadas na via judicial, cuja composição abarca todos os créditos inseridos no quadro geral de credores provisório e, também, o resultado dos julgamentos de todas as impugnações judiciais tempestivamente apresentadas, além do resultado dos julgamentos das impugnações e/ou habilitações retardatárias julgadas até o momento de sua formação. *Ex positis:*

Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias. (...).

§ 7º O quadro-geral de credores será formado com o julgamento das impugnações tempestivas e com as habilitações e as impugnações retardatárias decididas até o momento da sua formação. (...).

Art. 16. Para fins de rateio na falência, deverá ser formado quadro-geral de credores, composto pelos créditos não impugnados constantes do edital de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei, pelo julgamento de todas as impugnações apresentadas no prazo previsto no art. 8º desta Lei e pelo julgamento realizado até então das habilitações de crédito recebidas como retardatárias. (...).

Por fim, no que se refere ao quadro geral de credores consolidado¹³ e com fundamento na interpretação do artigo 18 da LRF, depreende-se que o seu marco inicial tem lugar com o jul-

¹³ Anota-se a regra encartada no art. 10, § 10 da LRF, advinda da reforma legislativa empreendida pela Lei nº 14.112/2020, segundo a qual os credores poderão promover a sua respectiva habilitação e/ou impugnação judicial,

gamento de todas as impugnações e/ou habilitações ajuizadas intempestivamente em face da lista de credores do administrador judicial, compondo-se, pois, pelos créditos inseridos no quadro geral de credores formado e, também, pelo resultado dos julgamentos de todas as impugnações e/ou habilitações ajuizadas fora do prazo legal. Senão, vejamos:

Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Parágrafo único. O quadro-geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

De mais a mais, consigna-se, oportunamente, que o quadro geral de credores poderá ser alterado, mesmo após a sua homologação pelo juízo concursal, em razão dos julgamentos posteriores à sua constituição, alusivos às ações ordinárias de retificação previstas nos artigos 10, § 6º e 19 da LRF. Veja-se:

Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias. (...).

§ 6º Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do respectivo crédito. (...).

Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação

bem como postular a reserva de valor prevista no art. 10, § 8º do mesmo diploma legal, no prazo de até 3 (três) anos a contar da data da decretação da falência.

judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores. (...).

Nesse sentido, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 347) afirmam que:

A primeira relação de credores, como salientando, é elaborada única e exclusivamente pelo devedor. A segunda lista tem como ponto de partida a relação preparada pelo devedor, mas é revisada e elaborada pelo administrador judicial com base na contabilidade do devedor e nos pedidos de habilitação e divergência recebidos dos credores. A terceira lista, a única que conta com a participação do juízo recuperatório/falimentar, decorre do julgamento das impugnações apresentadas aos créditos constantes na segunda lista.

Essas relações sofrerão modificações ao longo de todo o procedimento, conforme créditos sejam admitidos, reclassificados ou excluídos, até que, finalmente, passa-se ao quadro de credores.

Em arremate ao ponto da classificação do quadro geral de credores, conforme disposto no regime de insolvência empresarial, e com o fito de melhor visualizar a distinção havida entre as três modalidades previstas na legislação em comento, apresenta-se o quadro comparativo a seguir.

A par dessas considerações, reconhece-se que o sistema de verificação de crédito visa à consolidação do quadro geral de credores, o qual constitui peça fundamental ao cumprimento dos objetivos políticos e jurídicos estabelecidos na Lei de Recuperação de Empresas e Falência e que, em razão do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, resulta de um trabalho desenvolvido em conjunto por todos os afetados diretamente pela crise do devedor, compreendendo, assim, diversas etapas procedimentais que se alocam na fase administrativa e na fase judicial, adiante examinadas.

Classificação do quadro geral de credores		
QGC Provisório	QGC Formado	QGC Consolidado
Suporte normativo: art. 14, art. 15, inciso I e art. 16, § 2º da LRF.	Suporte normativo: art. 10, § 7º e art. 16 da LRF.	Suporte normativo: art. 18 e art. 19 da LRF.
Momento processual: após o transcurso do prazo de 10 dias previsto no art. 8º da LRF.	Momento processual: a partir do julgamento de todas as impugnações tempestivas apresentadas, na medida em que referido momento processual constitui o marco temporal da formação do QGC Formado.	Momento processual: a partir do julgamento de todas as impugnações intempestivas apresentadas, na medida em que referido momento processual constitui o marco temporal da formação do QGC Consolidado.
Composição: • Créditos não impugnados, constantes na lista AJ.	Composição: • Créditos não impugnados, constantes na lista AJ (QGC Provisório). • Resultado do julgamento de todas as impugnações tempestivas. • Resultado das habilitações e impugnações retardatárias julgadas até o momento da sua formação.	Composição: • Créditos não impugnados, constantes na lista AJ (QGC Provisório). • Resultado do julgamento de todas as impugnações tempestivas. • Resultado do julgamento de todas as impugnações retardatárias.

4 Fase administrativa de verificação de crédito nos processos de recuperação judicial

Por outro lado, tal qual se depreende da segunda ilustração apresentada alhures, contendo a representação gráfica das fases abarcadas pelo procedimento de verificação de crédito, percebe-se que a sua fase administrativa compõe-se da lista de credores apresentada pela devedora e, também, da lista de credores elaborada pelo administrador judicial, conforme prescrevem os artigos 7º, 8º, 51, inc. III, 52, § 1º, inc. II, todos da LRF. *In verbis:*

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

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

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

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

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...).

III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; (...).

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: (...)

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: (...); II – a relação nominal de credores, em que se discriminare o valor atualizado e a classificação de cada crédito; (...).

Registraram-se, oportunamente, as lições de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 246), segundo as quais:

Na fase administrativa, por exemplo, os credores tomarão ciência do processo de insolvência e serão comunicados da relação dos créditos elaborada pelo devedor. À luz dessa relação do devedor, em tese, o credor poderá adotar uma das seguintes posturas: i) concordar com o conteúdo; ii) omitir-se; ou iii) divergir do conteúdo.

Trilhando posicionamento semelhante João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 349) esclarecem que:

Essa etapa, de natureza essencialmente administrativa, funciona como uma espécie de “primeira instância” do sistema de verificação de créditos e se perfaz inteiramente fora do juízo (isto é, dá-se extrajudicialmente, sem necessidade de participação do juiz)¹⁴. O administrador judicial apreciará pedidos de habilitação e de divergência com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e, naqueles apresentados pelos credores (LREF, art. 7º, § 1º), tais como títulos de crédito e contratos que demons-

¹⁴ Conforme nota de rodapé nº 1321, constante na doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 349), “em situações excepcionais, a jurisprudência reconheceu a possibilidade de intervenção judicial para suspender o incidente de habilitação de crédito até o trânsito em julgado da ação rescisória ajuizada; em contrapartida, com o intuito de não prejudicar o habilitante, deferiu a reserva do montante pleiteado na habilitação e determinou a intimação da recuperanda para as providências (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2142396-34.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 14/12/2021)”.

trem a origem, o montante e a classificação do crédito.

Dessa forma e considerando a interpretação sistêmica dos dispositivos legais transcritos alhures (7º, 8º, 51, inc. III, 52, § 1º, inc. II, todos da LRF), é possível traçar uma linha do tempo alusiva ao procedimento de verificação de crédito no processo concursal, a qual se representa graficamente da seguinte forma:

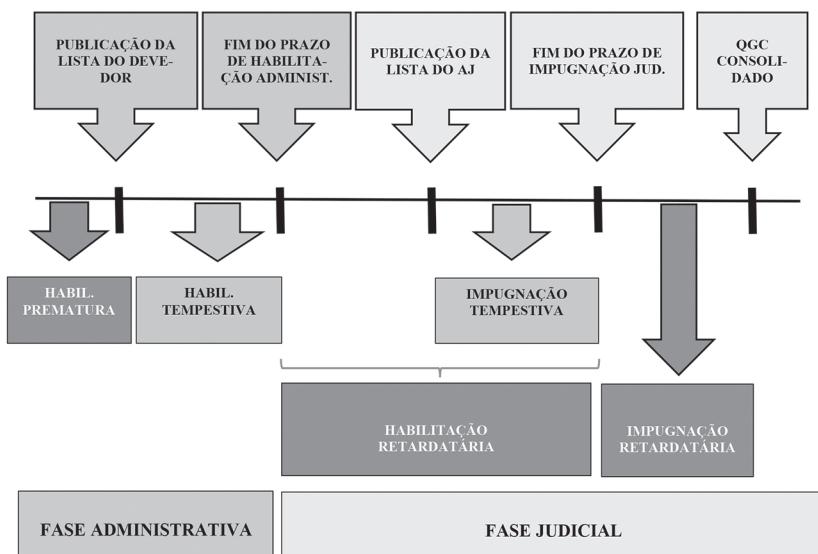


Figura 3 - Representação gráfica da linha do tempo da verificação de crédito.

4.1 Da relação de credores elaborada pela devedora

Nesse diapasão e considerando o comando normativo inserido no §1º, do art. 7º, da LRF, facilmente se extrai a conclusão segundo a qual a publicação do 1º edital contendo a lista de credores elaborada pelo devedor, além de alocar-se na fase administrativa do procedimento de verificação de crédito, constitui o termo inaugural do procedimento de verificação, revestindo-se, portanto, de condição de procedibilidade da habilitação e/ou divergência de crédito a ser apresentada pelo credor. *Ipsis litteris*:

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credo-

res terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

Esse, inclusive, é o entendimento consolidado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando, por ocasião do julgamento do recurso de agravo de instrumento nº. 2028950-87.2020.8.26.0000 (DJe 15/10/2020), asseverou que a correspondência encaminhada pelo administrador judicial não constitui o termo inicial para contagem do prazo previsto no §1º, do art. 7º, da LRF, porquanto, a comunicação dos atos processuais deve ser realizada de forma oficial e inequívoca, posto que visa resguardar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, acrescendo-se a essa orientação o fato de que, no microssistema da recuperação judicial, a comunicação acerca do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial à coletividade de credores deve se dar por meio da publicação de edital em órgão oficial, o qual deve conter a lista de credores elaborada pelo devedor. Vejamos:

(...).

Em que pese o entendimento exarado pela agravada e pela ilustre Procuradora de Justiça, **a correspondência enviada pelo administrador judicial, prevista no art. 22, I, "a" da Lei 11.101/05, não é apta a constituir termo inicial para a contagem dos prazos recursais contra a r. decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial.**

Impende exaltar que **a comunicação dos atos processuais é medida de natureza formal, que busca levar o efetivo e adequado conhecimento dos atos e termos realizados no processo aos interessados, garantindo, assim, a salvaguarda dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF)**. Por esta razão, somente podem se considerar comunicados os atos através de providências *processuais* que confirmem a ciência inequívoca e oficial das partes em relação aos atos e termos do processo.

No que diz respeito ao microssistema da recuperação judicial, a Lei 11.101/05 é expressa ao pre-

ver que a coletividade de credores deverá ser comunicada a respeito do deferimento do processamento da recuperação judicial mediante publicação de edital em órgão oficial, que conterá a relação nominal de credores, com a discriminação do valor atualizado e a classificação de seus créditos e, inclusive, os advertirá a respeito dos prazos para habilitação dos créditos e impugnações ao plano de recuperação judicial, nos termos do art. 52, §1º da indigitada lei de regência.
(...).

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2028950-87.2020.8.26.0000, Relator Pereira Calças, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 14/10/2020 e data de registro 15/10/2020 – trecho retirado do acórdão – realce inautêntico).

Lado outro, assenta-se que a relação de credores elaborada pelo devedor não foi eleita, pelo legislador, como sendo a melhor relação a retratar, com fidelidade, o seu passivo concursal, na medida em que o devedor possui interesses próprios na elaboração dessa lista, os quais poderiam, eventualmente, conflitar com os interesses dos demais *stakeholders* diretamente afetados pela crise empresarial daquele, sendo necessária, portanto, a verificação de créditos por um terceiro imparcial (o administrador judicial), a ser realizada por meio de um sistema próprio, previamente estabelecido na legislação de regência, que contemple o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Sobre esse ponto, impende ressaltar a doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 347), para quem:

Por razões óbvias, jamais se poderia considerar a primeira relação como sendo uma listagem definitiva, sobretudo porque ela é elaborada unicamente pelo devedor, uma das partes interessadas nos rumos do regime de crise instalado. (nota de rodapé 1315).

Do mesmo modo e considerando a interpretação do art. 51 da LRF, percebe-se que a lista de credores do devedor deve conter (i) o nome dos credores sujeitos (concursal) e não sujeitos (extraconcursal) aos efeitos da recuperação judicial, (ii) o valor

atualizado do respectivo crédito¹⁵, (iii) a origem e o regime de vencimentos e, finalmente, (iv) a classificação do aludido crédito, conforme a ordem estabelecida nos arts. 83 e 84 da LRF. *Ipsis verbis*:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...).

III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; (...).

Registra-se, oportunamente, que a determinação para que a 1^a lista de credores observe a classificação estabelecida nos arts. 83 e 84 da LRF se justifica na medida em que a recuperação judicial poderá ser convolada em falência por diversos motivos previstos na legislação falimentar, razão pela qual pretendeu o legislador evitar a eventual necessidade de se elaborar uma segunda lista de credores para a reclassificação desses créditos, sobretudo porque a ordem de classificação prevista nos referidos dispositivos legais já contempla a formatação e/ou classificação mais simplificada estabelecida no art. 41 do mesmo diploma legal.

4.2 Das habilitações e divergências de crédito apresentadas pelos credores

Ademais, uma vez publicado o edital referido no §1º, do art. 7º, da LRF, abre-se aos credores a possibilidade de habilitar e/ou divergir do crédito relacionado nessa 1^a lista de credores, cujas manifestações (habilitação e/ou divergência de crédito) deverão ser endereçadas ao administrador judicial, dentro do prazo de 15 (quinze) dias corridos¹⁶, contados da data da aludida publicação.

¹⁵ Vale dizer que o valor atualizado do débito deve observar o quanto disposto no art. 9º, inciso II da Lei nº 11.101/2005, segundo o qual, “a habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º, desta Lei deverá conter: (...) o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação; (...).”

¹⁶ Sobre a questão da contagem dos prazos, importante salientar a lição de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 249), no sentido de que “os prazos dessa fase são computados em dias corridos, princi-

Acerca do termo inaugural e endereçamento da habilitação e/ou divergência de crédito, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº. 1.163.143/SP, salientou que:

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS. EDITAL. PUBLICAÇÃO. ART. 7º, §§ 1º E 2º, DA LEI N. 11.101/2005. CARÁTER PRELIMINAR E ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO DOS PATRONOS DOS CREDORES. DESNECESSIDADE. IMPUGNAÇÕES. FASE CONTENCIOSA. ART. 8º DA LEI N. 11.101/2005. REPRESENTAÇÃO POR ADVOGADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. São de natureza administrativa os atos procedimentais a cargo do administrador judicial que, compreendidos na elaboração da relação de credores e publicação de edital (art. 52, § 1º, ou 99, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005), desenvolvem-se de acordo com as regras do art. 7º, §§ 1º e 2º, da referida lei e objetivam consolidar a verificação de créditos a ser homologada pelo juízo da recuperação judicial ou falência.

2. O termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial habilitações ou divergências é a data de publicação do edital (art. 7º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

3. Na fase de verificação de créditos e de apresentação de habilitações e divergências, dispensa-se a intimação dos patronos dos credores, mesmo já constituídos nos autos, ato processual que será indispensável a partir das impugnações (art. 8º da Lei n. 11.101/2005), quando se inicia a fase contenciosa, que requer a representação por advogado.

4. Se o legislador não exigiu certa rotina processual na condução da recuperação judicial ou da falência, seja a divulgação da relação de credores em órgão oficial somente após a publicação da decisão que a determinou, seja a necessidade de intimação de advogado simultânea com a

palmente diante da nova redação do inciso I do §1º do art. 189, que dissipou qualquer dúvida ao prever que todos os prazos previstos na lei ou dela decorrentes serão contados em dias corridos".

intimação por edital, ao intérprete da lei não cabe fazê-lo nem acrescentar requisitos por ela não previstos.

5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.163.143/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 11/2/2014, DJe de 17/2/2014 – destaque inverídicos).

Ainda, sobre os pedidos de habilitação e divergência de crédito na fase administrativa do sistema de verificação de crédito, Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 249) salientam que:

Os pedidos de habilitação e divergência administrativas não obedecem aos requisitos formais da petição inicial do Código do Processo Civil e, como mencionado anteriormente, não necessitam ser subscritos por advogado.

O pedido deverá ser formulado de forma simplificada e objetiva, exigindo-se um mínimo de clareza para a correta compreensão dos fatos e a motivação que ensejou o pedido.

Do mesmo modo, comentando o art. 7º da LRF, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 77) assevera que:

Nos referidos editais, os credores serão advertidos do prazo de 15 dias, para que, caso não tenham sido incluídos na lista apresentada pelo devedor, habilitem administrativamente seus créditos. Ainda que incluídos, caso discordem do valor do crédito, de sua natureza ou de sua classificação, os credores, no mesmo prazo, poderão deduzir divergência administrativa.

(...).

A habilitação ou divergência administrativa deverá ser apresentada em 15 dias e conterá todos os documentos imprescindíveis para a demonstração de seu crédito (art. 9º). Será realizada por mera petição e será direcionada ao administrador judicial. Como não é destinada ao juízo e prescinde de maior formalidade, o requerente não precisa ter poderes postulatórios. A habilitação ou divergência não precisa ser apresentada por advogado e, por não possuir a natureza de ação judicial, prescinde do recolhimento das custas processuais. (...).

Lado outro, registra-se o dissenso instalado na doutrina quanto à legitimidade para a apresentação da habilitação e/ou divergência de crédito ao administrador judicial, na medida em que uma parcela doutrinária entende que essas manifestações administrativas endereçadas ao administrador judicial só podem ser realizadas pelos credores, titulares dos respectivos créditos, enquanto parcela diversa da doutrina entende pela possibilidade de um credor apresentar divergência de crédito em relação ao crédito de outro credor.

Em adesão a essa última corrente doutrinária, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 349) salientam que “*nada impede que um credor apresente divergência em relação a crédito arrolado de outro credor*”. Todavia, acolhendo posicionamento contrário, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 614) afirmam que “é legitimado a apresentar a habilitação/divergência quem for titular do crédito ou quem, por justo direito, o represente”.

Neste particular e filiando-se ao entendimento adotado por Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença, defende-se a legitimação exclusiva do credor, titular do respectivo crédito, para a apresentação da habilitação e/ou divergência administrativa endereçada ao administrador judicial, porquanto, a prática tempestiva ou não desse ato, ou mesmo a sua ausência acarretam consequências graves aos referidos credores, conforme se verá adiante.

Em sentido similar e tendo como pano de fundo a alegação de cessão de créditos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ocasião do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2035856-64.2018.8.26.0000 (DJe 24/10/2019)¹⁷, assentou o posicionamento, segundo o qual, não havendo com-

¹⁷ Recuperação judicial. Habilitação/impugnação de crédito. Pese a conclusão, da i. magistrada de primeira instância, pela procedência do pedido, é certo que não enfrentou, mesmo depois da oposição de embargos de declaração pela recuperanda, os argumentos deduzidos na resposta. Nulidade da decisão por ausência de fundamentação, nos termos do art. 489, inciso II, do Código de Processo Civil. Imediato julgamento, nos termos do § 3º do art. 1.013 do Código de Processo Civil. Impugnação de crédito. Documentação insuficiente para comprovar a cessão do crédito em favor dos agravados e, em consequência, a sua legitimidade para substituir o credor originário e habilitar o crédito. Extinção do incidente nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Recurso provido para esse fim. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2035856-64.2018.8.26.0000, Relator Araldo Telles, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 22/10/2019, data de registro 24/10/2019).

provação documental hígida da cessão e, consequentemente, da titularidade do crédito, o suposto cessionário não tem legitimidade para promover habilitação e/ou divergência de crédito.

Outrossim, em relação à classificação da habilitação e/ou divergência de crédito administrativa, sob a perspectiva da sua tempestividade, verifica-se a existência da (i) habilitação e/ou divergência de crédito prematura, (ii) habilitação e/ou divergência de crédito tempestiva e, finalmente, (iii) habilitação e/ou divergência de crédito retardatária.

A habilitação e/ou divergência de crédito prematura é aquela encaminhada ao administrador judicial antes da publicação do edital contendo a 1^a lista de credores, cuja publicação, conforme consignado em linhas pretéritas, constitui condição de procedibilidade da habilitação e/ou divergência de crédito a ser apresentada pelo credor, razão pela qual é considerada pela doutrina e jurisprudência especializadas como sendo extemporânea, o que, via de consequência, implica na impossibilidade do seu processamento.

Nesse sentido, é o entendimento encartado no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 20001671-97.2018.8.26.0000. Senão, vejamos:

Recuperação judicial. Habilitação de crédito. Agravo de instrumento contra decisão que condenou as recuperandas ao pagamento de honorários advocatícios. **Pedido prematuro de habilitação de crédito apresentado pela agravada, antes da publicação do edital previsto no art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Habilitação que tampouco poderia ter sido processada.** Honorários advocatícios que não podem ser impostos nesta situação, ausente resistência das recuperandas. Agravo provido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 20001671-97.2018.8.26.0000, Relator Alexandre Marcondes, 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 25/05/2018, data de registro 25/05/2018 – destaque inautênticos).

Por outro lado, a habilitação e/ou divergência de crédito tempestiva se traduz na manifestação administrativa apresentada ao administrador judicial após a publicação do edital contendo a 1^a lista de credores e antes do exaurimento do prazo de

15 (quinze) dias corridos, estabelecido no §1º, do art. 7º, da LRF, cuja tempestividade implica na produção de todos os efeitos legais previstos no regime de insolvência empresarial, a repercutir, portanto, no cumprimento dos objetivos jurídicos pretendidos com sistema de verificação de crédito.

Finalmente, a habilitação e/ou divergência de crédito retardatária é aquela realizada após o prazo prescrito no §1º, do art. 7º, da LRF, porém, dentro do prazo previsto para a apresentação da impugnação judicial regulada no art. 8º da Lei nº. 11.101/2005, conforme se depreende da redação dada ao *caput* do art. 10 do mesmo diploma legislativo¹⁸. *In verbis*:

Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º , desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias.

Além disso, consigna-se, tal qual ocorre com a habilitação e/ou divergência de crédito prematura, que a habilitação e/ou divergência de crédito retardatária acarreta consequências jurídicas indesejáveis aos credores, entre as quais, a perda do direito de voto em assembleia geral de credores (art. 10, §1º, LRF), que serão adiante examinadas.

¹⁸ HABILITAÇÃO DE CRÉDITO (FALÊNCIA) – Decisão judicial determinando seja certificado se o incidente é retardatário (LREF, art. 10) para eventual aplicação do art. 4º, § 8º da Lei 11.108/03 quanto ao recolhimento das custas, e em caso positivo, a habilitante deve ser intimada para recolhimento – Alegação de que não se quedou inerte em se habilitar na recuperação judicial, tanto que nos contatos realizados com o administrador judicial foi surpreendida com a informação de que não havia registros da ação indenizatória que promove em face da massa falida, que o quadro geral de credores sequer foi homologado, que a inclusão do crédito não prejudicaria os demais credores, e que habilitou o seu crédito tempestivamente, no momento em que tomou nota acerca da decretação da falência, devendo ser afastada a obrigação de recolhimento das custas – Descabimento – Interpretação dos arts. 7º, 8º e 10 da Lei n. 11.101/2005 – **Habilitação apresentada somente após a publicação do edital com a relação de credores (art. 7º, § 2º)** – **Habilitação que deve ser conhecida como retardatária porque decorrido o prazo do art. 7º, § 1º sem habilitação da credora – Custas devidas (art. 10, § 3º) – Decisão mantida – Agravo de instrumento não provido.** (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2180025-42.2021.8.26.0000, Relator Ricardo Negrão, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 25/01/2022, data de registro 25/01/2022 – realce fictício).

4.2.1 Do conteúdo da habilitação e/ou divergência de crédito

Igualmente, conforme intelecção extraída da redação dada ao art. 9º da LRF, sustenta-se que os pedidos de habilitação e/ou divergência de crédito administrativos devem conter: (i) o nome, o endereço do credor, além do endereço em que este credor receberá as comunicações dos atos processuais, (ii) o valor do crédito atualizado até a data da distribuição do pedido de recuperação judicial e, finalmente, (iii) os documentos comprobatórios do crédito habilitado, com a indicação das respectivas garantias atreladas ao crédito, em especial aquelas que estiverem na sua posse. *In litteris*:

Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º, desta Lei deverá conter:

I – o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo;

II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

III – os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas;

IV – a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento;

V – a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

Parágrafo único. Os títulos e documentos que legitimam os créditos deverão ser exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntados em outro processo.

Acerca do conteúdo exigido para a habilitação e/ou divergência de crédito realizada na fase administrativa do sistema de verificação de crédito, importa ressaltar, inicialmente, o quanto disposto no inciso I, do art. 9º da LRF, no qual se estabelece a necessidade de o credor apresentar a sua completa qualificação, na medida em que a referida qualificação será indispensável para que o administrador judicial possa, de forma fidedigna, individualizar o crédito habilitado ou retificado.

Do mesmo modo, deve o credor indicar o seu endereço, bem como o endereço em que receberá as comunicações alusivas aos atos praticados no processo de recuperação judicial, com vistas a

facilitar a sua intimação, aplicando-se no que couber o quanto disposto no art. 274¹⁹ do Código de Processo Civil.

Sobre esse ponto, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 349) lecionam que “os pedidos de habilitação e de divergência serão direcionados ao administrador judicial, na forma escrita, contendo o nome e o endereço do credor, bem como o endereço em que ele será comunicado dos atos do procedimento (LREF, art. 9º)”²⁰.

Por outro lado, no que se refere à previsão encartada no inciso II, do dispositivo legal em comento, destaca-se que, para a correta habilitação e/ou divergência de crédito realizada na fase administrativa do procedimento de verificação de crédito, é imprescindível que o credor discrimine o valor do seu crédito, devidamente atualizado de acordo com os encargos contratuais, previamente ajustado entre as partes, utilizando-se como termo final da referida atualização a data da distribuição do pedido de recuperação judicial. Ressalte-se, inclusive, que o demonstrativo e/ou a planilha de evolução contratual do crédito a ser habilitado ou retificado a pedido do credor deve indicar expressamente os índices e encargos remuneratórios e/ou moratórios considerados para a sua respectiva atualização.

Da mesma maneira e ainda com fundamento no inciso II, do art. 9º da LRF, deve o credor, por ocasião do seu pedido de habilitação e/ou divergência de crédito formulado na via administrativa, indicar a classificação do seu crédito, na forma prevista no art. 41 da LRF, bem como demonstrar a sua origem.

¹⁹ Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

²⁰ Consignam-se os apontamentos realizados pelos citados autores, constante na nota de rodapé nº. 1325, no sentido de que “o art. 9º, I, da LREF fala, erroneamente, em endereço para comunicação de qualquer ato do processo, embora não reste dúvida de que a habilitação e a retificação (divergência) tempestivas não são apresentadas perante o juiz recuperatório/concursal, e sim direcionadas diretamente ao administrador judicial (fase administrativa). De processo, portanto, não se trata; está-se diante de simples procedimento extrajudicial”.

A respeito dessa questão, notabiliza-se a lição de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 249/250), para quem:

(...). Além disso, o credor precisa discriminar a origem, a classificação e o valor, que deve estar atualizado até a data de distribuição do pedido de recuperação judicial ou decretação da falência, considerando os termos contratados.

No mesmo sentido é a doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 350), para quem:

Tanto na habilitação quanto na divergência, o credor deverá apresentar o valor do crédito que entende devido (corrigido monetariamente e acrescido dos juros pactuados ou legalmente previstos até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial), sua origem e classificação (LREF, art. 9º, II).

Comentando o dispositivo em exame com ênfase na demonstração da origem do crédito, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 91) ensina que:

A origem do crédito a ser habilitado deverá ser demonstrada. Os documentos comprobatórios do crédito não se restringem a títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, mas também podem envolver qualquer documento, ainda que não tenha força executiva, que demonstre que o crédito fora contraído em face do devedor.

O título executivo extrajudicial, entretanto, não é suficiente para a demonstração do crédito, ao contrário da execução individual. Exige o inciso III, como imprescindível para a habilitação, a demonstração da origem do crédito pretendido. Isso porque apenas os créditos resultantes de operações onerosas, em face do devedor, poderão ser exigidos, assim como, para fins de aferição da natureza da obrigação, sua origem deve ser compreendida. (...). Nesse ponto, o título de crédito perde a característica cambial da abstração em relação à obrigação que lhe deu causa. O título é insuficiente para demonstrar o direito literal que é contido na cártyula.

Assim, pode-se concluir que a Lei nº. 11.101/2005 estabelece a obrigação de o credor em indicar e demonstrar a origem e a classificação do seu respectivo crédito, instruindo o seu pedido administrativo com documentos comprobatórios pertinentes, independentemente de se tratar de título executivo ou não.

Valendo-se mais uma vez dos apontamentos de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira acerca do tema (2021, p. 250), enfatiza-se que:

Malgrado a lei não descrever de forma exauriente todos os documentos que devem instruir o pedido administrativo, compreende-se que são imprescindíveis: i) a apresentação de procuração, caso o credor esteja representado, ii) os documentos de identificação da pessoa física e os atos constitutivos da pessoa jurídica; iii) os documentos comprobatórios do crédito e das garantias prestadas ao credor, cabendo, inclusive, a especificação das garantias que estiverem na posse do credor; e iv) a planilha demonstrativa do valor do crédito até a data do pedido.
(...).

Segundo o entendimento da doutrina especializada, não basta a mera exibição do título executivo, cabendo ao administrador judicial apurar a realidade da operação econômica que deu origem ao crédito. Além disso, o administrador judicial deverá considerar apenas os créditos que estejam documentalmente provados de forma líquida e certa – o que não deve ser confundido com exigência de título executivo –, já que é incabível a realização de dilação probatória para constituição ou liquidação de créditos.

Com o mesmo sentir, Sérgio Campinho (2019, p. 112) ensina que:

Ainda que o crédito habilitado esteja assentado em um título de crédito abstrato, como a letra de câmbio, a nota promissória ou o cheque, está o declarante obrigado a declinar-lhe a origem. É exigência especial da lei nos processos de recuperação judicial e falência, que tem por escopo aferir a higidez de sua causa, que não pode ser ilícita, nem retratar, por exemplo, uma obrigação, a

título gratuito, a qual não é exigível nem na recuperação judicial, nem na falência (art. 5º, I).

Entretanto, em que pese o entendimento anteriormente mencionado, no sentido de que para os fins do quanto disposto no inciso II, do art. 9º da LRF, ao qual se filia “*o título de crédito executivo perde a sua característica cambial de abstração em relação à obrigação que lhe deu causa*”²¹, parte da jurisprudência nacional prescreve não haver motivos legítimos para se exigir a demonstração da origem do crédito, quando o crédito, objeto do pedido administrativo, encontrar-se materializado em título executivo extrajudicial. Senão, vejamos:

Nota promissória. Falência. Demonstração da origem dos títulos. Precedente da Corte. 1. Na forma de precedente da Corte “não havendo indícios de desrespeito à ordem jurídica, nem alegação, da parte do devedor, de falta de causa, mostra-se descabida a exigência de que o credor declare a origem do negócio que travou com o fali-do e que ocasionou a emissão de cheques” (REsp nº 221.835/DF, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03/11/99). 2. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 230.541/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 4/11/2003, DJ de 16/2/2004, p. 241).

Agravo de Instrumento – Impugnação ao Crédito – O cheque é uma ordem de pagamento à vista e constitui um título de crédito autônomo e abstrato, que não depende do negócio que deu lugar ao seu nascimento, e o valor no mesmo inserido não necessita de comprovação de liquidez, pois representa quantia certa, não competindo ao credor provar a origem do cheque, pelo contrário, é ônus do devedor trazer provas capazes de desconstituir o título - Agravo Provido. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CHEQUE. ORIGEM. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO. 1- Habilitação de crédito julgada extinta sem resolução do mérito (CPC, art. 267,

²¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 91.

III), pois não cumpriu a habilitante determinações judiciais. 2- Não demonstrando o credor a origem de seu crédito a hipótese não é de extinção sem resolução do mérito, mas de improcedência do pedido de habilitação. Decreto-lei n. 7.661/45, art. 82, e Lei n. 11.101/05, art. 9º, II. 3 - O fato do título executivo ser um cheque, que instrumentaliza uma ação de execução individual, não dá a segurança exigida para a habilitação do crédito na falência, que tem exigência de demonstração de sua origem. (TJ-SP – APL 0018139-85.2003.8.26.0554., Rel. Alexandre Lazzarini, 9ª Câmara de Direito Privado).

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2109630-69.2014.8.26.0000, Relator Ramon Mateo Júnior, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 31/08/2015, data de registro 03/09/2015).

Por outro giro, conforme se depreende dos incisos III, IV e V, do art. 9º da LRF, e na esteira das menções aportadas alhures, o credor deve instruir o seu pedido administrativo com documentos que comprovem a origem, a existência, o valor e a titularidade do seu crédito, bem como indicar, especificar e comprovar as garantias, a ele, atreladas, especialmente, aquelas que estiverem em sua posse, atribuindo-lhes o devido valor, na medida em que referida quantia corresponderá ao limite da classificação do aludido crédito naquelas condições²², de modo que a importância creditícia que sobejar o valor atribuído ao bem será alocada na classe III (classe quirografária).

Esse, inclusive, é o teor da redação conferida ao enunciado nº. 51 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Comercial. *In verbis*:

O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.

Aliás, não bastasse o enunciado anteriormente transscrito, referido posicionamento reflete o entendimento consolidado no

²² Crédito com garantia real ou crédito extraconcursal na forma prevista no art. 49, §3º da LRF.

Superior Tribunal de Justiça, estampado no Recurso Especial nº. 1.933.995/SP (DJe 09/12/2021). *Ex positis:*

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO PREJUDICADA. PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO. CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL DE TERCEIRO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 49, § 3º, DA LFRE. PRECEDENTE. EXTRACONCURSALIDADE DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE SE LIMITA AO VALOR DO BEM DADO EM GARANTIA. RESTABELECIMENTO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DECLARADAS NULAS. 1. Incidente de impugnação de crédito apresentado em 19/3/2018. Recurso especial interposto em 11/11/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 22/4/2021. 2. O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir (i) se o crédito vinculado à garantia prestada por terceiro se submete aos efeitos da recuperação judicial da devedora e (ii) se configura julgamento ultra petita a declaração de nulidade de cláusula que prevê o vencimento antecipado da obrigação inserta nos contratos que dão origem ao crédito impugnado. 3. Prejudicada a alegação de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista o princípio da primazia da decisão de mérito. 4. O afastamento dos créditos de titulares de posição de proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial da devedora independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ofertado em garantia ou com a própria recuperanda. Precedente específico da Terceira Turma. 5. **A extraconcursalidade do crédito acobertado por alienação fiduciária limita-se ao valor do bem dado em garantia, sobre o qual se estabelece a propriedade resolutível. Eventual saldo devedor que extrapole tal limite deve ser habilitado na classe dos quirografários.** Precedente. 6. As cláusulas dos contratos que deram origem aos créditos não sujeitos à recuperação judicial não podem ser revistas de ofício pelo juízo recuperacional, sob pena de violação do princípio dispositivo. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp n. 1.933.995/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/11/2021, DJe de 9/12/2021 – grifo nosso).

Assim sendo e considerando os apontamentos consignados alhures, infere-se que a habilitação e/ou divergência administrativa de crédito concretizam o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, porquanto, refletem instrumentos disponibilizados ao credor para o exercício dos seus respectivos direitos e, também, para o cumprimento dos objetivos jurídicos atribuídos ao sistema de verificação de crédito, entre os quais, citam-se: (i) a garantia da efetiva participação do credor na construção de uma solução adequada à crise empresarial do devedor, bem como (ii) a salvaguarda do direito de fiscalizar a regularidade dos procedimentos e atos previstos na LRF.

4.3 A relação de credores do administrador judicial

Superada a questão acerca da publicação do 1º edital contendo a lista de credores do devedor, cuja publicação constitui condição de procedibilidade da manifestação administrativa disponibilizada ao credor (habilitação e/ou divergência de crédito), tal qual assentado em linhas pretéritas, passamos a tratar da lista de credores elaborada pelo administrador judicial, de acordo com a previsão contida no *caput* e no §2º do art. 7º da LRF. *Ipsis litteris*:

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.
§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e

o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Percebe-se, portanto, a partir da intelecção do dispositivo anteriormente transcrito, que o administrador judicial, quando da verificação dos créditos sujeitos aos efeitos do processo recuperacional, utiliza a lista de credores do devedor como ponto de partida para a elaboração da sua própria relação, devendo, contudo, analisar os livros contábeis e os documentos comerciais e fiscais do devedor, bem ainda as manifestações (habilitação e/ou divergência de crédito) e documentos apresentados pelos credores, sem, no entanto, ficar restrito à lista de credores do devedor e às manifestações dos credores.

Essa, inclusive, é a lição de Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 618), para quem:

Repete-se que o administrador judicial não fica adstrito às habilitações e divergências apresentadas administrativas. Até pelo contrário. Dentro do que for possível, deverá o AJ promover retificações “de ofício” no quadro geral de credores a partir da conciliação de informações contábeis, bancárias e contratuais – inclusive para exclusão de créditos inicialmente listados pelo devedor, pois a classificação de crédito é matéria de ordem pública.

Do mesmo modo, Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 253/254) asseveram que:

Na busca do passivo real da devedora e da verificação dos créditos, a doutrina atual permite que o administrador judicial, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, solicite diretamente todas as informações que julgar necessárias para o exame da legitimidade do crédito.

Bom salientar que da possibilidade de verificação de créditos com base nas informações contábeis e fiscais a exegese de que o administrador judicial pode promover, de ofício, todas as correções cabíveis para confecção de sua relação de credores, desde que o faça baseado em provas e esteja pautado na lei, na doutrina e na jurisprudência dominante.

Por conseguinte, o administrador judicial é autorizado a atuar de forma independente, não ficando adstrito à relação do devedor, tampouco às provocações dos credores. Assim, constatadas omissões ou informações ilegítimas, caberá ao administrador judicial remediá-las em nome da verdade real, pois quando age assim atua em benefício da justiça e da coletividade.

A verificação administrativa constitui uma das atribuições mais importantes do administrador judicial. Por essa razão, o seu trabalho deverá ser realizado de forma minuciosa e pormenorizada, para que, ao final, chegue a um julgamento seguro sobre: i) inclusão de créditos omitidos; ii) alterações de valores e classificações; e iii) exclusão de créditos²³.

Em sentido muito similar, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 357) afirmam que:

Encerrado o prazo de 15 (quinze) dias para a manifestação dos credores, as habilitações e as divergências devem ser examinadas e decididas pelo administrador judicial.

O administrador judicial fará a verificação dos créditos com base nas informações e nos documentos colhidos (valendo-se, por exemplo, dos livros contábeis e dos documentos comerciais e fiscais do devedor, bem como da documentação apresentada pelos credores), podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas (LREF, art. 7º, *caput*).

Neste particular, oportuno se faz ressaltar o comentário de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 357), registrado na nota de rodapé nº. 1351, em que se esclarece que:

²³ Registra-se, oportunamente, o comentário constante na nota de rodapé nº. 24 do artigo redigido por Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 254), segundo o qual, “(...) o administrador judicial poderá: i) incluir como credor quirografário aqueles cuja garantia real ou fiduciária não ostentam higidez ou legitimidade; ii) excluir da lista os créditos não sujeitos (art. 49, §§ 3º e 4º), bem como aqueles que lhe pareçam simulados ou fraudulentos; iii) majorar ou diminuir valores de créditos já listados pelo devedor, mas importância se mostra equivocada; iv) verificar a realidade econômica das operações de adiantamento de câmbio”.

(...), parece-nos ser dever de ofício do administrador judicial noticiar ao juízo eventuais irregularidades na contabilidade do devedor, bem como a adoção de práticas contábeis esdrúxulas com objetivo de maquiar os números de sua contabilidade para fins de permitir o ingresso na recuperação judicial e/ou excluir a participação de determinados credores do processo, inclusive o Fisco.

Em ato subsequente, após proceder ao exame de toda documentação pertinente, deverá o administrador judicial, dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos²⁴, a contar do termo final do prazo conferido aos credores para a apresentação das suas respectivas manifestações administrativas, apresentar a sua lista de credores a ser publicada em edital, nos órgãos oficiais, cuja publicação constitui condição de procedibilidade da impugnação judicial e marco de encerramento da fase administrativa do sistema de verificação de crédito.

Ademais, destaca-se que, conforme se depreende da Recomendação nº. 72/2020 do Conselho Nacional de Justiça, aos resultados dos julgamentos administrativos decorrentes do trabalho realizado pelo administrador judicial deve ser dada a efetiva publicidade, como forma de concretizar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, na medida em que os *stakeholders* diretamente afetados devem conhecer os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais se baseou o administrador judicial, possibilitando, dessa forma, o exercício dos seus respectivos direitos. Senão vejamos:

Art. 1º Recomendar a todos os Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação judicial que determinem aos administradores judiciais a apresentação, ao final da fase administrativa de verificação de créditos, prevista no art. 7º da Lei nº 11.101/2005, a apresentação de relatório, denominado Relatório da Fase Administrativa, contendo resumo das análises

²⁴ Por se tratar de prazo de natureza material, tal qual o prazo previsto no art. 7º, §1º da LRF, sua contagem é feita em dias corridos. Sobre essa questão, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 619) salientam que: “(...), o prazo de 45 dias do AJ se dá em dias corridos, assim como os demais prazos recuperacionais, conforme já mencionado (art. 189, §1º, I, LREF)”.

feitas para a confecção de edital contendo a relação de credores.

§ 1º O objetivo do Relatório da Fase Administrativa é conferir maior celeridade e transparência ao processo de recuperação judicial, permitindo que os credores tenham amplo acesso às informações de seu interesse já no momento da apresentação do edital de que trata o art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, inclusive para conferir-lhes subsídios para que possam decidir de maneira informada se formularão habilitação ou impugnação judicialmente.

§ 2º O Relatório da Fase Administrativa deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I – Relação dos credores que apresentaram divergências ou habilitações de créditos na forma art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, indicando seus nomes completos ou razões sociais e números de inscrição no CPF/MF ou CNPJ/MF;

II – Valores dos créditos indicados pela recuperanda, na forma do art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101/2005; valores apontados pelos credores em suas respectivas divergências ou habilitações; e valores finais encontrados pelo AJ que constarão do edital;

III – Indicação do resultado de cada divergência e habilitação após a análise do administrador judicial, com a exposição sucinta dos fundamentos para a rejeição ou acolhimento de cada pedido; e IV – Explicação sucinta para a manutenção no edital do Administrador Judicial daqueles credores que foram relacionados pela recuperanda na relação nominal de credores de que trata o art. 51, II, da Lei nº 11.101/2005.

§ 3º O Relatório da Fase Administrativa deve ser protocolado nos autos do processo de recuperação judicial e divulgado no site eletrônico do administrador judicial.

(...).

Sobre o tema, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 358) salientam que:

A resposta do administrador judicial em relação ao pedido de habilitação ou divergência deve ser devidamente justificada, até para que os credores (bem como o próprio devedor) possam com-

preender as razões pelas quais seu crédito recebeu determinado tratamento – e, eventualmente, possam mais adequadamente impugná-lo. Essa fundamentação afigura-se indispensável: embora a apreciação do administrador judicial não possa ser enquadrada como ato judicial – e ainda que haja controvérsias quanto à sua classificação como ato administrativo –, por qualquer ângulo que se queira analisar, parece materialmente necessário que a parte interessada conheça as razões da manifestação do administrador judicial.

Assim, analógica ou diretamente, isso parece o mais adequado, em razão do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, no art. 11 do Código de Processo Civil e no art. 50 da Lei do Processo Administrativo; o mesmo também se extrai do art. 7º, §2º, da LREF, uma vez que devem ser disponibilizados todos os elementos que fundamentaram a decisão do administrador judicial.

De igual modo, e valendo-se novamente das lições de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 254), pode-se afirmar que:

A Recomendação nº. 72/2020 do Conselho Nacional de Justiça prevê que o resultado do trabalho do administrador judicial seja documentado e apresentado no chamado relatório da fase administrativa, que corresponde à relação mencionada no art. 7º, §2º.
(...).

Embora o administrador judicial não esteja no exercício da jurisdição, a exigência de fundamentação encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, ganhando maior relevo nos processos de insolvência, seja em razão do interesse público envolvido, seja porque a fundamentação servirá para auxiliar os irresignados no manejo da impugnação judicial.

(...).

Importante repisar que o resultado da verificação administrativa dos créditos não é definitivo e por não envolver prestação jurisdicional, não produz coisa julgada, o que permitirá sua impugnação na fase judicial.

(...).

Por fim, vale lembrar que a qualidade da verificação administrativa poderá ser medida pelo juiz, de acordo com o volume da litigiosidade na fase judicial.

Notadamente, não seria inoportuno ressaltar o fato de que as decisões tomadas pelo administrador judicial, quando da verificação dos créditos, possuem natureza jurídica declaratória, cujos efeitos pretendidos pela LRF reverberam, apenas, no âmbito do regime de insolvência empresarial, por faltar-lhe competência para o exercício da jurisdição, conforme apontamentos registrados em linhas pretéritas.

Lado outro, merece destaque a redação conferida ao art. 39 da LRF, segundo a qual o direito de voto dos credores poderá se vincular à relação de credores elaborada pelo administrador judicial, mormente nas hipóteses em que não houver elementos mínimos para a formação do quadro geral de credores. Veja-se:

Art. 39. Terão direito a voto na assembleia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do *caput*, 99, inciso III do *caput*, ou 105, inciso II do *caput*, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

Assim sendo, reafirma-se que a publicação do edital contendo a lista de credores do administrador judicial, para além de constituir o marco de encerramento da fase administrativa do sistema de verificação de créditos, se reveste de condição de procedibilidade para o ajuizamento do incidente processual de impugnação de crédito, tal qual previsto no art. 8º da LRF.

5 Fase judicial de verificação de crédito no âmbito dos processos de recuperação judicial

Dando sequência ao presente ensaio, passa-se a tratar da fase judicial de verificação de crédito no âmbito do processo de recuperação judicial, que, nos termos das lições empreendidas por Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 620), “*se inicia com a publicação do segundo edital de credores (art. 7º, § 2º, LREF)*”.

Nesse diapasão e de acordo com a compreensão do quanto disposto no art. 8º da LRF, qualquer credor, o devedor ou os seus sócios e, também, o Ministério Públíco poderão ajuizar incidente processual de impugnação de crédito em face da lista de credores elaborada pelo administrador judicial, desde que o faça dentro do prazo de 10 (dez) dias corridos²⁵, a contar da data da publicação do 2º edital de credores, cujas matérias alegadas devem versar sobre a (i) eventual ausência de crédito (próprio ou de terceiros), (ii) ilegitimidade dos outros credores e/ou créditos e, finalmente, (iii) retificação do valor e classificação do crédito (próprio ou de terceiros). *Ipsis verbis*:

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

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

²⁵ Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, refletido no AgInt no AgInt no AREsp n. 2.076.303/RJ (DJe 25/04/2024), a contagem do prazo previsto no art. 8º da LRF deve ser realizada em dias corridos, na medida em que se trata de natureza material. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA RECONSIDERAR DELIBERAÇÃO ANTERIOR E, DE PRONTO, DAR PROVIMENTO AO APELO EXTREMO DA PARTE ADVERSÀ. - INSURGÊNCIA DA AGRAVADA. 1. O prazo de 10 (dez) dias, previsto no art. 8º da Lei n. 11.101/2005, para apresentar impugnação à habilitação de crédito, deve ser contado em dias corridos 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AgInt no AREsp n. 2.076.303/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024.)

Corroborando com a perspectiva apresentada, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 621) lecionam que:

Os credores, o devedor e o Ministério Pùblico terão, a partir da publicação da segunda lista, 10 dias corridos para apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º, LREF).

Ou seja, a partir daqui, as impugnações e habilitações serão direcionadas ao juízo e, por isso, chama-se essa etapa de “fase judicial de verificação de créditos”.

Com essas considerações introdutórias acerca da fase judicial do sistema de verificação de crédito, pode-se inferir que a publicação do edital contendo a lista de credores do administrador judicial, para além de assegurar o exercício de voto aos credores relacionados na aludida lista (art. 39, LRF), constitui condição de procedibilidade ao ajuizamento do incidente processual de impugnação de crédito, bem ainda configura o termo inicial do prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 8º da LRF, dentro do qual qualquer interessado poderá se insurgir em face dos créditos apurados pelo administrador judicial.

5.1 Da impugnação judicial à lista de credores elaborada pelo administrador judicial

A esse prumo, voltando os olhos novamente ao quanto disposto no art. 8º da LRF, com especial atenção à legitimidade para o ajuizamento do incidente processual de impugnação de crédito, pode-se deduzir que qualquer interessado, direta ou indiretamente afetado pela crise empresarial do devedor, além dele próprio, a possui.

Dentro dessa concepção, não nos parece inoportuno salientar que o interesse dos credores em impugnar créditos de terceiros decorre da possibilidade de maior satisfação creditícia própria e, também, da fiscalização em relação ao regular cumprimento dos preceitos legais estabelecidos no regime empresarial de insolvência, especialmente nas hipóteses em que houver fundadas dúvidas em relação à higidez dos créditos e/ou garantias a eles atreladas.

Validando esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça consignou no Recurso Especial nº. 1.991.103/MT, o entendimento segundo o qual o credor extraconcursal poderia se valer do incidente processual de impugnação de crédito com vistas à retificação de equívocos constantes na relação de credores do administrador judicial. *Ipsis litteris*:

A norma estabelecida no art. 8º da LRP confere ao Comitê, a qualquer credor, ao devedor ou a seus sócios ou ao Ministério Pùblico a possibilidade de apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, impugnação a respeito da lista de credores formulada pelo administrador judicial, a fim de apontar "a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Sendo fato indiscutível que a recuperação judicial do devedor tem o condão de sujeitar unicamente os créditos concursais (assim compreendidos como todos aqueles existentes na data do pedido, ainda que não exigíveis, excetuados os referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, bem como os fiscais), pode-se afirmar com segurança que o dispositivo legal em exame, ao fazer menção a "qualquer credor", direciona-se preponderantemente aos credores concursais.

Naturalmente, é possível cogitar de o credor, titular de crédito extraconcursal, valer-se do incidente de impugnação de crédito em recuperação judicial, a fim de sanar o equívoco, inclusive com a imposição de condenação de verba honorária à parte sucumbente (REsp n. 1.951.601/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 16/12/2022) (Trecho retirado da fundamentação do acórdão proferido no REsp nº. 1.991.103/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 13/4/2023 – realce inverídico).

Registra-se, oportunamente, o entendimento de Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 622), para quem:

Quanto à legitimidade para impugnação judicial, a situação é um pouco distinta. A LREF prevê

que poderão impugnar a lista “o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público (art. 8º, LREF). O fundamento dessa maior amplitude é porque o interesse nesses casos não é individual, mas, sim, coletivo-concursal.

Com o mesmo sentir, José Alexandre Tavares Guerreiro (2007, p. 149):

(...) é de se admitir que qualquer credor possa deduzi-la contra qualquer crédito relacionado, pois o interesse a ser satisfeito não é exclusivamente individual, mas sim concursal, ou seja, diz respeito à formação do passivo do devedor como um todo. Pressupõe-se que a finalidade declaratória da verificação de créditos opere exatamente no interesse comum, razão pela qual, aliás, qualquer das partes pode opor-se a qualquer impugnação, alegando e provando o que for de direito.

Em arremate à questão da legitimidade ativa na impugnação de crédito, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 361) lecionam com muita propriedade no sentido de que:

Sobre legitimidade para impugnar, parece-nos que qualquer pessoa com interesse jurídico legítimo – inclusive credor extraconcursal – pode deduzir impugnação contra a relação de créditos, uma vez que o procedimento de verificação de créditos opera interesse comum da coletividade. Isso porque afeta o direito de todos os envolvidos, influenciando no aumento ou na diminuição do passivo do devedor.

(...).

Existe a possibilidade de o juiz excluir da relação, *ex officio*, créditos eivados de nulidade (simulação, fraude), independentemente de impugnação por qualquer dos interessados legitimados pelo art. 8º, assim como pode declarar a ocorrência de prescrição. No entanto, advirta-se, aqui, que a atuação de ofício do juiz para a exclusão de créditos deve ocorrer em casos especialíssimos, diante de prova inequívoca do vício, não podendo decorrer de meras ilações ou suspeitas de fraude.

De mais a mais, na esteira do entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, refletido no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2043328-77.2022.8.26.0000, afirma-se que o ajuizamento da impugnação judicial de crédito não está condicionado à prévia apresentação de habilitação e/ou divergência de crédito na esfera administrativa. Senão, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. AGRAVANTE QUE CONSTOU NA PRIMEIRA E SEGUNDA LISTA DE CREDORES, PELO MESMO VALOR E CLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE APRESENTAR IMPUGNAÇÃO JUDICIAL AO SEGUNDO EDITAL DE CREDITORES, AINDA QUE NÃO TENHA APRESENTADO DIVERGÊNCIA ADMINISTRATIVA. IMPUGNAÇÃO QUE É TEMPESTIVA. AFASTAMENTO DE EVENTUAL EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO PROVIDO.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2043328-77.2022.8.26.0000, Relator Alexandre Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 22/07/2022, data de registro 22/07/2022).

Todavia, esse posicionamento não encontra consenso na doutrina especializada, na medida em que parcela doutrinária (corrente restritiva) entende que apenas o credor que apresentou sua manifestação administrativa (habilitação e/ou divergência de crédito) de forma prévia ao administrador judicial teria legitimidade para o ajuizamento da impugnação judicial.

Os fundamentos jurídicos que embasam essa corrente restritiva foram tratados por João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 361), na nota de rodapé nº. 1360, a qual pede-se *vénia* para transcrever um trecho importante:

Há divergência na doutrina quanto à extensão da legitimidade dos credores para a apresentação de impugnação. A corrente restritiva entende que o credor somente poderá apresentar sua impugnação se tiver apresentado habilitação ou divergência, nos termos do art. 7º, § 1º, da LREF e sua irresignação se mantiver com a relação de credores publicada pelo

administrador judicial. Isso porque “(...) se a segunda lista espelha o que constava da primeira lista e o credor não apresentou habilitação ou divergência no prazo do § 1º do art. 7º, não poderá apresentar impugnação agora, objetivando a inclusão de seu crédito, pois terá de se valer da habilitação retardatária (...). Repita-se: a impugnação prevista no art. 8º não pode ser utilizada como substituto ao credor que não se habilitou no prazo do § 1º do art. 7º. Tudo porque e nisso a Lei foi sábia, mesmo antes do acionamento da jurisdição, ao credor já havia sido dada a oportunidade de solucionar a questão administrativamente (§ 1º do art. 7º), solução que deverá ser preferida por todos os interessados, ante a sua simplicidade e rapidez (...)”.

Por outro lado, no que se refere ao rito a ser adotado para o processamento e julgamento do incidente de impugnação de crédito, insta salientar a norma encartada no parágrafo único do dispositivo em comento, segundo o qual a impugnação será autuada em separado e processada na forma prevista nos arts. 13 a 15 da LRF, os quais prescrevem o seu endereçamento ao juízo recuperacional²⁶, por meio de petição²⁷ devidamente instruída com os documentos pertinentes e aptos à comprovação do quanto alegado, podendo, porém, o impugnante indicar as provas que pretende produzir²⁸. Senão, vejamos:

-
- ²⁶ Nesse diapasão, ressalte-se que, por se tratar de um incidente processual, deve a impugnação de crédito ser distribuída por dependência ao processo concursal, de modo que compete ao juízo recuperacional o seu devido processamento e julgamento. Perfilhando do mesmo entendimento, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 623) asseveraram que *“a habilitação retardatária e a impugnação judicial terão o mesmo rito, previsto entre os arts. 13 e 15 da LREF, sendo distribuídas por dependência e autuadas em separado à demanda recuperacional”*.
- ²⁷ Não se olvida que a inicial da impugnação de crédito deverá observar as disposições legais previstas no Código de Processo Civil, alusivas à petição inicial, bem ainda as regras estabelecidas no art. 9º da LRF.
- ²⁸ Em recente julgamento ocorrido em 13/08/2024, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela possibilidade de produção de prova pericial nos incidentes processuais de impugnação de crédito referidos no art. 8º da LRF, assentando que *“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. APRECIAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO RECUPERACIONAL. PROVA PERICIAL. PRODUÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 6º, § 1º, DA LEI 11.101/2005. INAPLICABILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA DOS AUTOS DIVERSA DA PREVISTA NA NORMA. EXECUÇÕES EM FACE DA RECUPERANDA. SUSPENSÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Impugnação de crédito apresentada em 29/11/*

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

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

Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores de que trata o § 2º do art. 7º, ressalvado o disposto no art. 7º-A desta Lei.

Art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que:

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei;

II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes;

2017. Recurso especial interposto em 3/2/2020. Autos conclusos ao Relator em 1/6/2023. 2. O propósito recursal consiste em definir o juízo competente para apurar crédito habilitado na recuperação judicial da devedora, mas sobre o qual existe controvérsia instaurada no âmbito de execuções individuais. 3. A interpretação conjunta das normas dos artigos 8º, 13 e 15 da Lei 11.01/05 conduz às conclusões (i) de que compete ao juízo da recuperação judicial a apreciação da impugnação de crédito apresentada pela devedora e (ii) que não há qualquer impedimento legal à produção de prova pericial no curso de tal incidente. 4. Dispõe o art. 6º, II, da Lei 11.101/05 que o deferimento do processamento da recuperação judicial implica suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial. 5. A regra do art. 6º, § 1º, da Lei 11.101/05, que autoriza a continuidade da tramitação dos processos movidos contra a recuperanda, é de aplicação restrita (conforme enunciado expressamente pela própria norma) às ações que demandam quantia ilíquida. Não se aplica, portanto, aos processos de execução, haja vista que a liquidez é um de seus pressupostos (art. 786 do CPC/15). 6. Recurso especial não provido. (REsp n. 2.055.190/BA, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/8/2024, DJe de 21/8/2024)".

IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Salienta-se, igualmente, que as partes terão o prazo de 5 (cinco) dias, cada, para as suas respectivas contestação e réplica, conforme previsão normativa contida no art. 11 da LRF, bem como, no mesmo prazo de 5 (cinco) dias, deverão o devedor e o Comitê de credores, se houver, e o administrador judicial se manifestarem acerca das alegações e dos documentos coligidos aos autos pelas partes, em atenção ao quanto disposto no art. 12 do mesmo diploma legal. *In verbis:*

Art. 11. Os credores cujos créditos forem impugnados serão intimados para contestar a impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que reputem necessárias.

Art. 12. Transcorrido o prazo do art. 11 desta Lei, o devedor e o Comitê, se houver, serão intimados pelo juiz para se manifestar sobre ela no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Findo o prazo a que se refere o *caput* deste artigo, o administrador judicial será intimado pelo juiz para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito, constante ou não da relação de credores, objeto da impugnação.

Em relação ao recolhimento de custas processuais sublinha-se, novamente, a doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 364), para quem:

Tanto no caso das habilitações ou das divergências retardatárias – que são processadas na forma de impugnação, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores ou até o encerramento da recuperação judicial, caso não haja, em momento prévio, a consolidação definitiva do quadro geral de credores (LREF, art. 10, §§ 5º e 9º) – quanto das impugnações propriamente ditas só haverá a necessidade de recolhimento das

custas processuais se a legislação estadual impuser o pagamento da taxa judiciária.

A outro prumo, no que se refere às matérias impugnáveis na esfera judicial, insta salientar a ausência de um consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza taxativa ou exemplificativa do rol constante no art. 8º da LRF, justamente porque uma parcela entende ser passível de impugnação judicial apenas, e tão somente, as matérias expressamente referidas no dispositivo legal em exame (rol taxativo²⁹), enquanto parcela contrária entende que o impugnante poderá arguir toda e qualquer matéria alusiva à relação de credores elaborada pelo administrador judicial, porquanto, o rol previsto no art. 8º da LRF seria meramente exemplificativo.

Em adesão à primeira corrente, o Superior Tribunal de Justiça consignou, no Recurso Especial nº. 1.799.932/RS, o entendimento segundo o qual as matérias passíveis de serem arguidas em sede de impugnação judicial são taxativas, muito embora inexista a mesma restrição em relação ao exercício do contraditório pela parte adversa. *Ex positis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO APRESENTADO PELO CREDOR. DISCUSÃO ACERCA DA IMPORTÂNCIA DO CRÉDITO RELACIONADO. ACRÉSCIMO DE ENCARGOS MORATÓRIOS PREVISTOS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADES EM CLÁUSULAS DESSES CONTRATOS. MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. COGNIÇÃO EXAURIENTE. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RESTRINGIR O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA.
1. Controvérsia em torno da possibilidade de exame, em sede de impugnação de crédito incidente à recuperação judicial, acerca da existência de abusividade em cláusulas dos contratos de que se originou o crédito impugnado, alegada pela recuperanda como matéria de defesa.
2. O incidente de impugnação de crédito configura procedimento de cognição exauriente, possibi-

²⁹ (i) Ausência de crédito (próprio ou de terceiros) relacionado na lista de credores do administrador judicial, (ii) ilegitimidade dos outros credores e/ou créditos elencados na lista do administrador judicial e, finalmente, (iii) a necessidade de retificação do valor e/ou classificação do crédito (próprio ou de terceiros) indicado na lista de credores do administrador judicial.

litando o pleno contraditório e a ampla instrução probatória, em rito semelhante ao ordinário. Inteligência dos arts. 13 e 15 da Lei n. 11.101/05.

3. Apesar de, no incidente de impugnação de crédito, apenas poderem ser arguidas as matérias elencadas no art. 8º da Lei n. 11.101/05, não há restrição ao exercício do amplo direito de defesa, que apenas se verifica em exceções expressamente previstas no ordenamento jurídico.

4. Tendo sido apresentada impugnação de crédito acerca de matéria passível de discussão no incidente, a defesa não encontra restrições, estando autorizada inclusive a defesa material indireta, sendo despiciendo o ajuizamento de ação autônoma.

5. Possibilidade de se alegar, como defesa à pretensão do credor de serem acrescidos encargos moratórios ao crédito relacionado, a abusividade das cláusulas dos contratos de financiamento.

6. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp n. 1.799.932/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 9/9/2020 – grifo nosso).

Em sentido oposto, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 360) salientam que:

A impugnação pode servir tanto para (i) buscar a inclusão de crédito não arrolado, como para (ii) atacar crédito arrolado, seja excluí-lo da lista de credores, seja para modificar/retificar um de seus elementos (importância e classificação, por exemplo).

A LREF menciona especificamente “impugnação contra a relação de credores” (LREF, art. 8º), dando espaço para que não só os créditos nela constantes sejam impugnados, mas também a própria relação como um todo, que pode resultar de um procedimento irregular, que teve como base contabilidade imprecisa e/ou criativa, por exemplo, não identificado pelo administrador judicial.

Entende-se, portanto, que o direito à impugnação deve ser amplo e abrangente, de modo a tutelar todos os interesses legítimos relacionados aos regimes da empresa em

crise, admitindo-se que seja deduzida para além da relação exemplificativa estabelecida no art. 8º, a saber: (i) ausência de crédito, (ii) legitimidade (simulação, fraude, falsidade de documentos), (iii) importância ou (iv) classificação de crédito relacionado. (realce inautêntico).

Em sinergia com o posicionamento adotado por Scalzilli, Spinelli e Tellechea, Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 258) afirmam que:

Quanto ao objeto da impugnação, observa-se que ele é extremamente amplo, pois sua função não é somente a tutela de cada crédito singularmente considerado, mas a correta formação do quadro geral de credores. Logo, quem ajuíza a ação de impugnação pretende, de alguma forma, alterar o quadro geral de credores.

Arrematando a questão, Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 621), citando o posicionamento de José Alexandre Tavares Guerreiro, registraram na nota de rodapé nº. 248 comentário no sentido de que:

Defende-se que esses motivos não são taxativos, mas sim, exemplificativos. Como o interesse é proteger a coletividade, o edital pode ser impugnado por outros fundamentos, como “preferência, nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Comentários ao art. 7º. Da Lei nº. 11.101/2005.” Em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, por Francisco Satiro SOUZA JUNIOR e Antônio PITOMBO. São Paulo: RT, 2007, p. 148).

Além disso, é igualmente polêmico o tema acerca do cabimento de honorários de sucumbência em decorrência dos julgamentos das impugnações judiciais, tempestivas ou retardatárias, na medida em que parte da jurisprudência nacional, ora representada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, possui sólido entendimento no sentido de que os incidentes processuais são despidos de natureza condenatória e, também, de cognição exauriente, elementos próprios das ações de conhecimen-

mento, razão pela qual a eles não se aplica o Tema 1.076 fixado pelo STJ. *In verbis*:

Enunciado XXII da CRDE do TJSP: a habilitação/impugnação de crédito em recuperação judicial ou falência, por se tratar de mero incidente processual, regulado por lei especial (Lei 11.101/2.005), sem sentença propriamente condenatória e sem cognição exauriente, típica das ações de conhecimento, cujo crédito reconhecido será submetido ao plano recuperacional ou ao rateio falimentar, não se sujeita à aplicação ao Tema 1076 fixado pelo STJ, possibilitando a fixação dos honorários advocatícios por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Contudo, em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser impositiva a fixação de honorários de sucumbência, quando a impugnação judicial apresentada conferir litigiosidade à demanda. *Ipsis litteris*:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. CESÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. RECEBÍVEIS. "TRAVA BANCÁRIA". NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE, AO ARGUMENTO DE QUE O TÍTULO DE CRÉDITO NÃO SE ENCONTRARIA DEVIDAMENTE DESCrito NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. CORRETA DESCRIÇÃO DO CRÉDITO, OBJETO DE CESSÃO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...). 5. Com relação à fixação de honorários advocatícios, a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte Superior dispõe que é impositiva a fixação de honorários sucumbenciais na habilitação de crédito, no âmbito da recuperação judicial ou da falência, quando apresentada impugnação, o que confere litigiosidade à demanda. (...). (AgInt nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.816.967/PR, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 31/8/2020, DJe de 8/9/2020).

Entretanto, a despeito do entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a matéria ainda não está definida, eis que encontra-se pendente de julgamento o Tema 1.250 do STJ, cuja tese debatida é justamente a condenação em honorários advocatícios de sucumbência, nos casos de acolhimento do incidente processual de impugnação judicial ao crédito, alusivo às ações de recuperação judicial e falência.

A par dessas considerações, pode-se concluir que a legitimidade ativa e, também, as matérias passíveis de serem arguidas no incidente processual em comento devem ser de amplo alcance, vez que se pretende tutelar o interesse da coletividade.

Infere-se, da mesma forma, que o referido incidente dispõe de rito processual próprio, estabelecido no regime de insolvência empresarial, bem como não está condicionado à prévia atuação do credor na fase administrativa do sistema de verificação de crédito.

6 Efeitos da desídia do credor na atuação intempestiva no procedimento de verificação de crédito

Considerando que, até o presente momento, se buscou tratar das diversas etapas procedimentais que se alocam entre as fases administrativa e judicial do regime de verificação de crédito, dentro de uma normalidade resultante da tempestiva atuação dos credores, passa-se a examinar os efeitos da desídia atribuída a esses *stakeholders*, consubstanciada na atuação intempestiva (ou mesmo na ausência de atuação), em relação às aludidas fases procedimentais do sistema de verificação em comento.

Todavia, visando rememorar os prazos estabelecidos pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência, no âmbito do procedimento de verificação de crédito, apresenta-se o quadro comparativo a seguir:

Habilitação de crédito	Divergência de crédito	Impugnação judicial
Prazo: 15 dias a contar da data da publicação do edital contendo a lista de credores da devedora (1º edital).		Prazo: 10 dias a contar da data da publicação da lista de credores do AJ (2º edital).

Trazendo uma abordagem preliminar do tema, importa mencionar os apontamentos tecidos por Eduardo da Silva Mattos e José

Marcelo Martins Proença (2023, p. 633), acerca da expressão “retardatário”, utilizada comumente pela doutrina e jurisprudência especializadas, para se referir ao crédito habilitado de forma intempestiva pelo credor. *Ex positis*:

Como mencionado anteriormente, existe uma falta de sistematicidade da legislação quanto ao uso do vocábulo “retardatário”: habilitação retardatária é toda habilitação apresentada após a fase administrativa da verificação de créditos, seja dentro ou fora do prazo de 10 dias previsto no art. 8º, LREF. Já impugnação retardatária é somente aquela apresentada fora desse mesmo prazo, o incidente apresentado dentro do prazo é chamado de impugnação.

De toda maneira, atualmente, tanto habilitações quanto impugnações na fase judicial podem ser apresentadas até a homologação do quadro geral de credores (terceiro edital), independentemente do prazo do art. 8º, LREF. Nesses casos, o procedimento é o mesmo descrito no item acima.

Para habilitações após a homologação do quadro geral de credores, os credores poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da recuperação judicial a retificação do quadro geral para inclusão do respectivo crédito (art. 10, § 6º, LREF).

Em sentido similar, destaca-se a doutrina de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 376), para quem a atuação desidiosa do credor, por ocasião das etapas previstas no sistema de verificação de crédito, importará, inevitavelmente, em consequências gravosas ou restritivas a esse credor. *In verbis*:

Essas habilitações ou divergências (ou impugnações) intempestivas serão recebidas, no entanto, como “retardatárias” (LREF, art. 10), o que importará em consequências gravosas ou restritivas ao credor. Ou seja, o tratamento legal dispensado aos retardatários é menos vantajoso quando comparado ao dos credores que habilitaram ou retificaram seus créditos no prazo inicialmente assinalado (e nem poderia ser diferente).

As habilitações e as divergências retardatárias podem receber tratamentos distintos, conforme tenham sido apresentadas antes ou depois da homologação do quadro geral de credores (a terceira relação publicada).

Se apresentadas antes, serão recebidas como impugnação e o seu processamento se dará na forma dos arts. 13 a 15 (LREF, art. 10, § 5º). Se interpostas depois de homologado o quadro-geral de credores e até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, deverão ser feitas por meio de ação retificatória do quadro-geral, cujo objetivo é a retificação para inclusão de novo crédito ou exclusão de crédito viciado, observando-se, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil (art. 10, § 6º c/c art. 19).

Nesse particular, pede-se *vénia* para salientar que, muito embora o sistema de verificação de crédito seja essencial para conferir legitimidade aos credores no processo concursal, a participação do credor no referido procedimento não é obrigatória, na medida em que a novação do crédito de titularidade do credor desidioso, ou mesmo do credor que optou por não participar do processo concursal, ocorrerá, independentemente da sua atuação, como resultado da homologação do plano de recuperação e, via de consequência, da decisão concessiva da recuperação judicial.

Sobre esse ponto e com muita precisão, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 75) afirma que:

Para que se identifiquem o valor e a natureza dos referidos créditos, o procedimento de verificação de crédito permitirá que qualquer credor interessado divirja da lista de credores apresentada pelo devedor e confira aos credores cujo crédito existente seja habilitador o direito de negociação do plano de recuperação judicial proposto e o cômputo do seu voto no conclave.
(...).

O direito de voto é adstrito aos credores que figurarem nas listas de credores, seja o quadro geral de credores, a lista de credores do administrador judicial ou a lista de credores do devedor, nos termos do art. 39, *caput*. A não inclusão nas referidas listas impede esse seu exercício e sequer o cômputo dos referidos créditos para aferição

dos quóruns de instalação da referida assembleia geral de credores.

Questão diversa é o efeito da novação do crédito promovido pelo plano de recuperação judicial. Como todo crédito existente se submete à recuperação judicial, vencido ou vincendo, a habilitação ou não do referido crédito é indiferente. Mesmo que não tenha sido incluído na lista de credores do devedor, são dispostos ao credor meios para que possa suscitar a habilitação do referido crédito até o fim do procedimento de recuperação judicial e mesmo após a publicação do quadro geral de credores.

(...). A habilitação é ônus imposto aos credores e que afeta o seu direito de voto, mas jamais os efeitos da novação que ocorrerão independentemente de sua vontade individual.

Veja-se, portanto, que a legislação faz uma distinção entre a essencialidade do procedimento de verificação de crédito para fins de legitimação do credor e, também, para fins de novação/sujeição do crédito ao plano de recuperação judicial, cuja distinção foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no EDcl no REsp. 1.851.692/RS. *Ipsis litteris*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC/2015. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES. CRÉDITO CONCURSAL. NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO QUADRO GERAL DE CREDORES DA SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FACULDADE DO CREDOR PRETERIDO.

(...).

2. Na espécie, verifica-se que o julgado foi obscuro no que toca à definição dos efeitos materiais e processuais decorrentes da opção do credor por não se habilitar na recuperação, bem como, constata-se a ocorrência de erro material na afirmação de que, apesar de excluído da recuperação (*rectius*, do quadro geral de credores), não haveria falar em novação.

3. Conforme definido pelo julgado embargado, o titular do crédito não incluído no plano recuperacional possui a prerrogativa de decidir entre habilitá-lo como retardatário, simplesmen-

te não cobrar o crédito ou promover a execução individual (ou o cumprimento de sentença) após o encerramento da recuperação judicial, com a sujeição do seu crédito aos efeitos do plano aprovado e homologado (mediante a novação).

4. No entanto, aquele credor que fizer a opção por não habilitar de forma retardatária o seu crédito para promover posteriormente a sua cobrança também terá um ônus pela sua escolha, pois assumirá as consequências jurídicas (processuais e materiais) dela, entre as quais a de sofrer a incidência dos efeitos da recuperação.

5. A lei de regência incentiva que o credor participe da recuperação *ab initio* para que se busque encontrar uma solução de mercado específica para a superação daquela crise, mantendo-se, ao mesmo tempo, os benefícios econômicos que decorrem daquela atividade. Desse modo, ela desestimula que o credor persiga individualmente o seu crédito, fora do conclave, estabelecendo diversas consequências jurídica.

6. O tratamento normativo conferido aos retardatários é justamente o de impor a eles consequências menos vantajosas do que aquelas impostas aos credores que habilitaram ou retificaram seus créditos dentro do prazo legal. Tal racionalidade - estimular a participação no conclave e inibir a conduta resistente - também deve incidir sobre o credor, que, não constando do quadro de credores da recuperação, fez a opção por cobrar o seu crédito posteriormente.

7. Assim, o credor que figurar na listagem, com a exatidão do valor do crédito e da classificação a que faz *jus*, estará automaticamente habilitado na recuperação judicial. Caso contrário, terá ele a faculdade de decidir entre: i) habilitar de forma retardatária o seu crédito; ii) não cobrá-lo; e iii) ajuizar a execução individual após o encerramento da recuperação judicial. Em qualquer circunstância, terá o ônus de se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial.

8. Na hipótese, caso não tenha havido a habilitação do crédito, poderão os embargados ajuizar futura execução individual, após o encerramento da recuperação judicial (LREF, art. 61), devendo levar em consideração, no entanto, que o seu crédito acabará sofrendo os efeitos do plano de re-

cuperação aprovado, em virtude da novação operada legis (art. 59 da LREF).

9. Embargos de declaração acolhidos para os dévidos esclarecimentos e para sanar erro material, sem efeitos infringentes.

(EDcl no REsp n. 1.851.692/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 9/9/2022).

Isso significa dizer que as consequências gravosas ou restritivas decorrentes da atuação desidiosa do credor, no regime de verificação de crédito, não afetam a sujeição do seu respectivo crédito aos efeitos da novação resultante da homologação do plano de recuperação e, também, da concessão da recuperação judicial.

Por outro lado, e levando-se em conta os prazos estabelecidos no sistema de verificação de crédito em estudo, os quais se rememoraram alhures, passa-se a reanalisar o § 1º, do art. 7º, da LRF em conjunto com a redação dada aos arts. 10 e 39, *caput*, do mesmo diploma legislativo, cujos dispositivos se transcrevem a seguir.

Art. 7º (...).

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

(...).

Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias.

§ 1º Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo ao processo de falência, salvo se, na data da realização da assembleia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.

§ 3º Na falência, os créditos retardatários perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas, não se computando os acessórios compreendidos entre

o término do prazo e a data do pedido de habilitação.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o credor poderá requerer a reserva de valor para satisfação de seu crédito.

§ 5º As habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação e processadas na forma dos arts. 13 a 15 desta Lei.

§ 6º Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do respectivo crédito.

§ 7º O quadro-geral de credores será formado com o julgamento das impugnações tempestivas e com as habilitações e as impugnações retardatárias decididas até o momento da sua formação.

§ 8º As habilitações e as impugnações retardatárias acarretarão a reserva do valor para a satisfação do crédito discutido.

§ 9º A recuperação judicial poderá ser encerrada ainda que não tenha havido a consolidação definitiva do quadro-geral de credores, hipótese em que as ações incidentais de habilitação e de impugnação retardatárias serão redistribuídas ao juízo da recuperação judicial como ações autônomas e observarão o rito comum.

§ 10. O credor deverá apresentar pedido de habilitação ou de reserva de crédito em, no máximo, 3 (três) anos, contados da data de publicação da sentença que decretar a falência, sob pena de decadência.

Art. 39. Terão direito a voto na assembleia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do *caput*, 99, inciso III do *caput*, ou 105, inciso II do *caput*, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou

alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei. (destaque fictício).

Nesse diapasão e com fundamento na inteleção conjunta dos preceitos normativos referidos alhures, infere-se que a atuação desidiosa do credor, por ocasião dos procedimentos constantes no sistema de verificação de crédito, resulta na produção de efeitos indesejados a esse credor, entre os quais³⁰: (i) necessidade de judicializar seu pedido de inclusão, exclusão e/ou retificação de crédito, mediante o ajuizamento de habilitação retardatária ou impugnação judicial³¹; (ii) eventual necessidade de pagamento de custas processuais advinda dessa judicialização, além da possibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, conforme mencionado em linhas pretéritas e, também, (iii) impossibilidade de exercer o seu direito de voto, nas deliberações tomadas em Assembleia Geral de Credores – AGC.

Analizando as consequências da extemporaneidade na atuação do credor (ou ainda da ausência de atuação), João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 378) esclarecem que:

A habilitação de crédito é uma faculdade do credor; porém, a omissão desse em habilitar seu crédito no prazo legal (intempestiva ou retardatária) traz uma série de consequências legais à espera do seu titular, conforme determina a própria LREF.

A primeira consequência da extemporaneidade é a perda do benefício da habilitação ou da divergência desjudicializada. Importante lembrar que as habilitações e as divergências são encaminhadas diretamente ao administrador judicial, espécie de primeira instância do sistema de verificação de créditos, interinamente extrajudicial.

³⁰ Alerta-se para o fato de que os efeitos ora relacionados se referem ao processo de recuperação judicial, em razão do escopo do presente ensaio.

³¹ Oportuno registrar, igualmente, que a distinção entre habilitação retardatária e impugnação judicial, seja esta tempestiva ou intempestiva, foi tangencialmente abordada no início do presente tópico, ocasião em que se fez referência aos esclarecimentos trazidos pela doutrina de Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 633).

(...).

Sobre essa última consequência (perda do direito de voto), vale referir que, na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito de voto nas deliberações da assembleia geral de credores (LREF, art. 10, § 1º).

Disso dá conta a doutrina de Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p. 634), ao registrar que “*na recuperação judicial, a maior consequência processual da habilitação retardatária é a impossibilidade de voto na assembleia geral de credores, à exceção do crédito trabalhista (...)*”. Isso porque, conforme se depreende do *caput* do art. 39 da LRF, estão legitimados a votar os credores arrolados (i) no quadro geral de credores ou, (ii) na lista de credores do administrador ou, em último caso, (iii) na lista de credores do devedor, acrescidas daqueles habilitados na fase administrativa ou tenham tido os seus respectivos créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, bem como tenham obtido reserva de importâncias, desde que, em todas essas hipóteses, se observe o quanto estabelecido no art. 10, §§ 1º e 2º da LRF.

Em outras palavras, estão legitimados a exercer o direito de voto nas deliberações tomadas em AGC os credores que houver observado o prazo previsto no art. 7º, § 1º da LRF, refletindo, pois, sua atuação tempestiva na fase administrativa. Do contrário, em havendo desídia do credor na apresentação tempestiva de sua habilitação e/ou divergência de crédito na fase administrativa, perderá esse credor o direito de exercer o seu voto por ocasião das deliberações tomadas em AGC, exceto quando se tratar de titular de crédito derivado da relação de trabalho.

Exemplificando a questão, cita-se o acórdão do Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2131404-09.2024.8.26.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se discutiu se o fato do crédito ter sido liquidado (apuração do valor devido) em data posterior ao prazo para a apresentação tempestiva de habilitação de crédito na fase administrativa, conforme previsão contida no art. 7º, §1º da LRF, sem que houvesse sido formulado o pedido de reserva do valor estimado do crédito, seguida do ajuizamento tempestivo de impugnação à lista de credores elaborada pelo administrador judicial (fase judicial), teria o condão de lhe garantir o direito de voto nas deliberações tomadas em AGC. Senão, vejamos:

Agravo de instrumento – Recuperação judicial – GRUPO CONNVERT – Decisão que esclareceu que a discussão sobre a apreciação do crédito e direito de voto deve ocorrer em incidente próprio e negou o pedido de suspensão da Assembleia Geral de Credores – Insurgência – Não acolhimento – Considerando que o suposto crédito dos agravantes não está inscrito no quadro geral de credores, deve-se promover incidente próprio, antes de qualquer discussão sobre o direito de voto – Questão sobre a exigibilidade ou liquidez do crédito que deverá ser discutida naquele ambiente processual – Não distribuída a habilitação, mesmo que o crédito seja líquido, como se alega, uma vez ultrapassado o prazo do “caput” do art. 10 da LREF, não tem os agravantes direito de voto, conforme §1º do mencionado dispositivo legal – A despeito de se realizar em mais de uma sessão, o conclave é uno e suas sessões subsequentes são consideradas meros desdobramentos – Art. 37, §3º, da Lei nº 11.101/05 e Enunciado 53 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal – Decisão sobre a viabilidade da recuperação judicial cabe, exclusivamente, aos credores – Atender ao pedido de suspensão da AGC causaria, na verdade, dano inverso, com a estagnação do processo de recuperação, em prejuízo dos credores, cujo período de negociação já iniciou – Decisão mantida – RECURSO IMPROVIDO.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2131404-09.2024.8.26.0000, Relator Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 20/06/2024, data de registro 20/06/2024).

Em outra ocasião, versada no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2108649-88.2024.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, se debateu a possibilidade de afastar a penalidade prevista no art. 10, §1º da LRF (perda do direito de voto) em relação ao credor, titular de garantia fiduciária, quando, excepcionalmente, ocorrer a disfuncionalidade e/ou perda da referida garantia fiduciária em data posterior ao prazo previsto no art. 7º, §1º da LRF (fase administrativa), oportunidade em que o referido tribunal, apesar da excepcionalidade alegada, manteve o seu posicionamento no sentido de que a habilitação de crédito realizada de forma retardatária enseja a aplicação da penalidade prevista no art. 10, §1º da LRF. *In verbis:*

Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Grupo Connvert – Habilitação de crédito retardatária – Decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência objetivando o exercício do direito de voto na Assembleia Geral de Credores – Insurgência do habilitante – Não acolhimento – Habilitação de crédito distribuída de forma retardatária que não confere ao habilitante o direito de voto nas assembleias das recuperandas – Intelligência do art. 10, §1º, da Lei nº 11.101/05 – Inexistência de previsão legal acerca de “merecimento” do exercício do direito de voto em razão do suposto credor possuir “crédito significativo” em relação ao quadro geral de credores – A despeito de se realizar em mais de uma sessão, o conclave é uno e suas sessões subsequentes são consideradas meros desdobramentos – Art. 37, §3º, da Lei nº 11.101/05 e Enunciado 53 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal – Decisão mantida – RECURSO IMPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2108649-88.2024.8.26.0000, Relator Jorge Tosta, data do julgamento 17/06/2024, data de registro 17/06/2024).

Em comentários ao art. 10 da LRF, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 93) consignou que o termo “habilitação”, previsto no *caput* daquele dispositivo legal, comprehende tanto as habilitações (quando o crédito não houver sido incluído na lista de credores), quanto as divergências e impugnações (na hipótese de ter sido incluído crédito inexistente, ou com valor e/ou natureza jurídica diverso), razão pela qual deverão ser consideradas retardatárias a habilitação e a impugnação judicial ajuizadas após o transcurso do prazo previsto no art. 8º da LRF.

Esse, inclusive, é entendimento estampado no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 0032912-63.2022.8.16.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Senão, vejamos:

(...). A impugnação retardatária não é ontologicamente diversa da habilitação retardatária, notadamente porque, muitas das vezes, a impugnação nada mais é do que apenas a habilitação de valor adicional àquele incluído no QGC. (...).

Ainda que não se deixe de considerar o prazo do art. 8º uma regra, nota-se que não há nela a previsão de eficácia preclusiva. Mesmo que se compreenda, acertadamente, que a existência de um prazo legal tem de gerar alguma espécie de sanção no caso de seu descumprimento, nem sempre a sanção será a preclusão. Conforme se verifica da leitura do art. 10 da lei 11.101/05, ainda em sua redação originária, nota-se que a principal penalidade aplicada aos credores que deixaram transcorrer *"in albis"* o prazo para habilitar seus créditos é a perda do direito de voto nas assembleias gerais de credores (art. 10, §1º) e não a preclusão quanto ao direito de habilitar seu crédito. Neste sentido, a mesma lógica deve se aplicar àqueles que deixam transcorrer o prazo previsto no art. 8º para a impugnação de crédito, não sendo possível atribuir, diante do silêncio da legislação, um efeito diverso e mais grave, sem que haja uma diferença ontológica entre os institutos da impugnação e da habilitação.

(Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 18ª Câmara Cível – Projudi, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 0032912-63.2022.8.16.0000, Relator Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, DJe 09/11/2022)³².

Divergindo, todavia, do entendimento adotado por Marcelo Barbosa Sacramone e, também, do acórdão anteriormente mencionado, parte da doutrina e jurisprudência especializadas defendem que apenas a atuação desidiosa do credor na fase administrativa do procedimento de verificação de crédito tem o condão de acarretar a aplicação da penalidade prevista no art. 10, §1º da LRF, a resultar, portanto, na perda do direito de voto nas deliberações tomadas em AGC.

Para fundamentar esta perspectiva, fez-se a distinção entre o conceito de habilitação retardatária³³ e o conceito de impugnação

³² Registra-se, neste particular, que o efeito diverso e mais grave a que se refere o Desembargador Dalla Dea é o efeito da eficácia preclusiva atribuído ao prazo previsto no art. 8º da LRF, pela jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, antes da reforma empreendida pela Lei nº. 14.112/2020.

³³ Habilitação retardatária seria aquela apresentada após o decurso do prazo previsto no art. 7º, §1º da LRF, porém, dentro do prazo previsto no art. 8º da LRF.

intempestiva³⁴, bem como salientou-se que o *caput* do art. 10 da LRF faz expressa referência ao prazo previsto no art. 7º, § 1º, levando à conclusão de que, via de regra e pela exegese literal da legislação pertinente, apenas as habilitações e/ou divergências retardatárias na fase administrativa ensejam a perda do direito de voto pelo credor desidioso.

Ademais, de acordo com essa corrente doutrinária e jurisprudencial, claramente o legislador teria optado por penalizar apenas o credor desidioso na fase administrativa, como forma de prestigiar e estimular a desjudicialização do procedimento, posto que, do contrário, teria, igualmente, feito expressa referência ao prazo do art. 8º da LRF.

Além disso, considerando que o §1º do art. 10 da LRF estabelece uma medida restritiva ao exercício do direito de voto pelo credor, entende-se que, pelas regras de hermenêutica, “(...) *as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente* (...)”³⁵, devendo, portanto, referida regra ser vista com extrema cautela.

Nesse sentido, cita-se o acordão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ocasião do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº. 0014339-18.2010.8.26.0000, segundo o qual:

Recuperação Judicial. Credor que apresenta divergência no prazo estabelecido no art. 7º, § 1º, mas não observa o estabelecido no art. 8º para a impugnação do resultado daquela. Processamento admitido como divergência retardatária. Recuperação Judicial Assembleia de credores. Credor relacionado pelo devedor e pelo administrador. Participação assegurada, mesmo tendo apresentado divergência intempestiva. Recuperação Judicial. Assembleia de credores. Participação do credor, pelo valor e classificação de crédito por ele pretendidos, concedida em tutela antecipada, à vista da verossimilhança de suas alegações, mesmo diante da intempestividade de sua divergência. Recurso não provido.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 0014339-

³⁴ Impugnação intempestiva reflete aquela apresentada após o decurso do prazo contido no art. 8º da LRF e antes da homologação do quadro geral de credores consolidado.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.471.391 (DJe 26/11/2014). No mesmo sentido, Recurso Especial nº. 1.245.252 (DJe 29/04/2014).

18.2010.8.26.0000, Relator Araldo Telles, Órgão Julgador N/A, data do julgamento 06/07/2010, data de registro 23/07/2010).

Por outro giro, notabilizam-se os apontamentos de Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira (2021, p. 261), ao observar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2219307-29.2017.8.26.0000, entendeu que o decurso do prazo previsto no art. 8º, da Lei nº. 11.101/2005, acarreta, igualmente, a perda do direito de impugnar a relação de credores do administrador judicial, em face dos créditos de terceiros, permitindo-se, apenas, a utilização do instrumento processual em comento, para pretender a inclusão, exclusão ou retificação alusiva a crédito próprio. Confira-se:

AGRADO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO DE TERCEIRO – Extinção sem análise de mérito – Pretensão recursal ao afastamento do decreto de extinção e declaração de que o incidente se trata de impugnação de crédito retardatária – Interpretação dos arts. 7º, 8º e 10 da Lei n. 11.101/2005 – Impugnação apresentada meses após a publicação do edital com a relação de credores (art. 7º, § 2º) – Pretensão ao recebimento como impugnação retardatária para reclassificação de crédito de terceiro – Descabimento – Habilitação ou impugnação retardatária cabível apenas para habilitação ou adequação do crédito da própria credora – Extinção mantida – Caberá, se o caso, o ajuizamento de ação própria de conhecimento (LREF, art. 19), ante a inéria da recorrente ao não impugnar o crédito e sua classificação no momento oportuno – Recurso não provido. Dispositivo: Negam provimento.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2219307-29.2017.8.26.0000, Relator Ricardo Negrão, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data do julgamento 07/08/2018, data de registro 07/08/2018).

Dessa forma, no que se refere ao comportamento desidioso do credor em apresentar intempestivamente sua habilitação e/ou divergência de crédito perante o administrador judicial, tem-se, como consequência de maior gravidade, a perda do seu direito de

voto nas deliberações tomadas em assembleia geral de credores, reduzindo, pois, o poder de influência desse credor na construção de uma solução eficiente para a crise empresarial do devedor.

Outrossim, a despeito do entendimento significativo de parcela doutrinária e jurisprudencial defendendo a extensão desse efeito aos casos de desídia do credor na fase judicial (ajuizamento intempestivo do incidente processual de impugnação de crédito), embora tenha atuado diligentemente na fase administrativa, filiamo-nos ao posicionamento segundo o qual apenas a atuação negligente do credor na fase administrativa tem o condão de acarretar a aplicação da penalidade prevista no art. 10, §1º da LRF, a resultar, portanto, na perda do direito de voto nas deliberações tomadas em AGC.

Conclusão

Em síntese e considerando todo o exposto, pode-se afirmar que o procedimento de verificação de crédito na recuperação judicial revela-se como um instrumento fundamental para garantir a participação efetiva dos credores no processo concursal, especialmente porque busca sustentar uma análise criteriosa acerca do real passivo do devedor em recuperação judicial, assegurando, bem assim, uma condução equânime e transparente do processo reorganizatório, pautando-o nos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, de modo que as fases administrativa e judicial, apesar de distintas, sejam complementares no objetivo de depurar e organizar os créditos.

Infere-se, igualmente, que, ao detalhar os objetivos políticos e jurídicos dessa verificação, o estudo demonstrou que o sistema vai além da mera apuração de valores. Ele visa proteger a coletividade e promover a eficiência econômica, assegurando que o passivo concursal seja representado com precisão. Essa prévia regulação contida no regime de insolvência empresarial contribui diretamente para a segurança jurídica do mercado e para a previsibilidade nas relações empresariais, elementos cruciais para o desenvolvimento econômico sustentável.

O trabalho também destacou o papel central do administrador judicial, que atua como facilitador no processo de organização dos credores e na proteção dos direitos envolvidos. A interação entre as fases administrativa e judicial garante que a relação de credores seja legitimada e que fraudes sejam preventidas, reforçando a credibilidade do sistema.

Além disso, o artigo sublinhou a importância da observação dos prazos e da correta apresentação de documentos pelos credores, sob pena de comprometimento do exercício dos seus respectivos direitos. Essa abordagem rigorosa da legislação visa promover a equidade entre os credores, bem como o tratamento justo conferido aos créditos, elemento essencial para a eficiência do processo de recuperação.

Em suma, percebe-se que o sistema de verificação de crédito no processo concursal, em especial, na recuperação judicial, desempenha papel crucial na efetivação dos objetivos pretendidos pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência, porquanto, permite a consolidação de um quadro geral de credores mais próximo da realidade, a resultar na legitimação dos credores para o exercício dos seus respectivos direitos e efetiva participação na construção de uma solução justa e adequada à crise empresarial do devedor, além de possibilitar a fiscalização da regularidade dos procedimentos e atos previstos na LRF.

Referências

- ARAÚJO, Aloisio P., Rafael V. X. FERREIRA, e Bruno FUNCHAL. **"The Brazilian law experience."** Journal of Corporate Finance 18, Elsevier, 2012.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito Societário e regulação econômica.** Barueri: Manole, 2018.
- CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial - falência e recuperação de empresa.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CAVALLI, Cássio. **A teoria do contrato entre credores: A explicação da análise econômica do**
- direito para a recuperação judicial e a falência (Coleção Ensaios de Direito Concursal).** São Paulo: Agenda Recuperacional Editora , 2023.
- 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 Editores, 2012.
- FALCÃO, Guilherme Jurema. **Os Créditos de Titularidade de Instituições Financeiras nos Processos de Insolvência e de Falência e Recuperação Judicial de Empresas - Análise dos Conceitos Vigentes há Quinze Anos nos Ordenamentos Jurídicos de Portugal e do Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2021.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **"Comentários ao art. 7º. da Lei nº. 11.101/2005."** In Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, por Francisco Satiro SOUZA JUNIOR e Antônio PITOMBO. São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Eduardo da Silva, e José Marcelo Martins PROENÇA. **"O inferno são os outros II: análise empírica das causas de pedir e dos remédios propostos em recuperações judiciais."** Revista de Direito Empresarial - RDEmp., maio/ago de 18: 31-46.

MATTOS, Eduardo da Silva, e José Marcelo Martins PROENÇA. **Recuperação de empresas: curso avançado em Direito, Economia e Finanças.** São Paulo, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

OLIVEIRA, Anglizey Solivan de, e Pedro Ivo MOREIRA. **"Reflexões sobre os procedimentos de verificação e de habilitação de créditos à luz da reforma da Lei nº 11.101/2005."** In Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 14.112/2020), por Ronaldo VASCONCELOS, Fernanda Neves PIVA, Gabriel José de Orleans e BRANGANÇA, Thais D'Angelo da Silva HANESAKA e Luiz Sant'Ana THOMAZ, 235/269. São Paulo: Editora IASP, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: SaraivaJur, 2023.

—. **Recuperação Judicial: dos objetivos ao procedimento - Incentivos Regulatórios do Sistema de Insolvência Brasileiro.** São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito e Economia.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCALZILLI, João Pedro, Luis Felipe SPINELLI, e Rodrigo TELLECHEA. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005.** São Paulo: Almedina, 2023.

TEBEZ, Ramez. **Lei de Recuperação de Empresas: Lei nº. 11.101, de 2005.** Parecer nº. 534, Brasília: Senado Federal, 2004.

TELLECHEA, Rodrigo, João Pedro SCALZILLI, e Luis Felipe SPENELLI. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa.** São Paulo: Almedina, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas - Volume 3.** São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Considerações sobre os requisitos para o Deferimento do Processamento da Recuperação Judicial

Suzimaria Maria de Souza Artizi

Advogada, Contadora, Mediadora e Administradora Judicial.

Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp/MS.

Pós-graduada em Direito Processual Civil Lato Sensu pela Escola Superior de Advocacia e Grupo ATAME.

Administradora Judicial e Mediadora Judicial, formação pelo TJ/MT.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar os principais requisitos para o deferimento do processamento da ação de recuperação judicial, sendo observada a exigência legal contida no artigo 51 da Lei 11.101/2005, bem como o texto explora condições a que o devedor deve atender e quais os documentos necessários para o processamento da ação.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Requisitos legais. Deferimento do processamento. Exigência legal.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the main requirements for granting the processing of the judicial recovery action, observing the legal requirement contained in article 51 of Law 11,101/2005, as well as, the text explores conditions that the debtor must meet and which documents are necessary for processing the action.

Keywords: Judicial recovery. Legal requirements. Deferral of processing. Legal requirement.

Introdução

Sabe-se que a recuperação judicial é um instituto de grande relevância no cenário jurídico brasileiro. Especialmente em

tempos dos quais vivemos com crises econômico-financeiras, que comprometem a continuidade de diversas empresas.

Assim, a recuperação judicial tem como objetivo principal proporcionar ao devedor um ambiente favorável de negociações de suas dívidas, oportunidade que, às vezes, não teria se não ingressasse em juízo. Entende que a recuperação extrajudicial também vem avançado de forma a reduzir os conflitos judiciais, porém, no caso do estudo proposto, é para analisar os requisitos legais para o devido processamento da ação de recuperação judicial.

Sabemos que, nos últimos anos, tem aumentado o crescimento de pedidos dessa natureza em juízo, e esse aumento traz à tona a necessidade de uma análise mais específica e aprofundada dos documentos e requisitos essenciais, uma vez que nem todas as empresas que, ainda estando em crise, preenchem as condições necessárias para o devido processamento em juízo.

Desse modo, este artigo tem o propósito de analisar os principais requisitos para o deferimento do processamento da recuperação judicial com base na legislação vigente.

Percebe-se que, em muitos casos, nem todos os empresários ou devedores possuem documentos que são exigidos por lei, e em alguns casos há o deferimento da emenda à inicial para juntada de novos documentos, e ainda, em outros casos, há o indeferimento do processamento da recuperação judicial, o que, de fato, atrapalha o pedido, principalmente se houver urgência em alguma medida cautelar e antecipatória dos efeitos da ação de recuperação judicial, por justamente conter a ausência dos requisitos legais do processamento.

O estudo traz, ainda, uma pequena abordagem da **verificação prévia**, que é um dos mecanismos que vem sendo praticado por muitos juízos para justamente fazer a constatação dos meios exigidos antes mesmo do deferimento do pedido. A chamada constatação prévia nada mais é que uma análise antecipatória realizada por um perito judicial de confiança do juízo para informar a realidade da empresa, bem como checar a documentação se está de acordo com as normas legais.

Por esse motivo, é necessário conhecer o artigo 51 da Lei 11.101/2005, o qual trata dos documentos que são tidos como requisitos primordiais para o deferimento do processamento da recuperação judicial. Além disso, o estudo ainda aborda o papel do Judiciário no deferimento do pedido de processamento e como tem lidado com esses pedidos.

De acordo com essas considerações, passamos a tratar de forma detalhada, nos tópicos subsequentes, do tema proposto.

1 Fundamento Legal da Recuperação Judicial

A recuperação judicial está fundamentada na Lei 11.101/2005, que estabelece um conjunto de normas para regular o processo de soerguimento das empresas em crise.

Essa legislação foi criada com o objetivo de permitir que empresas em dificuldades possam renegociar suas dívidas com credores, enquanto mantêm suas atividades, evitando, assim, a falência. A principal justificativa para essa lei é a preservação da função social da empresa, que se traduz na proteção de empregos, na manutenção da atividade produtiva e na geração de riquezas para a sociedade.

Segundo o Professor Daniel Carnio Costa (2021, p. 188), “a recuperação judicial deve ser entendida como um instituto que busca preservar o empresário, desde que constatado pelo juízo o atendimento aos requisitos legais conforme análise das circunstâncias fáticas, incluindo a função social, as características do devedor e as razões da crise, o processamento da recuperação judicial será deferido, priorizando, assim, a preservação da empresa.

Aliás, no campo da recuperação, é exatamente isso o que diz o art. 47 da nossa Lei 11.101/2005, que merece ser transscrito, como verdadeira declaração de princípios: “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”.¹

O Professor Manoel Justino Filho (2017, p. 159) interpreta a nova Lei como sendo de fundamental importância ter sempre à vista os princípios que a norteiam, princípios que são as disposições primeiras que influenciam o entendimento dos artigos como um todo, compondo-lhes o espírito e, ao mesmo tempo, definindo a lógica e a racionalidade do sistema.

Dessa maneira, a recuperação judicial se destina às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com

¹ Brasil. “Lei 11.101 de 2005 artigo 47”. Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

possibilidade, porém, de superação, pois aquelas que, em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ser decretadas à falência, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas de mercado. E, por essa razão, entende que a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando em primeiro momento a manutenção da fonte produtora e a manutenção dos empregos, atingindo, desse modo, a sua função social.

Nesse real motivo, mantendo essas duas ordens, se consegue posteriormente satisfazer os interesses dos credores.

Como lembra Jorge Lobo (In ABRÃO, TOLEDO, 2016, p. 177-178), contraria a posição ao discorrer que o instituto de recuperação judicial não pode ser considerado um pacto contratual, porque o contrato só obriga aqueles que a ele aderirem, tácita ou expressamente, enquanto que o que ocorre na recuperação judicial é a submissão de todos os credores aos seus efeitos, mesmo que efeitos indiretos, como, pro exemplo, a suspensão de todas as ações de execuções em face do devedor (COSTA, 2021, p. 189).

Entende-se, por essa razão, sendo o pedido judicial, que o Juiz deverá sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a manutenção da fonte produtora, ou seja, a recuperação da empresa.

2 Principais Requisitos do Artigo 51 da Lei 11.101/2005

Aqui, temos um dos pontos principais deste presente trabalho, que deve ser observado para o deferimento do processamento da recuperação judicial.

O artigo 51 da Lei 11.101/2005 especifica os documentos que devem ser apresentados pelo devedor ao ingressar com o pedido de recuperação judicial. O cumprimento desses requisitos é fundamental para que o juiz possa deferir o processamento do pedido e para que o plano de recuperação judicial possa ser discutido com os credores.

Temos os principais requisitos:

2.1 Exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira

No próprio bojo da petição inicial, "deverão estar expostas as causas que geraram a insolvência ou a falta de liquidez tem-

porária do empresário. As causas poderão ser decorrentes de eventos externos do empresário, como a retração de economia, a suspensão de pedidos dos principais adquirentes, a mudança de mercado. De modo concreto, contudo deverá ser exposto como referidos eventos afetaram a atividade empresarial, não sendo admitida simplesmente uma exposição genérica da situação macroeconômica” (SACRAMONE, 2024, p. 267).

Em muitas ações nessa vida cotidiana de estudos, temos percebido que alguns devedores sequer mencionam exatamente o seu histórico de crise. Não relatam como chegaram ao patamar que levaram à situação tão caótica, a ponto de ingressarem com ação judicial. A nosso ver, talvez falte, sim, conhecimento por parte dos devedores, e também, muitas das vezes falta de orientação devida para poder fazer com que a documentação esteja de acordo com o mencionado inciso desse artigo tão importante na Lei.

2.2 As Demonstrações Contábeis dos últimos três exercícios sociais e levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável

Esse requisito visa assegurar que o devedor apresente uma visão clara e transparente de sua situação financeira. As demonstrações contábeis permitem que o juiz e os credores verifiquem a real extensão da crise e se a empresa tem condições de se recuperar.

Nos termos do art. 51, deverá o devedor apresentar, dessa forma, as demonstrações contábeis relativas aos **três últimos exercícios sociais**, bem como as demonstrações contábeis levantadas especialmente para instruir o pedido e consistentes nas demonstrações do término do último exercício social até a data do pedido de recuperação judicial. Se o balanço correspondente ao último exercício social já findo não tiver sido ainda entregue, a Lei autoriza que o devedor apresente o balanço prévio do referido ano, com a juntada do balanço definitivo até o prazo final de entrega pela lei societária.

O Professor Sacramone (2024, p. 270) descreveu que “as demonstrações contábeis permitirão aos credores identificar as causas da crise econômico-financeira que acomete o devedor, bem como as demonstrações levantadas desde o último exercício permitirão analisar se a atividade econômica do devedor continua viável”.

Embora a lei tenha determinado que as demonstrações contábeis deverão seguir a legislação societária aplicável, não há nenhuma referência no Código Civil ao modo pelo qual as demonstrações contábeis deverão ser confeccionadas. Na Lei n. 6.404/76 (art. 177), exige-se que a escrituração seja realizada com obediência aos princípios da contabilidade geralmente aceitos, de modo que deve ser o padrão exigível das demonstrações financeiras exigidas pela Lei n. 11.101/2005. Referidas demonstrações serão compostas pelo balanço patrimonial, pelas demonstrações de resultados acumulados, pela demonstração de resultado desde o último exercício social e pelo relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção.

Em se tratando de microempresa ou empresa de pequeno porte, os documentos contábeis poderão ter sua apresentação facilitada, tendo, então, uma escrituração contábil simplificada, com exceção de apresentação do livro caixa (art. 26 da LC 123/2006 do Simples Nacional). Ainda assim, deverão apresentar os últimos exercícios e até o pedido de recuperação judicial.

Já em caso de produtor rural, cuja atividade é rural, os documentos serão substituídos por: documentos do Livro Caixa Digital do Produtor Rural – LCDPR, ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venham a substituir o LCDPR pela Declaração de Ajuste Anual do Imposto Sobre a Renda da Pessoa Física – DIRPF, ou Balanço Patrimonial, todos relativos aos últimos dois anos de atividade, tudo em conformidade com o §6º do artigo 51.

2.3 Relação Nominal Completa dos Credores, Sujeitos ou Não Sujeitos à Recuperação Judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com indicação de endereço físico ou eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 da Lei 11.101/2005, e o valor atualizado do crédito com a discriminação de sua origem e o regime de vencimentos.

O devedor deve apresentar uma lista completa e detalhada de todos os seus credores, com a discriminação do valor de cada dívida. Essa lista é essencial para que o juiz tenha uma visão precisa da extensão do passivo da empresa.

Nota-se que o devedor, em demasiados casos, vem somente informando uma lista simples, mas não contendo todas as informações exigidas por Lei.

Note que, de acordo com o mencionado artigo, inciso III, o devedor, além de todas as especificações, deverá indicar o endereço correto, seja eletrônico ou físico.

As administrações judiciais, quando do cumprimento de seu ofício no envio de aviso aos credores, têm tido uma dificuldade enorme de encontrar no primeiro momento o endereço correto do credor. Ainda que tenha o entendimento de que o edital de publicação seja uma prova fidedigna e fundamental, muitos credores em processos de recuperações judiciais sequer tomam ciência do processo recuperacional, o qual, em algumas situações, acaba por ter conhecimento do processo por terceiros, e ainda, quando vão verificar questões cadastrais que irão averiguar os dados e perceber que seu cliente está em recuperação judicial, mas aí já é tarde, uma vez que não se habilitou adequadamente no processo.

Além disso, deverá ser apontada a natureza do crédito, conforme as específicas classes de credores definidas no art. 83 da Lei. A natureza permitirá a classificação dos créditos para fins de votação na Assembleia Geral de Credores e para evitar distinções de pagamento entre credores da mesma classe.

O negócio jurídico que originou essa obrigação deverá ser discriminado para permitir o controle pelo administrador judicial e pelos demais credores. Isso facilitará que se tenha uma melhor organização durante o decorrer do processo.

A lei exige indicação dos registros contábeis de cada crédito. Além da discriminação da origem, cada negócio jurídico que ensejou as obrigações deveria estar incluído nos registros contábeis da devedora

Mais uma vez, o Professor Sacramone (2024, p. 274) descreve que, “a despeito da necessidade, o registro faz prova em face de terceiros a respeito daquele crédito e de sua origem. A falta de registro contábil permite que haja invocação pelos credores para que o devedor demonstre a existência efetiva do negócio jurídico. O devedor poderá ser demandado pelos interessados para se verificar se não foi simplesmente criado o crédito para prejudicar os demais credores”.

Assim, nota-se a importância da relação correta de apresentação do rol de credores, a ser anexada ao processo.

2.4 A Relação Integral dos Empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento

A Lei exigiu a apresentação da relação integral dos empregados. Na lista dos empregados, deverão constar as funções de cada qual, seus salários, indenizações e outros valores ou encargos a que têm direito. Deverão ser indicados quais valores estão pendentes de pagamento e desde quando são devidos.

Aqui, uma informação da qual quem está em constante atividade percebe essa relação ao ser apresentada pelos devedores, tão somente, informações muita das vezes incompletas, as quais deverão obedecer aos parâmetros legalmente exigidos por Lei, sob pena de emenda à inicial.

A exibição da relação dos empregados é justificada para permitir aos credores avaliarem o custo operacional da empresa em recuperação judicial, a necessidade de readequação de suas operações e a repercussão social que eventuais medidas necessárias poderiam produzir em relação aos empregados. Os montantes pendentes de pagamento, por seu turno, indicariam a gravidade do endividamento do empresário, notadamente diante da limitação temporal para que, mesmo na recuperação judicial, essas dívidas fossem satisfeitas.

Os prestadores de serviço, de modo geral, não são considerados empregados e, em virtude disso, não devem figurar na relação de empregados. Deverá haver uma planilha que demonstre essa classificação como sendo credores quirografários, visto que os devedores se utilizam quase que sempre de mão de obra terceirizada, das quais diferentemente dos empregados, deverá constar . A natureza do crédito como não trabalhista, mas meramente quirografário, repito, determina que seus créditos sejam incluídos na relação geral de credores.

2.5 Certidão de Regularidade do Devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeações dos atuais administradores

Para que possa pedir recuperação judicial, o empresário deverá estar em situação regular. O art. 51, V, exige que o empresário apresente certidão de regularidade do Registro Público de Empresas.

A Certidão Simplificada da Junta Comercial, órgão de execução do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM), é suficiente para demonstrar a regularidade do empresário e suas principais qualificações.

O papel das certidões fiscais no processo de recuperação judicial é garantir que a empresa devedora não apenas renegocie suas dívidas com credores privados, mas que também mantenha suas obrigações tributárias em dia, preservando o equilíbrio das finanças públicas. No entanto, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicam que a exigência de certidões fiscais pode ser flexibilizada, desde que a empresa demonstre boa-fé e esteja em processo de regularização.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.187.404/MT pelo STJ, por exemplo, definiu que a exigência de certidões negativas de débitos não impede o deferimento do pedido de recuperação judicial, caso a empresa esteja em negociação para a regularização de seus débitos tributários. Essa decisão tem sido um marco na flexibilização desse requisito, permitindo que mais empresas tenham acesso ao benefício da recuperação judicial, mesmo sem estarem completamente regularizadas fiscalmente.

Ademais disso, além das certidões de regularidade, exige-se que sejam apresentados o ato constitutivo da sociedade devidamente atualizado, o qual consiste no contrato social ou estatuto social, com suas alterações posteriores, e as atas de nomeação dos últimos administradores da sociedade. Essa certidão deverá estar devidamente atualizada e retirada próximo do pedido de recuperação judicial, assim, não terá nenhuma dúvida acerca da regularidade e também das alterações que houver dentro do decorrer nos atos de sociedade.

2.6 Relação de Bens particulares dos sócios controladores e administradores do devedor

A apresentação de um inventário completo dos bens do devedor é outro requisito essencial, uma vez que esses bens podem ser utilizados como garantia no processo de recuperação judicial.

Tem-se notado que os devedores, por meio de seus sócios, não apresentam de forma detalhada o seu patrimônio particular. A declaração de Imposto de Renda, ainda que não esteja no rol por escrito e exigido legalmente, é um documento que poderá ser apresentado para fins de comprovar que aquele determinado bem é da pessoa física do sócio controlador ou administrador.

Sendo assim, é imperioso que os devedores se atentem a essa informação além do que estarão demonstrando, de fato, a sua boa-fé, em que poderá garantir o pedido de recuperação judicial, onde, em diversas situações, devedores possuem bens até maiores que a própria lista de débitos apresentada.

A ausência de informações precisas sobre o patrimônio do devedor pode levar à desconfiança por parte dos credores e do juiz, sendo então que a listagem dos bens deve ser exaustiva, demonstrando transparência e boa-fé por parte do devedor.

2.7 Os Extratos atualizados das contas bancárias do Devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em Bolsas de Valores emitidos pelas respectivas instituições financeiras

Em relação aos extratos bancários, ainda que não concordemos na apresentação tão somente de extratos bancários atualizados, a sua apresentação é de suma importância.

Nota-se que os documentos exigidos, tais como Balanços e Balancetes, e outros documentos fiscais e contábeis são relativos aos últimos três exercícios, o que, de fato, também deveriam ser exigidos dos extratos bancários.

É muito simples e fácil apresentar um extrato bancário atualizado de devedores em crise, que só terão saldo no vermelho, quando, na verdade, não se sabe realmente o que levou àquela situação de ter um saldo negativo.

Outrossim, a Lei não exige outro modo de apresentação, porém, o Juiz pode exigir justamente para verificar a real crise financeira. Muitos devedores, durante o período que antecede o pedido de recuperação judicial, ainda conseguem transacionar suas contas bancárias, ou seja, sacar, depositar, e fazer outras operações. Porém, se os critérios fossem outros, poderia evitar ou descobrir melhor a realidade da crise informada.

De igual modo, a apresentação de extratos bancários e, principalmente, de extratos de aplicações financeiras nada mais é que um pedido correto, visto que, após o deferimento do pedido, ainda que por conta do sigilo bancário, alguns devedores não querem apresentar de forma aberta no processo. Alguns Administradores Judiciais já utilizam apenas o saldo e retêm para si os extratos em arquivos próprios para consulta, fazendo com que, de forma transparente, seja demonstrado aos autos do processo para conhecimento de todos.

2.8 Certidões de Cartórios e Protestos situados na Comarca do Domicílio ou na sede do Devedor e naquelas que possui filial

Um dos requisitos mais controversos para o deferimento do processamento da recuperação judicial é a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais, conforme disposto no artigo 57 da Lei 11.101/2005. A exigência da regularidade fiscal é um ponto sensível para muitas empresas que, ao enfrentarem crises econômicas, acumulam dívidas fiscais. A falta dessas certidões, no entanto, tem sido objeto de debate na jurisprudência.

A situação financeira do devedor deverá ainda ser informada por meio das certidões dos cartórios de protestos situados na comarca de domicílio ou na sede do devedor e naquelas onde possui filial.

Embora não seja um dos requisitos imprescindíveis para se verificar a crise econômico-financeira, o protesto é um dos instrumentos que, se presentes, poderia indicá-la. A existência de protestos anteriores em face do devedor evidencia a dificuldade do devedor para adimplir suas obrigações financeiras e permitirá a verificação do início de sua crise.

Ademais, na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, o primeiro protesto válido permitirá a fixação do termo legal da falência e a consideração da ineficácia de eventuais atos realizados a partir deste (arts. 99, II, e 129).

2.9 A Relação, subscrita pelo Devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados

O devedor deverá apresentar também relação de todas as ações judiciais em que figurar como parte. Deverão ser incluídas tanto as ações em que for autor e que permitirão ao devedor aumentar eventualmente o seu ativo como as ações em que for réu, nas quais poderá haver uma redução de seu patrimônio. Diante da repercussão sobre o patrimônio que garantirá os credores, deverá ser exposta a estimativa dos respectivos valores demandados.

O professor Marcelo Sacramone (2024, p.276) ainda incrementou o seguinte: que “entre as ações a serem incluídas, deverão figurar, inclusive, as de natureza trabalhista, bem como, as referentes a créditos não submetidos à recuperação judicial, como

as execuções fiscais, buscas e apreensões referentes a alienações fiduciárias".

Essa relação é importante justamente para demonstrar aos interessados no processo de que os devedores possuem ou não ações apartadas da ação de recuperação judicial, ou que as relativas às alienações fiduciárias poderão ter um impacto no processo, visto que algumas delas serão consideradas extraconcursais e não serão atingidas pelos efeitos da recuperação judicial, bem como, também, algumas das ações que forem nominadas ficarão automaticamente suspensas, ainda que não sejam acerca de créditos concursais, por conta do privilégio da Lei 11.101/2005 lançada ao devedor.

2.10 O Relatório detalhado do Passivo Fiscal

Esse relatório é obrigatório nos processos de recuperações judiciais. Ainda que o passivo fiscal não tenha os efeitos da recuperação judicial, é necessário que faça constar no processo a sua relação, justamente para que os credores analisem a situação da empresa por conta de uma eventual falência.

Muitos planos de pagamento do devedor não contemplam os débitos fiscais. Mas, a partir do momento que se tem, de forma detalhada, a quantia do passivo fiscal a pagar, é interessante que o plano de pagamento também seja voltado a esse passivo, o qual tenha uma previsão de pagamento, uma vez que está praticamente obrigatória a regularidade fiscal para a concessão e, também, para o encerramento da ação judicial.

A previsão do passivo fiscal é de suma importância na recuperação judicial, pois irá afetar diretamente o caixa da empresa devedora. E também, na falência, onde o ente federativo e credor poderá participar ativamente com o crédito concursal por conta do passivo fiscal que tinha direito desde a época da recuperação judicial.

É visto que a maioria dos devedores não utiliza desse meio para dispor no plano de pagamento, porém essa informação importante pode ser levada em consideração para que todos os envolvidos tomem conhecimento e começem a dispor em seus planos de pagamento essa questão tributária.

2.11 A Relação de Bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o §3º, do art. 49 desta lei

Outro requisito não tão menos importante que os demais é a apresentação apartada por meio de planilha ou declaração da relação de bens e direitos do ativo não circulante.

Como forma de se atenuar a assimetria informacional entre o devedor e os credores, assegurando que estes tenham todas as informações necessárias para se aferir a crise econômico-financeira do devedor, a alteração da Lei n. 11.101/2005 reiterou a exigência de apresentação de diversos documentos. É exatamente o caso da exigência incluída no inciso XI, e que determinou a apresentação de relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante.

Referida relação já era, de forma integral e com especificação de cada bem, inclusive de valor, de apresentação obrigatória por ocasião da informação contida no plano de recuperação judicial, nos termos do art. 53.

A apresentação exclusivamente parcial dos bens, consistente apenas nos bens integrantes do ativo circulante, não permite que os credores consigam avaliar a real viabilidade do devedor ou de avaliar se a falência seria melhor alternativa, já que o plano de recuperação judicial sequer foi juntado. Tampouco assegura aos credores não sujeitos informação sobre quais os bens poderão ou não ser constritos, haja vista que bem do ativo circulante não significa que referidos bens sejam essenciais à recuperação.

Por seu turno, a apresentação dos negócios jurídicos celebrados com os credores proprietários do art. 49, § 3º, a despeito da redação confusa do dispositivo, permite a interpretação de que se exige a indicação das diversas onerações ou garantias fiduciárias que foram conferidas sobre os bens.

A determinação já constava no próprio artigo ao se determinar a apresentação da relação de todos os créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial, com especificação.

Dessa forma, a relação desses bens, de acordo com o Professor Daniel Carnio Costa (2021, p. 212), é no sentido de que se verifique o patamar do endividamento que não estará sujeito à eventual recuperação, possibilitando, assim, que os credores analisem a real situação financeira da empresa de forma ampla.

Nesse enfoque, basicamente, são esses os documentos essenciais para elaboração de um bom pedido de recuperação ju-

dicial, em que serão devidamente fiscalizados pelo Poder Judiciário e passados ao crivo do Juiz.

Outra importante análise é acerca do valor da causa, em que alguns devedores não se atentam exatamente ao valor devido, e, por conta muita das vezes da correria em organizar a documentação necessária, não separaram de maneira equânime todos os credores, onde, por fim, acabam não informando ativamente todos os credores que compõem o rol de credores, uma vez que, de fato, o valor da causa não sai conforme o determinado.

Porém, acerca do valor da causa disposto no §5º, do inciso XI do artigo 51, da Lei 11.101/2005, é um dos requisitos indispensáveis também para a propositura correta da ação de recuperação judicial, sendo estimado o valor econômico do benefício almejado pelo devedor.

Até a reforma da Lei 11.101/2005, não havia nenhuma menção legal a esse questionamento do valor da causa e, pela complexidade das ações de recuperações judiciais, não era possível auferir qual seria o benefício almejado.

Assim, resumidamente, entende-se que o valor da causa corresponderá ao montante total dos créditos sujeitos à recuperação judicial e, por esse motivo, é também imperioso separar os créditos concursais dos créditos extraconcursais quando do pedido da recuperação judicial, para que não restem dúvidas quanto ao recolhimento de custas e despesas processuais.

Posteriormente, à informação acerca dos principais requisitos para o deferimento da recuperação judicial passamos a analisar sobre a constatação prévia que, em determinados Tribunais, os juízes das causas recuperacionais têm determinado que seja elaborado um laudo pericial antes mesmo do deferimento do processamento da recuperação judicial.

3 A Constatação Prévia no Processo de Recuperação Judicial

A perícia prévia, ou constatação prévia, como vem sendo denominada pela doutrina especializada, não foi idealizada pela lei e nem pela doutrina. A perícia prévia, na verdade, surgiu em decorrência de algumas situações ocorridas à época na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, e que era presidida pelo Magistrado e atualmente Professor Daniel Carnio Costa, tido como o idealizador do instituto conhecido como constatação prévia.

A teoria do dualismo pendular formalizada pelo Professor Dr. Daniel Carnio Costa (2019, p. 22) consistia em uma melhor

interpretação da lei, com a garantia e a efetividade do sistema no qual a sociedade se encontrava.

Além do idealizador da perícia prévia, existem outros doutrinadores e juristas que esboçam pensamentos que podem servir de embasamento teórico para a adoção da perícia prévia pelo magistrado no caso concreto. Nessa linha, partindo da teoria dos poderes instrutórios do juiz adotada pelo Prof. José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 16.), MEDINA e HUBLER (2001, p. 140-141) se posicionam a favor de uma postura proativa do magistrado, balizada na busca da verdade material, permitindo que o processo seja pautado pela realidade dos fatos e não pela simples leitura de documentos acostados pela devedora e, deste modo, verificando o juiz que a empresa devedora expôs de maneira deficitária sua situação fática, ou que os documentos juntados são inconsistentes, poder-se-ia determinar a realização de perícia contábil sobre os referidos documentos.

A constatação prévia é uma medida que pode ser adotada pelo juiz antes do deferimento do processamento da recuperação judicial, com o objetivo de verificar a situação financeira da empresa devedora e sua real condição de funcionamento. Essa etapa não está expressamente prevista na Lei 11.101/2005, mas tem sido utilizada com base na discricionariedade do magistrado, especialmente em casos em que há dúvidas quanto à viabilidade da empresa ou à veracidade das informações apresentadas no pedido de recuperação.

A constatação prévia é realizada por um perito ou administrador judicial nomeado pelo juiz, que tem como tarefa verificar *in loco* as atividades da empresa, sua estrutura, número de empregados, situação financeira e outros aspectos que possam impactar o deferimento do pedido.

Segundo o Professor Daniel Carnio Costa, "a perícia prévia tem o escopo de proporcionar ao Juízo a elucidação de pontos importantes para a verificação da presença de condições da ação, levando-se em consideração a dinâmica do procedimento de recuperação judicial. Ainda que o Juiz possua conhecimentos técnicos sobre o tema extrajurídico, compreendendo o campo de princípios, teorias, conceitos e fórmulas de uma determinada ciência, a perícia se torna indispensável, pois garantirá às partes a participação do procedimento probatório (STJ, AG em REsp 184563, 2^a T. rela. Min. Humberto Martins, j. 16.08.2012, DJE 28.08.2012), além do fato de que outros magistrados diversos daquele que presidira a produção probatória também deverão

julgar a lide, seja em primeira ou em instância superior (COSTA, 2019, p. 15).

Assim, a constatação prévia é uma medida preventiva que visa dar mais segurança ao juízo quanto à viabilidade da recuperação judicial. Ela permite uma avaliação técnica mais precisa da situação econômico-financeira da empresa.

A constatação prévia tem sido aplicada principalmente em casos em que há indícios de má-fé ou tentativa de fraude por parte do devedor.

A jurisprudência tem consolidado o uso da constatação prévia como um mecanismo de proteção ao processo de recuperação judicial, assegurando que apenas empresas que realmente estejam em situação de crise possam ter acesso aos benefícios do instituto.

Note que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu-se que a constatação prévia é uma medida válida para garantir a transparência e a boa-fé no processo de recuperação judicial, especialmente em casos em que há suspeitas sobre a real situação da empresa devedora. Nesse caso, a constatação prévia apresentou um conjunto probatório que revelou a **inexistência de atividade empresarial e a utilização abusiva do instituto da recuperação judicial**, eis que o pleito recuperacional é voltado meramente à suspensão das ações movidas contra a autora, análise de requisitos legais. Vejamos:

Apelação – Pedido de recuperação judicial – Sentença que indeferiu o processamento da recuperação com base em perícia prévia que concluiu pela inviabilidade da atividade empresarial da autora – Enunciado VII do Grupo de Câmaras Empresariais deste Tribunal – Controle judicial de legalidade, que abrange questões relativas a fraude e abuso de direito – Regularidade da designação da perícia prévia – Conjunto probatório que revela a inexistência de atividade empresarial e a utilização abusiva do instituto da recuperação judicial, eis que o pleito recuperacional é voltado meramente à suspensão das ações movidas contra a autora – Requisitos legais (Lei nº 11.101/2005, art. 51), ademais, desatendidos – Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10566438820198260100 SP 1056643-88.2019.8.26.0100, Relator: Maurício Pessoa, Data de Julgamento: 22/04/2020, 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 22/04/2020).

Outrossim, há alguns autores também que criticam o instituto da constatação prévia.

Embora a constatação prévia seja vista como um instrumento positivo para garantir a viabilidade dos pedidos de recuperação judicial, ela também tem sido alvo de críticas. Um dos principais pontos levantados é o custo desse procedimento, que, em alguns casos, pode ser elevado, onerando ainda mais empresas que já estão em crise.

Nesta seara, os doutrinadores desta corrente entendem que não cabe ao magistrado fazer uma valoração subjetiva acerca da viabilidade da empresa no ato de analisar os documentos exigidos pelo art. 51 da LRE, sendo que a ele cumpre deferir o processo quando os documentos exigidos forem todos apresentados, como uma espécie de “ato vinculado” (COELHO, 2012. p. 439-442).

Desse modo, Sérgio Campinho (2008, p. 138) entende que tal ato do magistrado teria natureza de um despacho de mero expediente, visto que seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não se podendo fugir nem inovar.

O Juiz deve realizar apenas um juízo de cognição sumária dos fatos e uma análise objetiva dos requisitos obrigatórios trazidos pela LRE, principalmente porque são os credores os titulares da análise econômico-financeira a respeito da viabilidade da recuperanda (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2017, p. 336-337).

Não poderíamos deixar de destacar o posicionamento de Paulo Furtado, Juiz ativo nas Varas especializadas em falência e recuperação de empresas de São Paulo e que, na seara acadêmica, defende que não cabe ao magistrado, no momento da distribuição do processo, um juízo de cognição exauriente sobre a viabilidade da empresa, mas sim um juízo de cognição sumária dos fatos.²

Por conta disso, Dr. Paulo Furtado defende a aplicação da perícia prévia em caráter excepcionalíssimo, apenas quando há fundado receio de que a empresa esteja utilizando a recuperação judicial para finalidade fraudulenta.

Insta aqui mencionar que, ainda que o entendimento seja demasiadamente estudado pelos Magistrados, a perícia prévia

² FURTADO, Paulo. Perícia prévia na recuperação judicial: a exceção virou regra?. *Migalhas*, São Paulo, 02/05/2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/279351/pericia-previa-na-recuperacao-judicial-a-excecao-que-virou-regra>. Acesso em: 08-09-2024 às 15h44.

ou constatação prévia tem sido muito bem empregada nos Tribunais de Justiça de São Paulo e, também, no Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o qual conta, atualmente, com três Varas regionalizadas e especializadas em processos de recuperações judiciais e falências, e também os três juízos têm tomado medidas do mesmo caminho de nomear profissional habilitado e que tenha conhecimento, principalmente, em matérias contábeis para averiguar a situação da empresa devedora.

Conclusão

O deferimento do processamento da recuperação judicial depende de uma série de requisitos formais e materiais que devem ser rigorosamente observados pelo devedor. A apresentação correta dos documentos exigidos pelo artigo 51 da Lei 11.101/2005, aliada à demonstração de boa-fé e à viabilidade econômica do plano de recuperação são essenciais para que o juiz conceda o pedido de processamento.

Além disso, a jurisprudência recente tem trazido avanços importantes, como a flexibilização da exigência de certidões negativas de débitos fiscais, o que tem permitido que mais empresas tenham acesso ao benefício da recuperação judicial, preservando empregos e a atividade produtiva.

Como demonstrado ao longo deste artigo, o sucesso da recuperação judicial depende de um conjunto de fatores, que vão desde a apresentação de documentos que traduzem a realidade, atuação transparente do devedor até a fiscalização rigorosa do administrador judicial.

Dessa forma, o instituto da recuperação judicial pode cumprir seu papel de evitar a falência de empresas viáveis e garantir a manutenção de suas atividades.

A recuperação judicial é uma ferramenta de grande importância para a preservação de empresas em dificuldades, permitindo que essas possam renegociar suas dívidas e continuar operando. No entanto, o sucesso do processo depende de uma série de requisitos formais e materiais, os quais devem ser rigorosamente observados pelo devedor.

O artigo 51 da Lei 11.101/2005 lista os documentos e as informações que devem ser apresentados no momento do pedido, e o cumprimento dessas exigências é fundamental para que o juiz possa deferir o processamento da recuperação. Além disso, em alguns casos, senão todos, entendemos ser necessária, sim, a constatação prévia para melhor verificação dos documentos le-

gais, bem como verificar a atividade da empresa devedora ou atividade rural, fatores esses essenciais para que a empresa consiga superar a crise e retomar suas atividades de forma sustentável.

A jurisprudência recente, especialmente no que diz respeito à flexibilização da exigência de certidões negativas de débitos fiscais, tem possibilitado que mais empresas tenham acesso ao benefício da recuperação judicial, mesmo aquelas que enfrentam dificuldades para regularizar suas dívidas tributárias de imediato.

Conclui-se, portanto, que a recuperação judicial, quando bem implementada, pode representar uma segunda chance para empresas em crise, contribuindo para a preservação de empregos, a geração de riqueza e o equilíbrio do mercado. No entanto, para que isso ocorra, é necessário que o devedor cumpra rigorosamente todos os requisitos legais e apresente um plano de recuperação sólido e viável.

Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Poderes instrutórios do Juiz**, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

Brasil. “Lei 11.101 de 2005 artigo 47”. **Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.**

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA. Daniel Carnio. MELO. Alexandre Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 2. ed, 2021, Editora Juruá.

COSTA, Daniel Carnio. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR).** Curitiba: Juruá, 2019.

COSTA. Daniel Carnio. FILHO. João de Oliveira Rodrigues. **Prática de Insolvência Empresarial – Decisões Judiciais em Recuperação de Empresas e Falências.** 1. ed., 2019, Editora Juruá.

FILHO. Manoel Justino Bezerra. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo.** 12. ed. São Paulo. Thonson Reuters, Revistas dos Tribunais, 2017.

FURTADO, Paulo. **Perícia prévia na recuperação judicial: a exceção virou regra?**. Migalhas, São Paulo, 02/05/2018. Disponível em:

[https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/279351/pericia-previa-na-recuperacao-judicial-a-excecao-que-virou-regra.](https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/279351/pericia-previa-na-recuperacao-judicial-a-excecao-que-virou-regra)
Acesso em: 08-09-2024 às 15h44.

SACRAMONE. Marcelo Barbosa.
Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.
5. ed. Saraiva Jur, 2024.

SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI,
Luis Fellipe. TELLECHEA, Rodrigo.
**Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei
11.101/2005.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

A recuperação judicial sob a ótica do credor. Ênfase no credor bancário titular de garantia com alienação fiduciária

André Luis Fedeli

Advogado.

Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela FGV.

Coordenador da Comissão de Direito Bancário da OAB/SP - São José do Rio Preto.

Membro da Comissão de Recuperação Judicial e Falência da OAB/MT.

Membro da Comissão de Recuperação de Crédito da Febraban.

RESUMO

O escopo do presente artigo é abordar a recuperação judicial sob a ótica do credor, com ênfase nos contratos bancários, garantidos por alienação fiduciária, portanto, detentor de crédito extraconcursal, identificando os principais impactos na esfera econômica e processual, bem como trazer provocações sobre aspectos que acabam por banalizar o instituto recuperacional, importando em perda de celeridade, eficácia e que trazem insegurança jurídica ao sistema.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Credor extraconcursal. *Stay Period*. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This article aims to explore judicial recovery from the creditor's perspective, with a particular focus on banking contracts secured by fiduciary alienation, which qualifies as extra-bankruptcy credit. It examines the primary economic and procedural impacts, while also raising critical considerations about aspects that tend to undermine the judicial recovery process. These factors often result in delays, reduced effectiveness, and increased legal uncertainty within the system.

Keywords: Judicial Recovery. Extra-bankruptcy Creditor. Stay Period. Legal Security.

Introdução

O escopo deste trabalho é trazer as nuances do sistema de crédito no Brasil, as dificuldades e o custo para recuperação do crédito, além dos impactos gerados através de um processo de recuperação judicial às instituições financeiras. Analisaremos também a aplicação do instituto recuperacional às empresas viáveis e o papel estratégico do credor na condução processual, com o objetivo de apoiar o Poder Judiciário a imprimir efetividade e celeridade ao processo de recuperação judicial, por meio do necessário respeito e da obediência a prazos e normas, repelindo práticas ilícitas e uso abusivo da recuperação judicial, buscando um ambiente com maior segurança jurídica.

Com essas breves considerações iniciais, e sem a mínima intenção de se esgotar o tema, passamos doravante a tratar, em tópicos específicos, as minúcias inerentes.

1 Desenvolvimento

1.1 Aspectos Econômicos sobre a Recuperação do Crédito

Conforme último levantamento realizado pela Serasa (Junho/2024), 43,99% da população brasileira está endividada (negativada) e, deste montante, a fatia dos consumidores com **dívidas bancárias é 29,16%**, além de 17,69% ligados a financeiras.

O setor bancário, como sabemos, tem papel fundamental na sociedade e na economia. Ele é responsável por agregar valor a toda e qualquer cadeia produtiva, fomentando recursos financeiros aos consumidores e às empresas, oportunizando que negócios sejam gerados e ampliados.

E há muitos dogmas e discussões no ambiente jurídico sobre o setor bancário, muitas vezes sendo caracterizado como um vilão. Isso quando o olhar é enviesado para o aspecto de que, supostamente, cobra altas taxas de juros no mercado e obtém *spreads*¹ relevantes. Todavia, sem adentrar em questões

¹ *Spread*: é a diferença financeira entre o que o banco paga a um investidor para obter os recursos e o que ele cobra para emprestar esses mesmos recursos. Em termos mais técnicos, é a diferença entre a taxa de empréstimo e a taxa de captação. É a remuneração do Banco.

passionais, seja sob o aspecto judicial ou econômico, conforme será demonstrado, trata-se de uma visão míope. Isso porque, além de ser um fomentador de negócios e contribuir para a geração de riquezas, desenvolve uma atividade de alto risco e absorve diversos impactos fiscais, tributários e custos de operação.

De acordo com o Relatório de Economia Bancária e dados obtidos junto ao Banco Central do Brasil, olhando para o período 2020/2022, **a decomposição do spread bancário médio aponta que cerca de 85,4% correspondem aos custos das operações de crédito** (custos de captação, despesas administrativas, tributos e inadimplência). Nesta análise da composição do spread bancário, para esse período analisado, **o impacto da inadimplência é de 19% do custo**.

No tocante à inadimplência, importa ressaltar a dificuldade de recuperação do crédito no Brasil, que, por sua vez, impacta diretamente no custo do crédito. O Brasil apresenta péssimos índices no que tange ao tempo e custo para recuperação de crédito. A Febraban traz informações que ratificam essa situação:

Somos o país que **menos recupera garantias no mundo, que mais tempo demora e mais custos tem para reaver uma garantia**. O Brasil recupera apenas 0,146 cents para cada dólar dado em garantia nos casos em que as empresas entram em processo de falência. Para efeito de comparação, na Inglaterra, o percentual de recuperação chega a 0,853 cents. E mesmo considerando apenas os países emergentes, a mediana da amostra seria de 0,416 cents por dólar dado em garantia, cerca de 3 vezes o valor no Brasil. Além disso, o prazo para recuperação do crédito em nosso País é alto (média de 4 anos) e o custo relativamente elevado (o processo de retomada costuma consumir cerca de 12,0% do valor a ser recuperado). (SIDNEY, 2022)

Esses dados e volumetrias são necessários para evidenciar que o custo do crédito no Brasil não advém do lucro (*spread*) das instituições financeiras, mas sim de uma danosa combinação de fatores, tais como explicitado anteriormente, com destaque para a inadimplência e dificuldades na recuperação do crédito, que sofrem forte impacto dos efeitos da RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL e FALÊNCIA.

Saddi (2007, p. 43), em sua obra, diz que:

Recentemente, muitos estudos multidisciplinares têm procurado **relacionar o Poder Judiciário ao desenvolvimento econômico**, depois de longos anos de esquecimento. Há duas premissas que devem ser observadas neste tocante, antes mesmo do aprofundamento do tema, primeiro: **a garantia essencial de uma democracia de mercado é um Judiciário forte, que aplique bem o direito positivo**. Qualquer país que tenha um direito positivo modelar, uma Lei substantiva extraordinária, mas cuja aplicação seja débil, estará fadado ao atraso. O respeito às leis, e a sua aplicação, transcende a simples organização social. **Uma instituição como o Judiciário** – e sobre este conceito trataremos mais adiante – **que seja sólida, operante, independente e técnica e que faça com que as leis sejam cumpridas é, empiricamente, um elemento chave para o desenvolvimento econômico**.

Uma segunda premissa adotada neste capítulo parte do princípio de que o Judiciário é uma Instituição humana, não uma organização mítica e intransponível que recebeu a missão divina da distribuição da Justiça. Como toda e qualquer instituição humana, ao longo da história, **recebe e recebeu a influência de inúmeros fatores sociais, políticos e econômicos** da sua época.
(...)

Um sistema de eficiência tem relação direta com a alocação de recursos numa dada economia e é claro que **tal sistema protege mais os direitos de propriedade**. Em sendo assim é importante não apenas estabelecer que o sistema deva ser eficiente, mas procurar alinhavar os importantes indicativos ou critérios de um bom sistema judicial.

(...)

Se a relação entre crédito, desenvolvimento econômico e Direito está bem delimitada e está claro o debate entre credores na falência e credores fora do âmbito falimentar, há certas justificativas porque o crédito não deslancha no Brasil e que precisam ser melhor debatidas. **Não há dúvidas de que já existe consenso na necessidade de proteger direitos de propriedade em economias emergentes**. O assunto, por exemplo, é talvez o mais central em países do chamado BRIC – Brasil, China, Índia e China.

Proteger direitos de propriedade **significa proteger direitos do credor**. Nenhum país que atingiu algum tipo de crescimento sustentável deixou de ter um mercado de crédito protegido, além de um sistema sólido de crédito doméstico além de um bom sistema judicial. Se esta relação é conhecida e relativamente superada, não é tão pacífica a convivência entre os meios de atingir esta mesma proteção, nem tampouco, o cenário ideal da ampla e generalizada oferta de crédito". (grifo nosso)

Antes ainda de adentrar no tema específico da **Lei 11.101/2005**, mas já enfatizando seus objetivos, mister registrar algumas reflexões trazidas por Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (SALOMÃO; SANTOS, 2007, p. 43), sob o aspecto da "redução do custo e do crédito":

Na verdade, **pretendeu o legislador garantir segurança jurídica aos credores e investidores**, bem assim aos atores das diversas atividades econômicas, por isso que a Lei 11.101/2005 cumpre papel importante de retroalimentar o sistema. De fato, com a previsibilidade e adequada regulação, a **intenção do legislador era produzir a redução do 'custo e do crédito'** – o que, de fato, não se verificou na prática, pois o Brasil possui um dos maiores spreads bancários do mundo.

A pujança da economia de um país depende, fundamentalmente, da atividade empresarial – cujo oxigênio é a concessão do crédito. Por isso a regra é uma máxima da *lex mercatoris*, no sentido de que, quanto menor o risco, maior o crédito e o volume de negócios, com taxas baseadas no perigo global.

Em caso de crise do tomador do empréstimo, com superveniente impetração de recuperação judicial ou mesmo falência, **a instituição financeira quer ver garantido seu crédito, diminuindo o risco total de perda total dos recursos.**
(...)

Ademais, cabe ao Estado fomentar o crescimento econômico, com políticas públicas de investimentos, de modo a incentivar a aplicação de recursos financeiros, a custo menor, nas atividades produtivas. (grifo nosso)

Feitas tais ponderações, conclui-se que a operação bancária no Brasil está exposta e sofre influência de diversos fatores de riscos que, muitas vezes, sobrelevam o custo do crédito, notadamente, conforme delineado, pela inadimplência e pelas dificuldades na recuperação do crédito. E como será tratado adiante, a Recuperação Judicial do empresário em crise traz fortes impactos nesse aspecto. Justamente por isso, a necessidade de um Judiciário eficaz, que aplique a legislação de forma concreta, nos limites do direito positivado, repelindo práticas que desnaturam a principiologia da Lei 11.101/2005, a morosidade, o desvirtuamento do instituto e prejudiquem credores.

1.2 A necessidade de um olhar estratégico pelo credor

Primeiramente, importante pontuar que uma das principais decisões proferidas em um processo de Recuperação Judicial é a primeira decisão, aquela que defere o processamento da Recuperação Judicial e concede os benefícios do *stay period* pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias e, muitas vezes, já declara a essencialidade (genérica) de todos os bens do devedor.

Não é demais lembrar que o simples deferimento do processamento da Recuperação Judicial, por si só, gera a consequência automática e impactante da suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias.

Inclusive os credores privilegiados, como, por exemplo, as instituições financeiras que celebram contratos com garantia de alienação fiduciária e, por força de lei, trata-se de credores extraconcursais, previstos na exceção do art. 49, §3º da Lei 11.101/2005. Ademais, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período, ou até a realização da Assembleia Geral de Credores ou homologação do plano, etc.

Por isso a necessidade de um olhar estratégico pelo credor, notadamente visando evitar o desvirtuamento e a banalização do instituto recuperacional.

Mas sobre esses polêmicos temas – *stay period* e essencialidade –, justamente por conta da relevância, trataremos em capítulo específico adiante.

1.3 Aspectos da Viabilidade da Empresa em Crise e o Papel do Credor

Está positivado em nosso ordenamento jurídico pátrio, através do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da **situação de crise econômico financeira do devedor**, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 11.101/2005, g.n.)

É o princípio da preservação da empresa. Todavia, não é simples identificar a empresa em crise, mas que seja economicamente viável.

A Lei nº 11.101/2005 não caracteriza nem define o que seria uma empresa em crise. Isso porque esta definição não é jurídica, depende de diversos elementos contábeis e financeiros.

O artigo 51 dessa Lei regulamenta que o pedido inicial da recuperação judicial será instruído com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e **das razões da crise econômico-financeira**; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito”; “VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras”; e ainda: “§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. (BRASIL, 11.101/2005, g.n.)

E complementando, o §6, I, do mesmo artigo 51, prevê que *“a exposição referida no inciso I do caput deste artigo deverá*

comprovar a crise de insolvência caracterizada pela insuficiência de recursos financeiros ou patrimoniais com liquidez suficiente para saldar suas dívidas”.

Ou seja, o legislador preocupou-se em registrar que o empresário em crise que pretende os benefícios da recuperação judicial deve comprovar a suficiente liquidez para saldar suas dívidas.

Conforme já brilhantemente lecionou o professor Dr. Manoel Justino Bezerra Filho,

O juiz não é um técnico em contabilidade e não conta com a necessária assessoria técnica que lhe permita uma eficaz análise dos documentos contábeis apresentados (...). É necessário que se propicie essa efetiva assessoria ao juiz, que, repita-se, não é técnico em contabilidade, administração e finanças. Como há intenção, em diversas unidades da federação, de criar varas especializadas para recuperação e falência, seria necessária a criação também dessa assessoria de natureza contábil em tais varas. (BEZERRA FILHO, 2011, p. 148).

Os documentos mencionados pelo artigo 51 da Lei nº 11.101/2005 naturalmente não demandam de análise jurídica, mas, sim, por profissional técnico contábil, administração e finanças. As demonstrações contábeis, balanço patrimonial, demonstração de resultados, relatórios gerenciais, declaração de faturamento e livros caixa/razão, quando regularmente instruem a petição inicial, em seu conjunto, trazem informações essenciais sobre a saúde financeira e a viabilidade econômica da empresa.

Muitas vezes, através da análise desses documentos, é possível detectar que a empresa em crise que aciona o socorro do Poder Judiciário, buscando as benesses do instituto da recuperação judicial, não está passando por uma crise momentânea, mas, sim, fica evidente que se trata de empresa inviável, sem qualquer condição de soerguimento, enfim, sem condições de cumprir o disposto no mencionado §6, I do artigo 51, o qual prevê a necessária “liquidez suficiente para saldar suas dívidas”.

E sob esse aspecto, não se discute a relevância da decisão a ser tomada nesse momento processual, tendo o próprio legislador a condicionado à exatidão dos documentos referidos no artigo 51 da Lei 11.101/2005, com vistas a obstar o deferimento do processamento de pedidos de Recuperação Judicial formulados por empresas inviáveis, inexistentes, desativadas ou que não re-

únam condições de alcançar os benefícios sociais almejados pela lei; e, ainda, permitir que o instrumento legal da recuperação da empresa seja utilizado de maneira correta, sem resultar em ônus e prejuízos à comunidade de credores.

A detida análise aos documentos contábeis, quando realizada através de equipe técnica especializada, especialmente contadores, administradores e financistas, observando os documentos encartados (previstos no artigo 51), sob todos aspectos, observando os lançamentos em ativos e passivos, nas linhas de receitas, faturamentos, financiamentos, despesas, lucros e prejuízos, e outras, podem detectar com clareza se a empresa possui ou não condições de se recuperar ou, frequentemente, diagnosticar que já se trata de empresa inviável, repita-se, sem “liquidez suficiente para saldar suas dívidas”.

Para essa situação, da empresa inviável, a legislação tem um tratamento específico, em que o caminho cabível ao empresário é valer-se do disposto no artigo 105 da Lei nº 11.101/2005, tutelando sua falência, evitando então um efeito danoso, em cadeia, à sociedade toda.

Mas, como mencionado anteriormente, não é simples identificar a empresa viável e empresa inviável. Através do artigo 51-A da Lei nº 11.101/2005, pode o magistrado determinar a constatação prévia. No entanto, o alcance dela é limitado, já que tem o condão de verificar (*i*) as reais condições de funcionamento da empresa e (*ii*) a regularidade e completude da documentação apresentada na inicial. Além do mais, não está entre as competências do administrador judicial nomeado, ao realizar a constatação prévia, aferir juízo de valor sobre a viabilidade econômica da empresa em crise.

O credor tem, então, um papel muito importante, que é justamente demonstrar ao Juízo, com base nos elementos constantes dos autos, podendo, inclusive, balizar-se através de laudo técnico contábil particular, o qual será submetido aos autos, para deliberação do administrador judicial e também da recuperanda, trazendo as evidências de que se trata de uma **empresa inviável**. E como consequência, por ter se utilizado da via inadequada – ao passo que deveria ter requerido a autofalência –, a ação deveria ser extinta.

Sem dúvida alguma, esse é um papel do credor. Em encontro de juristas, na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2013), foi editado o seguinte enunciado: “46- Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou homologar a extrajudicial com fundamento na análise

econômica-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores".

E, ainda, sabe-se que tal discussão – sobre a viabilidade econômica – está afeta à Assembleia Geral de Credores. As decisões da Assembleia Geral de Credores sobre o conteúdo do plano são soberanas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato, não podendo se imiscuir sobre a viabilidade econômica.

Contudo, como já dito, o §6, I do artigo 51 exige que o empresário comprove “*a suficiente liquidez para saldar suas dívidas*”.

Se assim o é, para reflexão, podemos considerar que a viabilidade econômica tem viés de requisito para o processamento da recuperação judicial? Que há um conflito de normas, já que o Juiz não pode imiscuir-se sobre a viabilidade econômica, mas, ao mesmo tempo, deve exigir na petição inicial a comprovação da suficiente liquidez para saldar suas dívidas?

E, ainda, se há a exigência legal como requisito da petição inicial, é do Juiz a competência para analisar se houve o efetivo atendimento ao comando. E, nessa análise, nos parece impossível desvincular uma coisa da outra.

A provocação : estamos diante de uma dicotomia de normas em que, se, por um lado, sob o aspecto da viabilidade econômica o juiz não pode imiscuir-se nesta seara, todavia, compete a ele, ao analisar os requisitos do pedido de recuperação judicial na petição inicial, identificar que houve a comprovação da suficiente liquidez da empresa em crise para saldar suas dívidas.

Nesta linha de ideias, é papel do credor conseguir evidenciar, através de provas robustas, que a documentação que lastreia a recuperação judicial, notadamente as evidências contábeis trazidas pela própria recuperanda para atender ao comando do artigo 51, não atende aos requisitos, à medida que não foi comprovada a “*suficiente liquidez para saldar as dívidas da recuperanda*”.

A Lei 11.101/2005 prevê, em seu artigo 189 que se aplica, no que couber, aos procedimentos previstos, o disposto no Código de Processo Civil, desde que não seja incompatível. Pondera-se, então, sob esses aspectos, que a consequência lógica seria o indeferimento da petição inicial pelo artigo 330, I e III, ou, ainda, a aplicação do artigo 485, I e IV, ambos do Código de Processo Civil.

Não há dúvidas de que o preceito fundamental da Lei nº 11.101/2005 é o princípio da preservação da empresa. E isso deve

ser prestigiado. Compete a cada um dos entes processuais apoiar a empresa em crise que é **viável**. Mas se o credor possui elementos robustos e técnicos, submetidos ao administrador judicial, sendo possível demonstrar que a recuperação judicial foi ajuizada por uma empresa **inviável**, busca-se evitar o uso desmedido do instituto, além de preservar toda a cadeia produtiva e social que seria afetada por uma empresa em recuperação, sem condições de soerguer-se e arcar com seus compromissos, aventurendo-se por este valoroso instituto recuperacional apenas para ganhar alguma sobrevida.

É indiscutível a importância socioeconômica da empresa em crise; entretanto, ela deve ser viável e sua recuperação judicial não pode se dar a qualquer custo. Como se sabe, a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, através da concessão do *stay period*, inicia-se um efeito dominó, que pode colocar em risco toda a cadeia produtiva e causar impactos em seus empregados e familiares destes.

Na mesma medida, também é indiscutível que aquele que fomentou e alavancou o empresário na sua atividade, através de insumos, linhas de crédito, financiamentos, possui responsabilidade social na outra ponta.

O benefício da recuperação judicial deve ser concedido apenas às empresas viáveis. É de suma importância o papel do credor na demonstração ao Juízo, visando evitar a banalização do instituto recuperacional e, principalmente, prejuízos à sociedade, a qual, inevitavelmente, seria prejudicada com os nefastos efeitos da concessão de recuperação judicial a uma empresa visivelmente inviável, em que sua condição poderia ser identificada antecipadamente por meio de análises técnicas, contábeis e financeiras.

Novamente, vêm a calhar as lições de Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (SALOMÃO; SANTOS, 2007, p. 35/36), sob o aspecto da “recuperação das sociedades viáveis e liquidação das não recuperáveis”:

A proposta do legislador, na verdade, é proporcionar condições para a recuperação da empresa, ou senão promover sua retirada do mercado para evitar o agravamento da situação:

Direito falimentar. Recurso Especial. Recuperação Judicial. Convolação em falência. Arts 61, §1º 73 e 94, III, 'g', da Lei 11.101/2005. Descumprimento do plano apresentado pelo devedor. Existência de cir-

cunstâncias fáticas, reconhecidas pelo tribunal de origem, que autorizam a decretação da quebra. Reexame do substrato fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Incidência do Enunciado 7 da Súmula/STJ.

1.A recuperação judicial – instituto que concretiza os fins almejados pelo princípio da preservação da empresa – constitui processo ao qual podem se submeter empresários e sociedades empresárias que atravessem situação de crise financeira, **mas cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível.**

2.Depois de concedida a recuperação, cabe ao juízo competente verificar se os objetivos traçados no plano apresentado foram levados a efeito pelo devedor, a fim de constatar a eventual ocorrência de circunstâncias que autorizam, nos termos dos arts. 61, §1º, 73 e 94, III, 'g', da Lei 11.101/2005, sua convolação em falência.

3.**Caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação – sem que isso implique em violação ao princípio da preservação da empresa, inserto em seu artigo 47** – mediante um procedimento que se propõe célere e eficiente, no intuito de se evitar o agravamento da situação, sobretudo, dos já lesados direitos de credores e empregados.

4.O Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório que integra o processo, reconheceu, no particular, que (i) o princípio da preservação da empresa foi respeitado; (ii) a recorrente não possui condições econômicas e financeiras para manter sua atividade; (iii) não existem nos autos quaisquer elementos que demonstrem a ocorrência de nulidade dos votos proferidos na assembleia de credores; (iv) nenhuma das obrigações constantes do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora foi cumprida.

5.De acordo com o entendimento consagrado no Enunciado 7 da Súmula/STJ, as premissas fáticas apresentadas no acórdão recorrido – que autori-

zam, na hipótese, a convolação da recuperação judicial em falência – não podem ser alteradas por esta Corte Superior.

6.Recurso especial não provido. (REsp. 1.299.981/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 11.06.2013, DJe de 16.09.2013).

1.4 Aspectos do *Stay Period*

Linhos atrás, pontuamos que uma das principais decisões proferidas em um processo de recuperação judicial é a primeira decisão, aquela que defere o processamento da Recuperação Judicial e concede os benefícios do *stay period* pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias e, muitas vezes, já declara a essencialidade (genérica) de todos os bens do devedor.

Está positivado na Lei 11.101/2005, em seu artigo 6º, II e III, que a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica em (*i*) suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência, e (*ii*) proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

Daniel Carnio Costa (2022, p. 103/104) leciona que:

“O objetivo da suspensão das ações e execuções visa garantir o funcionamento e possibilitar a reorganização da empresa devedora durante a negociação do plano de recuperação judicial e, ao mesmo tempo, impede que os credores da mesma classe recebam seus créditos com prioridade, em ações individuais ajuizadas anteriormente.

O prazo de 180 dias está relacionado com outros prazos e procedimentos, a saber: (1) o termo improrrogável de 60 dias para apresentar o plano de recuperação, contado da decisão que deferir o pedido recuperacional (artigo 53); (2) a data designada para realização da assembleia geral de credores não excederá 150 dias, contados do deferimento da recuperação judicial (art. 56, §1º); e (3) rejeitado o plano de recuperação

judicial, a assembleia geral terá o prazo de 30 dias para apresentar o plano elaborado pelos credores (art. 56, §4º).

Constata-se, portanto, ter o legislador estabelecido prazos legais de contagem automática, com o **objetivo de conferir celeridade e efetividade e evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como a própria empresa devedora.**

Os prazos de Lei estão concatenados de modo a **conferir uma rápida solução da crise da empresa, com vistas ao seu rápido soerguimento, aliado ao menor sacrifícios dos credores”.**

Não é incomum, todavia, esse prazo de 180 dias ser prorrogado, pelo mesmo período, conforme previsto na lei (art. 6º, §4º) ou, frequentemente, contrariando disposição legal, criando novas regras para justificar o transcurso do prazo de 360 dias, por exemplo, permitindo nova prorrogação até a assembleia geral de credores ou homologação do plano.

Rememoramos que, inicialmente, destacamos que apenas com um Judiciário célere, que aplica o direito positivado, é que conseguiremos alcançar a segurança jurídica e melhores condições de concessão de crédito. Não é criando mecanismos que alteram os dispositivos legais, efetivas vicissitudes, que prestigiaremos este consagrado instituto recuperacional. A Lei 11.101/2005, com a reforma trazida pela Lei 14.112/2020, é muito boa, basta cuidarmos por sua estrita aplicação sem invenções.

Oportuno registrar que a exceção prevista pelo mencionado art. 6º, §4º permite a prorrogação do *stay period* por igual período, uma única vez, desde que o devedor não haja concordado com a superação do lapso temporal.

Hodiernamente, é comum depararmos com situações em que a recuperanda concorreu com a superação do lapso temporal, tendo, por exemplo, deixado de fornecer ao administrador judicial documento o qual teria obrigação, mesmo após inúmeras intimações, quedando-se inerte. E daí advêm as prorrogações que ultrapassam os 360 dias, com inovações tais como até a realização do conclave ou até que ocorra a homologação do plano e, ainda, de forma mais recente, até que se concluam tentativas de conciliação através de câmaras de mediação, a exemplo do Cejusc, propostas pela devedora para que, supostamente, tentem negociações junto àqueles credores com garantia de alie-

nação fiduciária – portanto, extraconcursais – com quem não lograram êxito até então.

De maneira empírica, acreditamos que a extensão do prazo do *stay period* tem chegado à média de 500 dias.

O artigo 6º, §4º da Lei 11.101/2005 é expresso ao permitir, por uma única vez, a prorrogação do *stay period*. A jurisprudência dos nossos Tribunais não permite ultrapassar o prazo de 360 dias. Vejamos:

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Decisão que indeferiu novo pedido de prorrogação do “stay period”. Inconformismo das devedoras. Não acolhimento. A última reforma legislativa, advinda da Lei n. 14.112/2020, cuidou de estabelecer, claramente, que, embora possível a prorrogação do “stay period” – apenas em casos excepcionais, quando a demora no trâmite da recuperação não tenha causa na atuação comissiva ou omissiva da recuperanda –, dar-se-á, no máximo, por igual período e uma única vez (art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005). No caso, tratando-se do segundo pedido de prorrogação e tendo escoado 360 (trezentos e sessenta) dias do deferimento do processamento da recuperação, não é dado, mais, permitir nova prorrogação, pois “contra legem”. Desnecessidade, em hipóteses tais, de investigar a conduta da recuperanda. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJ-SP - AI: 21906942320228260000 SP 2190694-23.2022.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 22/11/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 22/11/2022)

Agravo de instrumento – Recuperação judicial – SPECIALPACK EMPACOTAMENTO E ROTULAGEM DE PRODUTOS LTDA – Decisão que deferiu novo pedido de prorrogação do “stay period” até a realização da Assembleia Geral de Creditores – Inconformismo – Acolhimento – Pedido de prorrogação que já havia sido deferido anteriormente – Medida de natureza excepcional – Impossibilidade de sucessivas prorrogações, evitando-se, assim, o prolongamento indevido do procedimento – Em

que pese a alegação de que a demora na prática dos atos processuais inerentes ao procedimento decorreu exclusivamente da sobrecarga da Serventia da Vara, não há como se afastar a regra disposta no § 4º do art. 6º da Lei nº 11.101/05, ante a inexistência de situação excepcional a justificar a segunda prorrogação, ao arrepio da lei – **No caso, já estão ultrapassados 360 dias do deferimento do processamento da recuperação judicial, não sendo admissível nova prorrogação do “stay period”** – Precedentes desta Câmara Reservada de Direito Empresarial – Decisão reformada – RECURSO PROVÍDO.

(TJ-SP - Agravo de Instrumento: 20842716820248 260000 Indaiatuba, Relator: Jorge Tosta, Data de Julgamento: 15/07/2024, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 15/07/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES POR 180 DIAS- PRORROGAÇÃO DO “STAY PERIOD” - POSSIBILIDADE - POR IGUAL PERÍODO, UMA ÚNICA VEZ - INTELIGÊNCIA DO § 4º DO ART. 6º DA LEI 11.101/05. A suspensão do curso das ações e execuções individuais em face de empresas em processo de recuperação judicial - “stay period” - perdurará pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias e pode ser prorrogado, em caráter excepcional, por igual período, uma única vez, desde que não verificada a atitude desidiosa da devedora, sendo que, após, restabelece-se o direito dos credores de prosseguir com as ações e execuções, independente de pronunciamento judicial. **Assim, o “stay period”, por expressa previsão legal, pode atingir o limite de 360 (trezentos e sessenta) dias, já considerado o fato de a recuperação judicial tratar-se de processo complexo e burocrático.** Não é possível a dilatação do “stay period” quando verificado que a empresa recuperanda deixou transcorrer praticamente todo o período que abrange a prorrogação para requerê-la, mormente considerando que o deferimento de tal pleito configuraria uma segunda prorrogação.

(TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.200286-9/008, Relator (a): Des. (a) Adriano de Mes-

quita Carneiro, 21ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 12/07/2023, publicação da súmula em 18/07/2023)

Neste aspecto, resta claro que a ideia da reforma legislativa da Lei 14.112/2020 em relação ao *stay period*, é justamente **não se admitir que ultrapasse 360 (trezentos e sessenta) dias**, fato este que é determinante para impor um equilíbrio entre os direitos dos credores e os interesses da empresa.

Não se pode admitir que o credor extraconcursal fique sem receber nenhuma parcela de financiamento, além da impossibilidade de recuperar os seus bens que sofrem depreciação natural, principalmente por estarem na posse da recuperanda por tempo indeterminado. Tais fatos geram, indiscutivelmente, uma enorme **insegurança jurídica**² em todo o sistema de concessão de crédito.

E, novamente, sobre o tema, calha trazer importantes lições de Daniel Carnio Costa (2022, p. 107/108):

"A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo."

O instituto da recuperação judicial somente cumpre seu objetivo se permitir o prosseguimento da atividade empresarial, com a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47).

² Credores e Devedores, além de terceiros interessados, enfim, todos os envolvidos na cadeia de relações que envolvem a atividade econômica, devem contar com normas claras e precisas que confirmam **segurança jurídica ao processo**. Também a uniformização da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça serve como importante farol para que, com regras transparentes e sem surpresas, todos os envolvidos saibam como deverá desenvolver-se a recuperação. O atual diploma processual civil (art.926) estabeleceu o que se denomina “teoria dos precedentes”, criando uma uniformização vertical (art. 927) e dispondo das seguintes características:

- Dever de Uniformidade: obrigação de superar as divergências.
- Estabilidade: previsibilidade, segurança jurídica e isonomia.
- Integridade: análise da correção sistêmica dos fundamentos e conclusões de acordo com o conjunto de normas (princípios e regras aplicáveis ao caso concreto).
- Coerência: correlação do julgamento presente com os precedentes do passado.

(Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, Obra: Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Teoria e Prática. 7 ª Edição. Editora Forense, páginas 45/46)

Constatada a crise econômico-financeira, a empresa deficitária, ao buscar o socorro do Poder Judiciário, já deve contar com um plano de reestruturação, demonstrando, assim, sua disposição em resolver o impasse o mais breve possível.

As novas regras da Lei 14.112/2020 ecoam essa necessidade, uma vez que a falta de deliberação a respeito do plano de soerguimento no prazo de 180 dias facultará aos credores a propositura de plano alternativo (art. 6º, §4º-A).

A jurisprudência do STJ tem se preocupado com o uso indevido da recuperação judicial e com a efetividade do procedimento, buscando a observância dos prazos pelas partes envolvidas e imprimindo a celeridade exigida no processo de soerguimento.

Em precedente sobre o prazo de dois anos para o encerramento da recuperação judicial, a Terceira Turma do STJ destacou que a fixação de um prazo máximo para o encerramento da recuperação judicial se mostra indispensável para **afastar os efeitos negativos de sua perpetuação**, como o aumento dos custos com o processo, a dificuldade de acesso ao crédito e a judicialização das decisões que pertencem aos agentes de mercado, passando o juiz a desempenhar o papel de muleta para o devedor e garante do credor (REsp. 1.853.347/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, j. 5.05.2020, DJe 11.05.2020).

Por seu turno, no acórdão da Terceira Turma que tratou da existência de fraude e conluio, com a utilização do processo de recuperação judicial para fins diversos do previsto em lei, foi destacado que a recuperação judicial tem como objetivo preservar a empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e não autorizar a falta de pagamento de dívidas previamente escolhidas com a utilização do processo para fim não previsto em lei (REsp. 1.848.498/SE, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, terceira turma, j. 6.20.2020, DJe 15.10.2020)

Como se pode perceber, o **Tribunal da Cidadania está atento às vicissitudes que envolvem o processo recuperacional e, diante das alterações introduzidas pela Lei 14.112/2020, muito provavelmente observará a**

excepcionalidade da prorrogação do stay period, uma única vez, desde que conduta imputável à recuperanda em relação ao atraso no plano de recuperação judicial e diante da demonstração de que a empresa cumpriu rigorosamente suas obrigações legais no processo de soerguimento. Esperamos que isso ocorra, substancialmente”.

Concluindo sobre a celeridade e eficiência do processo, lecionam os mestres Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (SALOMÃO; SANTOS, 2007, p. 43/44): “As normas que regem a recuperação e a falência devem buscar a efetividade, de modo a acompanhar a velocidade das transações mercantis e a dinâmica da atividade econômica”.

2.5 Aspectos da Declaração de Essencialidade dos Bens da Recuperanda

E relacionado ao *Stay Period*, passamos, doravante, a avaliar os impactos que a declaração de essencialidade dos bens gera ao credor, detentor de crédito extraconcursal.

Isso porque o §3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que:

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.**

Os denominados bens de capital essenciais são aqueles considerados imprescindíveis para que a empresa em recuperação

possa exercer a sua atividade econômica. Sendo assim, são bens essenciais para exercer o princípio da preservação da empresa em crise.

Todavia, na prática, a decisão que defere a recuperação judicial, frequentemente, declara a essencialidade de todos os bens trazidos pela recuperanda na sua relação de bens, de forma genérica, sem, no entanto, realizar uma análise detalhada e aprofundada, inclusive, através do laudo de constatação prévia ou determinação ao Administrador Judicial que realize a verificação *in loco*.

Por exemplo, tratando-se a Recuperanda de uma transportadora, usualmente há a declaração de essencialidade de todos os caminhões que compõem sua frota, justamente por se tratar de sua atividade-fim, transporte de cargas, e presumir-se que todos os caminhões sejam essenciais.

Porém, cada empresa possui uma realidade econômica e modelo negocial diferentes. É comum uma empresa de transportes adquirir vários caminhões que seriam destinados ao transporte, mas, por conta, por exemplo, da perda de um contrato de prestação de serviços, determinada quantidade de bens ficar inoperante, sem utilização e parado no pátio da empresa. Portanto, nesta hipótese, não é essencial às suas atividades.

Há, ainda, a possibilidade real, como já constatado em diversos casos concretos, de a empresa recuperanda ser transportadora de cargas, possuir grande frota de veículos, mas os seus sócios possuírem outras empresas com a mesma atividade econômica, ou seja, que também atuam no setor de transportes, com identidade de endereços, atividades e sócios; no entanto, esta outra empresa, embora seja do mesmo conglomerado econômico, não esteja em recuperação judicial, enfim, está em situação econômica saudável. Mas é essa nova empresa, criada às vésperas do pedido de recuperação judicial da empresa em crise, que está utilizando os veículos financiados pela recuperanda.

É apenas através da análise detalhada, por meio de constatação *in loco* pelo administrador judicial, caso a caso, que poderá averiguar a situação como essa narrada, em que, eventualmente, os bens financiados em nome da empresa recuperanda não estão sendo empregados na sua atividade, mas, sim, na atividade de outra empresa do mesmo conglomerado, em evidente desvio de finalidade.

Portanto, é de suma importância a essencialidade dos bens ser comprovada pormenorizadamente, discriminando os bens, seus rendimentos, gastos e projeção de receitas para o efetivo

soerguimento da empresa. Não se pode admitir a declaração genérica de essencialidade por presunção. A análise da essencialidade deve ser investigada de modo individualizado, e com a comprovação documental, amoldada a cada caso concreto. Assim, somente deve ser declarado essencial quando restar satisfatoriamente comprovado nos autos tratar-se de bem indispensável para a empresa.

Nessa linha, em recentes entendimentos, nossos Tribunais fixaram a necessidade de comprovação da essencialidade dos bens, *vide*:

AGRADO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE RESTABELECEU A ANTERIOR E DEFERIU O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO DOS AGRAVADOS, BEM COMO PROIBIU A EXPROPRIAÇÃO DE VALORES E BENS, CUJA ESSENIALIDADE SERÁ ANALISADA CASO A CASO – VERIFICAÇÃO DE ESSENIALIDADE DE FORMA GENÉRICA – IMPOSSIBILIDADE – FORMA INDIVIDUALIZADA – DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **A análise da essencialidade não deve ser feita de forma genérica, cabendo ao juízo da recuperação judicial averiguar a essencialidade dos bens de maneira individualizada e com a comprovação documental de tal essencialidade.** A fundamentação condizente se faz necessária, sob pena de desprestigar o sistema de garantias e promover-se a insegurança jurídica e a imprevisibilidade nos negócios. De rigor o provimento do recurso para determinar ao juiz a quo, condutor da recuperação judicial, que proceda à análise da essencialidade dos bens da recuperanda de maneira individualizada.

(TJ-MT - AGRADO DE INSTRUMENTO: 1017853-56.2022.8.11.0000, Relator: SEBASTIAO DE MORAES FILHO, Data de Julgamento: 26/04/2023, Segunda Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/04/2023)

EMENTA: “AGRADO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A ESSENIALIDADE DE BENS DE PROPRIEDADE DAS RECUPERANDAS – IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO, FINANCEIRA CRE-

DORA – ARGUIÇÃO DE QUE A ESSENCIALIDADE DOS BENS NÃO FOI DEMONSTRADA – ACOLHIDA – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05 EM RELAÇÃO AOS ITENS FINANCIADOS NAS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO EM ANÁLISE – **AQUISIÇÃO QUE SE DEU ATÉ DOIS MESES ANTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONSTATAÇÃO DE QUE OS BENS SERVEM COMO INCREMENTO DO NEGÓCIO, MAS NÃO PARA A SUA MANUTENÇÃO** – POSSIBILIDADE DE APREENSÃO – MANIFESTAÇÃO DA D. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NESSE MESMO SENTIDO – RECURSO PROVIDO” (**TJPR** - Agravo de Instrumento nº 0010177-70.2021.8.16.0000, 18º Câmara Cível, Relatora: Desª Denise Krüger Pereira, Curitiba, 18 de junho de 2021).

O acolhimento da essencialidade dos bens sem a devida comprovação documental de que realmente estão sendo utilizados se constituiria verdadeiro óbice de acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo inciso XXXV, artigo 5.º da Constituição Federal, e é garantido, indistintamente, a todos.

É ônus da empresa recuperanda comprovar detalhadamente a essencialidade dos bens, instruindo os autos de **provas fidedignas da imprescindibilidade** destes para o desenvolvimento das suas atividades. Do contrário, não é lícito que permaneçam da posse dos bens alienados. Aproveitando o exemplo trazido sobre uma empresa do ramo de transporte de cargas, é recomendável que, para fazer prova da essencialidade dos caminhões que compõem sua frota, evidencie documentalmente os seguintes pontos:

- Relatório de uso dos dias e horários.
- Quilometragem diária percorrida por cada veículo.
- Registros dos funcionários responsáveis pela sua utilização.
- Comprovantes de aquisição de combustível ou manutenção.
- Notas Fiscais atreladas a cada veículo na prestação de serviços.
- Relatórios Empíricos de resultados práticos.
- Avaliação técnica/financeira de quantos bens são necessários à continuidade da operação.

Como vislumbra o ENUNCIADO 99 da III JORNADA DE DIREITO COMERCIAL: “*Para fins de aplicação da parte final do art.*

49, §3º, da Lei 11.101/2005, é do devedor o ônus da prova da essencialidade do bem".

Nesse sentido, é a jurisprudência dos nossos Tribunais:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO RECORRIDAS QUE DECLAROU A ESSENCEIALIDADE DE BENS MÓVEIS DADOS E GARANTIA FIDUCIÁRIA – NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ARTIGO 49, § 3º, DO CPC/15 – VERIFICAÇÃO DE ESSENCEIALIDADE DE FORMA GENÉRICA – IMPOSSIBILIDADE – FORMA INDIVIDUALIZADA – FUNDAMENTAÇÃO CONDIZENTE - DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A análise da essencialidade não deve ser feita de forma genérica, cabendo ao juízo da recuperação judicial averiguar a essencialidade dos bens de maneira individualizada e com a comprovação documental de tal essencialidade. A fundamentação condizente se faz necessária, sob pena desprestigar o sistema de garantias e promover-se a insegurança jurídica e a imprevisibilidade nos negócios.

(TJ-MT - AI: 10245716920228110000, Relator: MARILSEN ANDRADE ADDARIO, Data de Julgamento: 19/04/2023, Segunda Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/04/2023)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESSENCEIALIDADE DE BENS GRAVADOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - NÃO VERIFICAÇÃO - DECISÃO MANTIDA - Em sede de recuperação judicial, incumbe ao devedor o ônus da prova da essencialidade do bem à preservação da empresa. Não se desincumbindo de tal ônus, deve ser mantida a decisão que reconhece a não essencialidade, podendo o credor exercer livremente seu direito sobre o bem.

(TJ-MG - AI: 10000221363088001 MG, Relator: Marcos Henrique Caldeira Brant, Data de Julgamento: 15/02/2023, Câmaras Especializadas Cíveis / 16ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 16/02/2023)

Correlacionando ao tópico anterior, no qual tratamos do *stay period*, importante mencionar que, comumente, nos depa-

ramos com outra discussão sobre o tema. Com o término do prazo do *stay period*, vem a discussão sobre a essencialidade, ou seja, embora tenha transcorrido o prazo de blindagem, a recuperanda arvora-se na aplicação da manutenção da essencialidade dos bens.

Contudo, terminado o prazo do *stay period*, não há que se falar em essencialidade.

Geralmente, a recuperanda aventure-se na discussão da essencialidade, mesmo após o término do *stay period*, como forma de impedir os credores, principalmente as instituições financeiras, detentoras de crédito extraconcursal, as quais pratiquem o exercício regular do seu direito através do ajuizamento das respectivas ações de busca e apreensão e reintegração de posse.

A jurisprudência assegura que, escoado o prazo do *stay period*, não se aplica a tese de essencialidade dos bens:

AGRADO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Decisão agravada que suspendeu a execução de mandados de busca e apreensão de bens que estão em posse das recuperandas – Acolhimento – **Impossibilidade de discussão sobre a essencialidade dos bens após o fim do período de blindagem patrimonial** - Enunciado III do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial 1 – Decisões pregressas desta C. Câmara que já analisaram o tema e verificaram a desídia da recorrida em promover o prosseguimento do feito recuperacional – Plano de recuperação que já homologado – Decisão reformada - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 22589352020208260000 SP 2258935-20.2020.8.26.0000, Relator: J. B. Franco de Godoi, Data de Julgamento: 28/05/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 28/05/2021)

ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDATÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL **TRANSCURSO DO PRAZO DO ART. 5º, § 4º, DA LEI 11.101/05 (“STAY PERIOD”). POSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE ESSENCEALIDADE DO BEM SUPERADA PELO DECURSO DA SUSPENSÃO.** ENUNCIADO N° III DO GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL E PRECEDENTES DESTA CORTE. PROCEDÊNCIA MANTIDA.

ELEVAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM VIRTUDE DE ATUAÇÃO RECURSAL. APELO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. 1. **Transcorrido o prazo de suspensão previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, não há óbice à reintegração de posse em favor da arrendadora, restando superada a pretensão voltada ao reconhecimento da essencialidade do bem ao desempenho da atividade da arrendatária, com base no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, por se tratar de medida aplicável exclusivamente durante o “stay period”.** Neste sentido, o Enunciado nº III do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial e os precedentes desta Corte. 2. Diante desse resultado e nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, eleva-se o valor da verba honorária a 12% sobre o valor atualizado da causa. (TJ-SP - AC: 10608260520198260100 SP 1060826 - 05.2019.8.26.0100, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 24/06/2022, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/06/2022)

AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE DETERMINOU A MANUTENÇÃO DO GRUPO RECUPERANDO NA POSSE DOS IMÓVEIS SUB JUDICE ENQUANTO PERDURAR O “STAY PERIOD” E O CARÁTER DE ESSENCEIALIDADE – **PRAZO DE BLINDAGEM JÁ EXPIRADO - POSSIBILIDADE DE RETOMADA DOS BENS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE - ALEGAÇÃO DE ESSENCEIALIDADE DO BEM SUPERADA PELO DECURSO DO PERÍODO DE BLINDAGEM** – DECISÃO REFORMADA - AGRADO CONHECIDO E PROVÍDO. No caso dos autos, houve o esgotamento do prazo de suspensão previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, não havendo óbice à retomada dos bens alienados fiduciariamente, restando superada a pretensão voltada ao reconhecimento da essencialidade do bem ao desempenho da atividade da recuperanda, com base no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, por se tratar de medida aplicável exclusivamente durante o “stay period”. Além disso, não há como negar que durante todo o período do “stay period” cabia à parte agravada, indubitavelmente a maior interessada em preservar a continuidade das suas atividades produtivas, negociar junto aos credores extraconcursais o

pagamento das respectivas dívidas, a fim de impedir constrições sobre o seu patrimônio. O que não se cogita é considerar isoladamente o princípio da preservação da empresa (homenageado pela Lei nº 11.101/2005, mas não como um valor absoluto encerrado em si mesmo), de modo a impedir que credores com garantia fiduciária, uma vez exaurido o prazo de proteção (leia-se, "stay period"), exerçam seu direito indefinidamente, pois isso significaria impor sacrifício demasiado ao credor e a mitigação do instituto da alienação fiduciária. (TJ-MT 10120786020228110000 MT, Relator: SEBASTIAO DE MORAES FILHO, Data de Julgamento: 30/11/2022, Segunda Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/12/2022)

Mais uma vez, se aplicam neste ponto as palavras de Daniel Carnio Costa (2022, p. 107/108), no sentido de que *"a jurisprudência do STJ tem se preocupado com o uso indevido da recuperação judicial e com a efetividade do procedimento, buscando a observância dos prazos pelas partes envolvidas e imprimindo a celeridade exigida no processo de soerguimento"*. E ainda que *"o Tribunal da Cidadania está atento às vicissitudes que envolvem o processo recuperacional"*.

Desta forma, cada vez mais, o Poder Judiciário vem repelindo práticas que levem à eternização do processo recuperacional, em que as empresas recuperandas visam meramente evitar que as instituições financeiras retomem suas garantias, mesmo após o transcurso do prazo do *stay period*, e sem que haja quaisquer outros impedimentos, como o afastamento da essencialidade dos bens.

1.6 Das Fraudes, Crimes Falimentares e Abuso de Direito

Daniel Carnio Costa (COSTA, 2022, p. 159), em sua obra, registra que:

"O que mais se observa, em casos de irregularidades em processos de Recuperação Judicial, é que muitos administradores e sócios de empresas endividadas promovem blindagens patrimoniais antes de entrar com o pedido de recuperação judicial, escondendo patrimônios ou realizando a substituição creditícia para ter maior poder de voto em assembleia."

Diante dessa informação, muitos credores montam verdadeiras ‘agências de detetives’ para coletar indícios que possam provar estas ilegalidades, a fim de pedir o afastamento de tais administradores, mas não se trata de um processo fácil e, nem muito menos, ágil.

Como dito, anteriormente, **a reforma trazida pela Lei 14.112/2020 vai dar maior responsabilidade ao Administrador Judicial, vez que, cabe a ele fazer essa fiscalização com maior perspicácia, auxiliando verdadeiramente o Juízo**. (Grifo nosso)

Inicialmente, nos referimos ao brilhantismo da Lei 11.101/2005, com as reformas da Lei 14.112/2020, no sentido de que, consagrada pelo princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, em se tratando de uma empresa viável, com liquidez suficiente para saldar suas dívidas e soerguer-se, deve contar com esforço de todos os entes processuais. E que, todavia, tratando-se de empresa inviável, deveria o empresário ter se valido do disposto no artigo 105 e tutelado sua autofalência.

Soma-se aqui a empresa que se utiliza indevidamente do instituto recuperacional, empregando artifícios ardis e criminosos, através de simulações e fraudes. Essa empresa, obviamente, não merece os benefícios da Lei 11.101/2005 e deve ser punida com o rigor da lei. As tipificações criminais aplicáveis estão dispostas no Capítulo VII da Lei 11.101/2005, artigos 168 a 178.

Discorremos também que o credor, através da detida análise aos documentos carreados pela Recuperanda, notadamente aqueles relacionados no rol do artigo 51, sob todos aspectos, observando os lançamentos em ativos e passivos, nas linhas de receitas, faturamentos, financiamentos, despesas, lucros e prejuízos, e outras, bem como lançamentos financeiros e extratos, pode detectar com clareza se a empresa possui ou não condições de se recuperar ou, com frequência, diagnosticar que já se trata de empresa inviável, repita-se, sem “*liquidez suficiente para saldar suas dívidas*”. E também se presta, com auxílio de uma equipe de técnicos em contabilidade e finanças, apontar que há fraudes contábeis em balanços.

Pode ocorrer dos balanços e declarações de faturamento serem alterados com a finalidade específica de levar o Juízo em erro e evidenciar uma situação de crise financeira forjada, quando, na realidade, a empresa não está passando por dificuldades

financeiras, mas, sim, preparou-se antecipadamente, alavancou-se no mercado junto a diversas instituições financeiras, obteve créditos e adquiriu variedade e volume de bens e ativos justamente para demonstrar um endividamento que não possuía antes – ao contrário, os indicadores de crédito e de mercado apontavam *rating* favorável – e aproveitar-se indevidamente do instituto recuperacional para obter vantagens, deságios abusivos e proteção do *stay period* e reconhecimento de essencialidade daqueles bens.

E, ainda, conflitos entre balanços divergentes referentes ao mesmo período contábil. No ato da obtenção do crédito junto à instituição financeira e celebração do respectivo contrato, a empresa tomadora do crédito apresenta um balanço e declaração de faturamento, nesta oportunidade, apresentando valores e volumes expressivos a fim de sensibilizar a casa bancária na liberação do crédito. De outro turno, quando da instrução da petição inicial do pedido de recuperação judicial (art. 51), o empresário apresenta, para o mesmo período contábil, balanço e declaração de faturamento diverso, desta vez, geralmente, em valores menos expressivos, agora na tentativa de sensibilizar o Juízo quanto à suposta situação de crise.

Contratos de financiamentos recém-firmados com diversas instituições financeiras às vésperas do pedido de recuperação judicial, em que sequer houve o pagamento da primeira prestação, nenhuma parcela paga ou, quando muito, pagam apenas as primeiras, passam a inadimplir justamente porque, na sequência, já estava preparado o pedido de recuperação judicial.

Outra evidência de que a recuperação judicial foi ardilosamente pensada e planejada, com intuito de lesar credores e obter vantagens ilícitas, é o fato de que os sócios, previamente, às vésperas do pedido recuperacional, desfazem do seu patrimônio pessoal e da empresa, através de simulações de alienações a parentes próximos, a preço vil ou por doações, visando assim blindar o patrimônio.

Identifica-se, também, a tentativa de fraude na qual os sócios premeditadamente, pouco tempo antes do pedido de recuperação judicial, criam novas empresas, com as mesmas atividades, com identidades de sócios, endereços, obviamente com ótima saúde financeira e que não farão parte do polo ativo da recuperação judicial, e a partir de onde passarão a operar com a circulação de receitas e faturamentos, empregando os bens que foram adquiridos através de financiamentos bancários pela empresa em recuperação judicial.

Logicamente, não é a ocorrência de apenas um dos exemplos práticos colacionados aqui que irá caracterizar que uma empresa que pede recuperação judicial está agindo de má-fé, e que praticou fraude. Não se afasta a possibilidade de infortúnio ou caso fortuito que ampare uma justificativa de impossibilidade de pagamento de uma única prestação do financiamento bancário. É todo o contexto e conjunto probatório que irá permitir uma análise estruturada que leve à necessidade de investigação, aprofundamento e envolvimento do Ministério Público para apuração de possíveis crimes falimentares.

São inúmeras as possibilidades e tentativas de fraude. E é dever do credor, do administrador judicial, do Juiz e do Ministério Público impedir e repelir com rigor.

Estabelece o art. 51-A, § 6.º, da Lei n. 11.101/2005 que, quando reputar necessário, o d. Juiz recuperacional poderá nomear profissional de sua confiança para promover a constatação quanto às reais condições de funcionamento da empresa recuperanda, bem como da regularidade e completude da documentação apresentada com a petição inicial, sendo que, caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de Recuperação Judicial, o juízo poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis:

Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de Recuperação Judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial. [...]

§ 6º Caso a constatação prévia detecte **indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de Recuperação Judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (g.n.)**

Ou seja, após a alteração na Lei n. 11.101/2005, promovida pela Lei n. 14.112/2020, a Lei que rege o procedimento da Recu-

peração Judicial passou a prever, expressamente, que pode o magistrado determinar a realização de constatação prévia e indeferir a petição inicial caso o perito nomeado detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de Recuperação Judicial.

Sobre essa norma, colaciona-se, exemplificativamente, o seguinte julgado proferido pelo e. TJSP, no sentido de que pode o magistrado indeferir a petição inicial quando constatar a utilização fraudulenta do processo recuperatório:

[...] uma das alterações trazidas pela recente Lei 14.112/2020 à Lei de Recuperação de Empresas e Falência foi a introdução do novel art. 51-A, que permite ao juiz, “quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.” [...] não se pode deferir o processamento de Recuperação Judicial de empresas que não preenchem os requisitos legais [...] Inexistência, pois, de emprego de funcionários ou atividade comercial a serem preservados. Recuperandas que, de todo o modo, não se encontram em crise econômico-financeira. Além de terem imóveis avaliados em valor superior ao passivo, esse é formado majoritariamente por créditos de titularidade de sociedades do mesmo grupo que não foram incluídas no procedimento de reestruturação, beneficiadas em negócios celebrados pelas recuperandas. **Caracterização de uso abusivo do instituto da Recuperação Judicial. Configurada, no caso, hipótese de indeferimento da inicial, no exercício pelo Judiciário do controle de legalidade do pleito inicial, nos termos do art. 52 da Lei 11.101/05 [...].** (TJSP, Agravo de Instrumento 2043746-49.2021.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 28/07/2021, g.n.)

E também, sobre o mesmo ponto, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso já se posicionou firmemente contra a prática de atos fraudulentos e utilização abusiva do instituto da recuperação judicial. Vejamos:

A CÓRDO Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). MARIA HELENA GARGAGLIONE POVOAS, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: RECURSO PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, DIVERGÊNCIA DO 2º VOGAL (DES. JOÃO FERREIRA FILHO) SOMENTE QUANTO A APLICAÇÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. E MENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO – **RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTO – CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE QUE ABRANGE QUESTÕES RELATIVAS À FRAUDE E ABUSO DO DIREITO** – AUMENTO EXORBITANTE DO PASSIVO ÀS VÉSPERAS DO PLEITO RECUPERACIONAL – **CARACTERIZAÇÃO DO USO ABUSIVO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO DA INICIAL** – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. O controle de judicial de legalidade da recuperação judicial abrange questões relativas à fraude e abuso de direito, visto que a intervenção não é um salvo-conduto para as empresas procederem como quiserem e em desconformidade com a lei. Veementes os indícios de fraude de empresa que eleva seu passivo em mais de 2000% (dois mil por cento) às vésperas do pedido recuperacional, mediante a aquisição de 73 caminhões novos, apesar de possuir somente 5 motoristas. Os elementos constantes dos autos denotam a utilização abusiva do instituto da recuperação judicial, visto que o pleito recuperacional tem por escopo suspender ações movidas contra a empresa.

(Agravo de Instrumento nº 1016310-81.2023.8.11.0000, TJMT, Segunda Câmara de Direito Privado, DJe 01/11/2023)

Por fim, não é demais lembrar que tais situações, frequentemente, podem caracterizar **litigância predatória**, vez que consiste no ajuizamento de processos judiciais de forma abusiva ou fraudulenta sobre o mesmo tema. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está atento e, com o objetivo de combater esse tipo de prática abusiva de efeitos deletérios para o Poder Judiciário ao sobreendar Varas e Tribunais com demandas artificiais, foi con-

cebida, para o ano de 2023, a Diretriz Estratégica n. 7 para as Corregedorias, a fim de que evidenciem esforços no sentido de regulamentar e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos e alimentação de um painel único pela Corregedoria Nacional de Justiça.

1.7 Da Recuperação Judicial Vazia

Dispõe o artigo 51, III da Lei 11.101/2005:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
(...)

III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, **a natureza**, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, **com a discriminação de sua origem**, e o regime dos vencimentos;

É dever da recuperanda, ao instruir a sua petição inicial, indicar de forma correta a respectiva classe de credores, natureza da dívida e valores. Verifica-se comumente que os devedores classificam, propositalmente, todos os créditos decorrentes de financiamento bancário, celebrados através de cédulas de crédito bancário (CCBs), com garantia de alienação fiduciária, ou seja, naturalmente extraconcursais, na classe Garantia Real ou Quirografário, como se concursais fossem.

Isso por si só, além de afronta ao mencionado dispositivo legal (art. 51, III), a nosso ver, caracteriza-se, no mínimo, como má-fé. A partir daí, há necessidade de apresentação das divergências ao Administrador Judicial ou Impugnações de Crédito Judicial pelo credor, a fim de enquadrar regularmente a classificação de seu crédito, na busca do reconhecimento da extraconcursalidade e não sujeição ao plano de recuperação judicial.

Para melhor ilustrar, importante trazer uma recente decisão proferida pelo Juízo da Vara Regional de Falências e Recuperações Judiciais e Extrajudiciais da Comarca de Concórdia/SC, nos autos da Recuperação Judicial nº 5007321-95.2023.8.24.0019/SC, na data de 08/11/2023:

Uma primeira importante questão é identificar a VIABILIDADE ECONÔMICA do devedor na medida em que **somente os créditos concursais serão passíveis de moratória, deságio e parcelamento**, ao passo que os créditos extraconcursais deverão ser equalizados pelo devedor, quer dizer, deverão ser pagos paralelamente ao crédito concursal, com recursos derivados da continuidade da atividade empresarial. Nesse sentido, a equalização do passivo extraconcursal é uma OBRIGAÇÃO do devedor que postula sua recuperação judicial, sob pena de se colocar em xeque a viabilidade financeira da recuperanda, nos termos do assentado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no supracitado REsp n. 1.991.103/MT. **A inclusão de credor extraconcursal como credor concursal objetiva forçar o primeiro a sofrer os efeitos do plano de recuperação judicial, que consiste basicamente em moratória, deságio e parcelamento em longos anos, hipótese que não é admitida pela Lei de Falência.** Outra importante questão diz respeito à titularidade de bens, ou seja, o artigo 49, § 3º da Lei de Falência, combinado com o Dec. Lei 911/69, estabelece que o bem com alienação fiduciária NÃO PERCENTE AO DEVEDOR, de modo que não pode ser arrolado como patrimônio da sociedade empresária devedora, como fez a parte autora, porque não integra seu patrimônio e como tal não poderá ser considerado, induzindo em erro o Juízo, especialmente quando no plano de recuperação judicial é previsto venda de ativos. (...) Para o ajuizamento da ação a Lei impõe obrigações para a parte autora, e não faz por acaso como exposto. **No caso de uma ação de recuperação judicial cabe à parte autora observar à risca o disposto no art. 51 da Lei 11.101/05, devendo ser diligente e fiel nas informações apresentadas ao Juízo, sob pena de violação da ética processual.** (...) Em outras palavras, entende a parte autora que os créditos podem ser arrolados livremente, cabendo aos credores após valerem-se de impugnações, o que é contrário à lei! Repito: é ônus da parte autora observar à risca o disposto no art. 51, da Lei 11.101/05, devendo ser diligente e fiel nas informações apresenta-

das ao Juízo, sob pena de violação da ética processual. Ademais, há balizas impostas pelo legislador (como é o caso do art. 49, § 3º). Dito de outro modo, pequenos equívocos, reparos ou situações de dúvida prontamente podem e devem ser resolvidos na fase administrativa e judicial de verificação de créditos, **CONTUDO, arrolar créditos inequivocamente extraconcursais na lista de credores, em flagrante violação de dispositivo legal, desborda do razoável - principalmente no caso concreto em que mais da metade dos créditos inicialmente arrolados eram extraconcursais.** É sabido que o credor extraconcursal pode, de forma facultativa e voluntariamente, aderir ao plano, entretanto esta é uma situação excepcional (porque inclusive não terá direito à voto na AGC) e não depende da vontade do devedor, não estando este autorizado a incluir, por modo próprio, um crédito extraconcursal como concursal na petição inicial da ação. A recuperação judicial não pode servir de instrumento de barganha ou pressão contra o credor extraconcursal!

Além de servir à recuperanda como forma de pressionar os credores extraconcursais e como poder de barganha nas negociações, tem o condão de ocultar a real “fotografia” das dívidas da empresa em crise, onde, nessas ocasiões, podem caracterizar-se por formar-se majoritariamente por dívidas junto a instituições financeiras, cuja natureza do crédito é iminentemente extraconcursal e, portanto, não se submete ao plano de recuperação.

Exemplificativamente, podemos ter um quadro geral de credores, viciado por conta dessas omissões propositais do devedor, cuja dívida seja de 95% junto a casas bancárias, lastreadas em cédulas de crédito bancário, portanto, extraconcursal, enfim, onde uma recuperação judicial “não pararia em pé”, ao passo que não se prestaria para solucionar apenas 5% das demais dívidas concursais, através de aprovação de plano com prazos, carência e deságio. Estamos aí diante de uma verdadeira RECUPERAÇÃO JUDICIAL VAZIA.

Nesta hipótese, opina-se pela extinção da ação, nos termos do artigo 330, III, do Código de Processo Civil, ou aplicação do artigo 485 IV do mesmo Diploma legal, bem como aplicação das

penas por litigância de má-fé, previstas pelos artigos 80 e 81 do Código de Processo Civil.

Presume-se que os principais objetivos são obstar que os credores extraconcursais, detentores das garantias com alienação fiduciária, possam praticar o exercício regular do seu direito, auxiliar as respectivas ações de busca e apreensão e retomar as garantias. Enfim, presta a colocar pressão nos credores fiduciários e, ao mesmo tempo, ampliar seu poder de barganha.

O objetivo de obter a redução forçada de obrigações que não se submetem aos efeitos da LRJF, seja pelo objetivo de impedir a retomada do veículo garantido por alienação fiduciária pelo credor, após inadimplemento quase global, sob o manto da alegação da “essencialidade do bem”, tudo indica uma situação contrária à lei, isto é, um mecanismo ilícito.

Nesse sentido, destaca-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. GRUPO DE SOCIEDADES. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FALHA. OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 1.025 DO CPC/2015. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. HIERARQUIA DAS DECISÕES. OFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE RECUPERAÇÃO. ILEGALIDADES. PROCESSO. PRÁTICA DE ATO SIMULADO. NULIDADE RECONHECIDA. [...] 5. **A recuperação judicial tem como objetivo preservar a empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e não autorizar a falta de pagamento de dívidas previamente escolhidas, com a utilização do processo para fim não previsto em lei.** 6. Recurso especial provido.” (REsp n. 1.848.498/SE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 15/10/2020.)

O art. 142 do Código de Processo Civil determina que **a parte não pode utilizar do processo para praticar ato simulado, fraudar terceiros ou conseguir fim vedado por lei**. O juiz, neste caso, tem o dever de coibir tal conduta, porque o direito de ação não é absoluto, e a dignidade da Justiça é norte inflexível e implacável.

O **dever de boa-fé** exigido nos atos processuais autoriza ao julgador impedir que as partes se valham do processo para

praticar ato simulado com o fim de prejudicar terceiros. A utilização da recuperação judicial como meio de obter a redução forçada de obrigações que, por lei, não se submetem aos efeitos da LRJF, é **incompatível com a ética processual**, com o que não é conviente ao Judiciário, devendo tal comportamento e prática serem repelidos pelo Juízo, que não pode prostrar-se e limitar-se ao papel de mero espectador inerte, enquanto a parte procura induzi-lo em erro.

Conclusão

Demonstramos, sob análise dos aspectos econômicos, a dificuldade no Brasil para recuperação do crédito, considerando o elevado tempo e custos, além da baixa perspectiva, mesmo tratando da espécie de créditos com garantia em que, em tese, o risco seria menor. Aliado às dificuldades para a respectiva retomada do crédito, com ênfase, pelas instituições financeiras, ainda há impacto das recuperações judiciais que, como dito, de plano, já através do primeiro despacho proferido no processo, deferir a concessão do *stay period* e declara a essencialidade dos veículos, objetos dos contratos de financiamento. E, por meio dessa decisão, gera a consequência automática e impactante da suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, inclusive, os créditos privilegiados, aqueles contratos celebrados com garantia de alienação fiduciária, previstos na exceção do artigo 49º, §3º da Lei 11.101/2005.

Registrarmos também que o prazo do *stay period*, inicialmente deferido por 180 dias, pode ser prorrogado, uma única vez, por igual período, nos termos da lei. Todavia, infelizmente, através de danosas inovações, vem sendo desrespeitado e cada vez se alongando mais, até a realização do conclave ou homologação do plano e ainda, mais recente, até que ocorram novas tentativas de negociações pela devedora junto aos credores extraconcursais, através de mediações pelo Cejusc.

Desta feita, como o presente estudo tem o enfoque sobre os créditos bancários, na visão do credor, importante atentar que, além do efeito danoso que impede a casa bancária de retomar suas garantias, durante o prazo do *stay period*, enfim, meramente a prática do exercício regular do direito e, portanto, impedido de mitigar seus prejuízos, ao passo que concedeu um crédito, não foi pago e não pode ajuizar a respectiva ação de busca e apreensão, de modo a minimamente retomar o bem, vendê-lo e amortizar da dívida o montante do produto obtido, minimizando

assim os prejuízos, de outra banda, o devedor, que obteve o deferimento da recuperação judicial, está se utilizando dos bens financiados, auferindo recursos e receitas na sua operação, sem que precise pagar a casa bancária.

Enquanto isso, o bem (garantia fiduciária) está sofrendo as depreciações com uso e intempéries onde, ao final, decorridos os prazos muitas vezes elastecidos por conta de manobras processuais pela recuperanda, com o único fim de postergar e evitar os pagamentos, o credor, quando, de fato, puder retomar sua garantia, terá perdido valor considerável e, eventualmente, não será possível saldar a dívida contratual. Além do quê, o bem está exposto a sinistros e outros riscos inerentes ao uso e, ainda, é uma realidade que a instituição financeira sequer consiga efetivar a apreensão do bem, escoados os prazos de suspensão, diante de ocultação ou perda do veículo.

Se não fossem apenas esses os riscos inerentes às instituições financeiras, relacionadas diretamente ao procedimento de recuperação de crédito e efeitos das recuperações judiciais, ainda existem questões de cunho regulatório que também implicam em maiores prejuízos e impactos.

Como é de conhecimento, as instituições financeiras são reguladas pelo Banco Central do Brasil. A Resolução 2682 dispõe *"Sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa"*.

Em linhas gerais, trata-se de uma proteção ao Sistema de Crédito no Brasil e, na prática, as instituições financeiras, por meio da Resolução, classificam os riscos de crédito (*rating*) considerando o tempo de vencimento das dívidas e, para cada determinado *"rating"*, são obrigadas a provisionar valores junto ao Banco Central, de acordo com critérios percentuais para cada fase, até que, no período de 360 dias do vencimento, a casa bancária terá realizado a provisão da integralidade do saldo vencido (100%).

Em síntese, as instituições financeiras perdem duas vezes, uma por não estar recebendo as dívidas, e outra, por ter que provisionar junto ao Banco Central, em até 360 dias do seu vencimento, o valor integral do risco.

Como mencionamos, devido à possibilidade de que o *stay period* exceda, comumente, o prazo de 360 dias, o impacto de uma recuperação judicial para a instituição financeira importa no provisionamento integral do débito junto ao Banco Central.

De fato, os efeitos são danosos.

Justamente por isso, conceituamos que no Brasil o crédito é caro, mas não por conta do *spread*, e sim, decorrente das dificuldades da recuperação do crédito, elevado tempo e custos relacionados.

Tudo isso se traduz na **insegurança jurídica**.

Daí, registramos a necessidade de um Judiciário forte, que aplique bem o direito positivo, que proteja e prestigie o direito de propriedade e o sistema de garantias, e traga a necessária segurança jurídica às relações.

Destacamos o importante papel que o credor pode desempenhar, com o condão de trazer elementos que ajudem o Juiz e o Administrador judicial a identificar se a empresa que se socorre ao Poder Judiciário é viável e, nesta hipótese, merece os benefícios da Lei 11.101/2005 ou, sendo inviável, deveria o empresário ter tutelado sua autofalência.

É papel do credor também repelir atos processuais e atitudes que visem meramente postergar prazos, tumultuar o processo e utilizar o instituto com fim ilícito que levem à sua eternização, impedindo os credores de receberem seus créditos ou buscarem suas garantias.

Devemos **impedir o uso abusivo do instituto da recuperação judicial** e buscar a aplicação das penalidades com rigor àqueles que a desrespeitam.

Lembremo-nos que **a função social da empresa exige sua preservação, mas não a qualquer custo**.

O Superior Tribunal de Justiça, através das recentes jurisprudências, vem se preocupando com o uso indevido do processo de recuperação judicial, buscando prestigiar a efetividade processual e o cumprimento dos prazos pelas partes, a fim de imprimir celeridade e busca pela segurança jurídica.

E também, acima de tudo, depende de cada um dos atores processuais fazer sua parte, atuando sempre de acordo com o sistema legal, preocupando-se com a ética processual e a aplicação correta, eficaz e célere da Lei 11.101/2005.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório da Economia Bancária 2022**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomia/bancaria/reb2022p>. Acesso 31 ago. 2024.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 03 set. 2024.

CJF. Jornada de Direito Comercial. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciais-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em 03 set. 2024.

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação Judicial de Empresas. A Jurisprudência do STJ interpretada a luz da Reforma (Lei 14.112/2020).** Curitiba: Editora Juruá, 2022.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito e Economia.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, Teoria e Prática,** 7. ed. São Paulo: Editora Forense, 2007.

SERASA. **Mapa da Inadimplência e Negociação de Dívidas no Brasil.** Disponível em: <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renegociacao-de-dividas-no-brasil/>. Acesso em 24 ago. 2024.

SIDNEY, Isaac. **Nota do Presidente da Febraban sobre a aprovação pela Câmara do PL do Novo Marco Legal de Garantias.** Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3806/pt-br>. Acesso em 31 ago. 2024.

A quem interessa pelejar pela proteção do instituto jurídico do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005?

Paulo Lebre

*Advogado da CAIXA em São Paulo.
Especialista em Direito Processual
Civil pela PUC/SP.*

RESUMO

Ilegalidade e inconstitucionalidade de decisões judiciais e também prática abusiva por parte das empresas em recuperação judicial e administradores judiciais que, fazendo uso dos mais diversos artifícios, ocasionam (i) desapropriação da garantia fiduciária e (ii) reclassificação do crédito extraconcursal para concursal, fazendo letra morta o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Garantias Fiduciárias. Extraconcursalidade. Classificação de crédito.

ABSTRACT

Illegality and unconstitutionality of court decisions and also abusive practices on the part of companies under judicial recovery and judicial administrators which, by making use of a variety of articles, cause (i) expropriation of the fiduciary guarantee and (ii) credit extra-concursal reclassification to concursal, making a dead letter to article 49, § 3 of Law 11.101/2005.

Keywords: Fiduciary guarantees. Credit out of recuperation (extra-concursal). Credit classification.

1 O instituto jurídico do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005

O presente estudo visa externar a problemática atualmente existente na aplicação do instituto jurídico insculpido no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, ou seja, a vontade legislativa da não participação nas recuperações judiciais dos créditos e/ou contratos quando o credor (normalmente instituição financeira) simplesmente estiver na posição de proprietário fiduciário, além da

proteção dos direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Vejamos de início o que diz o texto legal:

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

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Portanto, o objetivo do presente estudo é trazer ao leitor elementos que subsidiem conclusões quanto a estarmos ou não em uma verdadeira peleja jurídica, donde tal conflito poderá até mesmo afetar gravemente as bases e o equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional.

2. Aspectos importantes sobre o instituto jurídico em debate

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 192, foi expressa em principiar que *O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

Dessa maneira, qualquer coisa que possa afetar de forma profunda o Sistema Financeiro Nacional, a toda evidência, afeta a coletividade e coloca em risco um dos sustentáculos do nosso sistema capitalista. E não podemos nos esquecer que o Sistema Financeiro Nacional é constituído também por todas as instituições financeiras públicas e privadas (conforme artigo 1º, inciso V da Lei 4.595/1964).

Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: (...)

V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Essa mesma legislação dita, em seu artigo 4º, inciso VI, que compete ao Conselho Monetário Nacional disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras.

Sendo assim, não é difícil concluir que as instituições financeiras (e não somente a Caixa Econômica Federal) possuem função social – que é oferecer crédito em condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional. Por isso a existência de todos os controles visando à liquidez e solvência das instituições financeiras.

Aqui, não se pretende discutir a questão do *spread* bancário, se é elevado/abusivo ou não, se é justo ou não, de acordo com as paixões teológicas existentes.

O que aqui se pretende fincar marco é no fato de que o Sistema Financeiro atinge sua finalidade quando faz, de maneira segura, circular o dinheiro. Como dizem muitos teóricos, a especulação financeira não desenvolve um país (por não permitir a circulação do dinheiro) e que grandes economias se fortalecem quando possibilitam essa circulação.

E circulação, pela própria composição da palavra, pressupõe o retorno ao ponto de partida. Logo, um banco – ao conceder um crédito – conta com seu retorno, obviamente remunerado, para fazer frente a toda a sua operação (até mesmo Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776, já dizia que o lucro é a base do aumento da riqueza – vide https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Riqueza_das_Na%C3%A7%C3%A7es).

Todavia, jamais, enfatizo - absolutamente jamais, o Sistema Financeiro Nacional deve se curvar à satisfação de interesses individuais (mesmo que homogêneos), pois tem o dever de fazer prevalecer os interesses difusos da coletividade.

A Recuperação Judicial, e isso jamais pode ser esquecido, é destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira de um devedor privado (provocada ou não por ele, a exemplo de uma má gestão), visando salvaguardar a manutenção da fonte produtora e dos empregos de seus trabalhadores – ou seja, o objetivo é servir de instrumento para a manutenção da chama-

da função social da empresa – de uma empresa ou grupo econômico de empresas coligadas.

Entretanto, esta função social não possui um espectro difuso, afinal, até pela concorrência, existem inúmeras empresas no mercado desenvolvendo atividades idênticas às de uma empresa em recuperação judicial (afinal, monopólio não é regra no nosso sistema jurídico), e suas atividades e estrutura podem migrar para um outro empresário que melhor saiba dar trato às suas atividades.

Desse modo, é necessário que seja arduamente defendido pelas instituições financeiras que o Princípio da Preservação da Empresa não tem nada de difuso ou coletivo – pois tão somente visa proteger um átomo, ou seja, uma específica fonte produtora, e não a molécula de um ramo de atividade como um todo.

A quem se interessar em ler todas as discussões havidas durante o PL 4376/1993 que resultou na Lei Ordinária 11.101/2005, constatará que houve debates a respeito do *spread* bancário e da pressão para que todos os créditos bancários integrassem o Plano de Recuperação Judicial (vide <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>).

Contudo, prevaleceu a vontade legislativa de se excluir, por completo, somente alguns créditos bancários – quais sejam, aqueles (aqui debatidos) em que o credor, por exemplo, seja titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis.

Vamos cirurgicamente dividir o texto do § 3º do artigo 49: de início, o legislador definiu a pessoa do credor (qualidade pessoal) que poderá se beneficiar desta exceção do *caput*:

- (a) credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis;
- (b) credor titular de arrendador mercantil;
- (c) credor titular proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias;
- (d) credor proprietário em contrato de venda com reserva de domínio;

Depois, o legislador definiu o objeto e as consequências jurídicas:

- (a) seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e;

- (b) prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais;
- (c) prevalecerão as condições contratuais;

Pelo simples destaque das partes citadas anteriormente do § 3º, é possível se ter com solar clareza que a intenção do legislador foi firme em (i) não permitir a participação de contratos/créditos com as características lá minuciosamente especificadas na Recuperação Judicial, e (ii) não permitir qualquer alteração do contrato, mantendo totalmente hígidos o crédito e a garantia contratualmente pactuada.

Portanto, temos que o legislador no indigitado §3º foi absolutamente claro em excluir da Recuperação Judicial (logo, considerando créditos extraconcursais) o (i) crédito; (ii) contrato/conduções contratuais; (iii) garantias/propriedade fiduciária, sem absolutamente definir qualquer condição, critério, modulação, limites, etc...

Este é o cerne do presente estudo, pois na prática, contra esta conclusão (que é absolutamente lógica), está sendo feita tábula rasa pelo Judiciário paulista e pelas empresas em Recuperação Judicial. Créditos e contratos que se subsumem ao §3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 devem ficar totalmente de fora da Recuperação Judicial – quando muito, listados nos balanços e demonstrativos contábeis –, tal como as eventuais obrigações tributárias da empresa.

Com toda vénia, é uma agressão jurídica um credor ter que defender (o seu crédito extraconcursal) com escabroso lavor (e comumente até o STJ) algo que é de cristalina interpretação legal. Não pode ser tido como lídima (e de boa-fé) a prática de tamanha ilegalidade de se inserir, no Quadro Geral de Credores (como crédito quirografário), todos os créditos com garantia fiduciária e colocar o credor para se defender de tal erro crasso.

O legislador pátrio tão somente excluiu da Recuperação Judicial alguns contratos bancários, tal como os contratos com créditos garantidos com propriedade fiduciária ou arrendamento mercantil ou venda imobiliária ou reserva de domínio. Todos os demais contratos bancários, ou seja, que não possuem estas indicadas garantias, efetivamente participam da novação forçada.

Como benefício à recuperanda, ao final do parágrafo 3º, somente foi dada uma garantia temporária de ela ficar na posse dos bens (que não são seus, por óbvio), durante o *stay period* e, e somente se, este bem for de capital essencial à sua

atividade empresarial (uma fotocopiadora, por exemplo, não o é). E mesmo nessa hipótese, a garantia e o contrato continuam hígidos.

Dessa forma, por trás deste dispositivo da Lei de Recuperação Judicial, nós temos uma verdadeira proteção ao Sistema Financeiro Nacional, para garantir o retorno (a circulação) do mútuo. Afinal, qualquer tipo de elemento surpresa não pode coexistir no nosso sistema jurídico, pois representa, no mínimo, grave desequilíbrio às operações de crédito.

Todos que trabalham em instituição financeira estão esfaldados em saber que o banco não tem a intenção primeira de ficar com as garantias – ante o trabalho que tem de mantê-las, conservá-las e aliená-las.

Assim, as empresas em Recuperação Judicial deveriam, quando da apresentação dos documentos iniciais à concessão da Recuperação Judicial, tão somente listar e demonstrar os créditos extraconcursais, tal como os fiscais.

Não podemos deixar de lado o fato de que a Recuperação Judicial é um benefício legal – aliás, um tremendo benefício –, só que limitado àqueles não tão poucos créditos concursais (aqui estamos em mente com os quirografários).

O empresário, no dia a dia da sua gestão, assume compromissos com a sociedade (aqui no sentido de coletividade mesmo) e com um limitado número de parceiros e colaboradores.

O que a lei lhe permite é, com a recuperação judicial, debater sua situação financeira com este limitado número de parceiros e colaboradores que possuem crédito considerado concursal (elegível à recuperação judicial).

A outra faceta disso é também resolver (só que fora da recuperação judicial) as obrigações extraconcursais e fiscais.

Portanto, foi o legislador pátrio quem delineou (e, ao ver deste advogado, bem detalhou) no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005 quais créditos são concursais e quais são extraconcursais.

Ou seja, não cabe à recuperanda, não cabe ao Poder Judiciário e não cabe ao administrador judicial, por vontade própria, transmutar a legal natureza do crédito. Ainda mais unilateralmente.

Neste trabalho, não iremos discutir a possibilidade de, em um Plano de Recuperação Judicial, poder ser pactuada a adesão de credores extraconcursais ao plano – donde, em expressa manifestação de vontade, um credor extraconcursal (a exemplo quando existir esvaziamento da garantia fiduciária) adere ao Plano de Recuperação Judicial.

Aqui, iremos limitar esta questão sob o exclusivo enfoque da competência / legalidade para tanto por parte do Juízo Recuperacional, seus auxiliares e da recuperanda. Afinal, nem à recuperanda e nem ao Juízo é permitido não aplicar ou descumprir a lei.

3 Exemplos de decisões prolatadas pelo TJSP

De início, vejamos a decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 2239208-07.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, são agravados POLI CARE LTDA, IDEALCARE LTDA, HCH SERVIÇOS DOMICILIARES LTDA., e outros, caso no qual a Caixa possui Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios sobre Recebíveis de Plano de Saúde (Saúde Caixa).

EMENTA: Agravo de instrumento – Recuperação judicial de IDEAL CARE LTDA E OUTRAS – Decisão que determinou que a agravante devolva às recuperandas o valor retido, devidamente atualizados, bem como se abstinha de efetuar novas retenções por força do referido contrato de prestação de serviços – Inconformismo da casa bancária – Descabimento – Oposição ao julgamento virtual – Rejeição – Hipótese que não se enquadra nos casos previstos no art. 937 do CPC e art. 146, § 4º do Regimento Interno deste E. Tribunal – Prevalência dos princípios da efetividade e da celeridade no julgamento de processos recuperacionais e falimentares – Julgamento virtual mantido. Cessão fiduciária de recebíveis de plano de saúde – Cessão sobre créditos futuros, ou seja, ainda não performados – Impossibilidade de retenção – Notícia de que os descontos implementados na conta da recuperanda ocorreram após a distribuição do pedido da recuperação judicial – Precedentes desta Câmara Reservada de Direito Empresarial – Pedido de investigação por suposta infração aos artigos 167 e 171 da Lei 11.101/05 – Indeferimento – Ausência de elementos mínimos que indiquem a ocorrência do ilícito – Decisão mantida – RECURSO IMPROVIDO.

Neste caso, criou-se como artifício (inexistente no § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005) a cisão, com base na data da Recuperação Judicial, das chamadas garantias performadas e não

performadas. Ou seja, as garantias ditas não performadas (e sabe-se lá o que isso quer dizer, pois não é um instituto jurídico), pac tuadas em contrato, são desapropriadas em favor da recuperanda.

Vejamos também a decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 2259187-18.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, é agravado VALERIA DAVANSOAGUADO EIRELLI, caso no qual a Caixa já havia se apropriado de garantias fiduciárias (i) antes do ingresso com a RJ e (ii) antes do início do *stay period*:

EMENTA: Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Decisão recorrida que concedeu a tutela de urgência requerida pela recuperanda “para determinar o imediato estorno dos valores utilizados para a amortização de crédito concursal no valor de R\$ 819.486,91 (oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e noventa e um centavos) e a imediata paralisação de referidas amortizações” – Inconformismo da instituição financeira – Acolhimento em parte – Questão examinada que é adstrita à verificação do preenchimento dos pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência – Pressupostos autorizadores da concessão da tutela de urgência que restaram evidenciados, mas não nos termos pretendidos pela recuperanda – Crédito do banco decorrente de cédulas de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos creditórios (recebíveis) – Em se tratando de alienação fiduciária de créditos futuros, somente os créditos cedidos fiduciariamente até o pedido de recuperação judicial estão, em tese, sujeitos à regra prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, de modo que os créditos não performados constituem, ao que tudo indica, créditos concursais – Pretensão das recuperandas que, ao que parece, está, em parte, de acordo com o entendimento adotado por esta Câmara em casos análogos, a corroborar a probabilidade do direito – Periculum in mora evidenciado – Decisão recorrida reformada em parte – Recurso parcialmente provido.

Neste caso em específico, o perito contábil, em uma verdadeira cegueira intencional, ignorou toda a documentação apresentada por, pelo menos, três vezes nos autos e em divergência

administrativa e, em conjunto com o administrador judicial, proferiu parecer no sentido de a Caixa não ter comprovado se tratar de garantia fiduciária, sendo, por fim, a Caixa compelida a devolver para a empresa recuperada a integralidade das garantias recebidas até mesmo antes da data de ingresso da recuperação judicial.

Esses casos ainda estão *sub judice*, mas demonstram o quanto existe de má intenção por parte das empresas recuperandas, e – o pior – com o aval do Poder Judiciário, de criar hipóteses, subterfúgios etc. que acabam se transformando em precedentes favoráveis às empresas recuperandas e fragilizam tão importante instituto do Sistema Financeiro Nacional.

Logo, é importante que a vontade do legislador e a vontade externada pelas partes quanto da contratação da operação (legalmente extraconcursal) sejam assim mantidas permanentemente, frente ou não a uma recuperação judicial.

4 Da necessidade de se defender a intenção do legislador

Ainda bem que nossa Superior Corte, em diversas ocasiões, já se manifestou a respeito e em total respeito à letra da lei e intenção legislativa, ou seja, de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário tem por direito não ter a integralidade do seu crédito (garantido fiduciariamente) sujeito à recuperação judicial, posto que o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005 não traz qualquer limitação ou modulação (pois assim não fez o legislador), seja (i) quanto ao momento de performance da garantia (ou seja, extinção da prestada garantia fiduciária simplesmente com a distribuição da RJ – de modo que todas as garantias fiduciárias que surgirem após a RJ não mais sirvam de garantia), e (ii) seja quanto à limitação da extraconcursalidade do valor do crédito frente ao valor da garantia (isso ainda mais considerando a data da contratação do crédito e não a data da RJ e o valor da garantia nesta mesma data).

Portanto, é necessário que seja efetivamente garantido (como está sendo feito perante o STJ) às instituições financeiras o todo livremente pactuado em contrato com garantia fiduciária, ou seja, que não seja dada proteção exacerbada às recuperandas que não foi prevista pelo legislador no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, de modo a se garantir a manutenção e a higidez das garantias fiduciárias em sua integralidade, assim como a extraconcursalidade do crédito também em sua integralidade sempre que a operação de crédito for garantia

com algum tipo (ou percentual) de alienação ou cessão fiduciária de bens móveis ou imóveis, seja prestadas pela recuperanda ou por terceiros.

Tal como julgado no AgInt no Recurso Especial N° 1.979.903 - SP (2021/0403380-7):

AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE RECEBÍVEIS. AUSÊNCIA DE DIFERENÇA ENTRE CRÉDITOS A SEREM PERFORMADOS APÓS A DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AQUELES JÁ PERFORMADOS ATÉ AQUELE MARCO TEMPORAL. CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COM A CONTRATAÇÃO. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NESSE SENTIDO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO. 1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação. 2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o crédito garantido fiduciariamente - como na espécie - não se submete à recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, pois é de propriedade (resolúvel) do credor, e não da empresa recuperanda. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é prescindível averiguar o momento em que o crédito é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação. Precedentes. 4. Agrado interno desprovido.

Além do mais, temos o dever legal (por parte do Órgão Julgador) de manter coerentes e estabilizadas as decisões do STJ, dever este constante do artigo 926 do CPC (*Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*).

Como se pode ver na notícia do E. STJ em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21102021-Credito-com-garantia-fiduciaria—mesmo-que-prestada-por-terceiros—nao-sofre-os-efeitos-da-recuperacao-.aspx>, o crédito com garantia fiduciária, mesmo que prestada por terceiros, não sofre os efeitos da recuperação judicial, pois, de acordo com a conclusão lá externada, o dispositivo legal (§3º do artigo 49) afasta por completo dos efeitos da recuperação judicial não somente o bem alienado fiduciariamente, mas também o próprio contrato que ele garante.

Também se pode ver em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13122021-Credito-cedido-fiduciariamente-nao-e-bem-de-capital-e-nao-se-submete-aos-efeitos-da-recuperacao.aspx>, que crédito cedido fiduciariamente não é bem de capital e não se submete aos efeitos da recuperação judicial, podendo (de acordo com o lá transcrito, em precedente por maioria da Segunda Seção do STJ) os recebíveis cedidos fiduciariamente não ser tidos como bens de capital e, ainda, que os contratos com este tipo de garantia não se submetem ao regime da recuperação.

Quanto ao ser irrelevante o tal momento de performance do crédito, temos em <https://www.migalhas.com.br/quentes/393297/stj-creditos-fiduciarios-nao-se-sujeitam-a-recuperacao-judicial> material mencionando decisão do Ministro Marco Aurélio Bellizze (do STJ) quanto ao ser absolutamente irrelevante tal momento de performance (fazendo menção ao posicionamento do TJSP), no qual ele salienta que o entendimento da 2ª Seção “firmou-se no sentido de que o crédito garantido fiduciariamente, como na espécie, não se submete à recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da lei 11.101/05, pois é de propriedade (resolúvel) do credor, e não da empresa recuperanda, motivo pelo qual se pode concluir ser desinfluente o momento em que é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação”. Esta decisão está no RESP 1.979.903/SP. Mas vejamos a seguir esta e outras decisões:

1) RESP 1.979.903/SP (recentíssimo caso idêntico):

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/midiado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=217784618®istro_numero=202104033807&peticao_numero=202300958109&publicacao_data=20231117&formato=PDF



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL N° 1979903 - SP (2021/0403380-7)

RELATOR	MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE	EM	EMENTA
AGRAVANTE	ELDORADO INDUSTRIAS PLASTICAS LTDA - RECUPERACAO JUDICIAL EM RECUPERACAO JUDICIAL		AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE RECEBÍVEIS. AUSÊNCIA DE DIFERENÇA ENTRE CRÉDITOS A SEREM PERFORMADOS APÓS A DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AQUELES JÁ PERFORMADOS ATÉ AQUELE MARCO TEMPORAL. CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COM A CONTRATAÇÃO. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NESSE SENTIDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
ADVOGADOS	LUIZ FELIPE MARQUES DE QUIEROZ - SP385775 GUILHERMO ROBERTO CORTEZ LOPES - SP30092		1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação. 2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o crédito garantido fiduciariamente – como na espécie – não se submete à recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, pois é de propriedade (resolúvel) do credor, e não da empresa recuperanda. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é prescindível averiguar o momento em que o crédito é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação. Precedentes. 4. Agravo interno desprovido.
AGRAVADO	BANCO RENDIMENTO S/A		
ADVOGADO	LÉO ROSENBAUM - SP176029		
INTERES.	F. REZENDE CONSULTORIA E ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA - ADMINISTRADOR		
ADVOGADO	FREDERICO ANTÔNIO OLIVEIRA DE REZENDE - SP195329		

2) RESP 1.875.403/SP (caso idêntico envolvendo a Caixa):

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=119576351®istro_numero=201901769762&peticao_numero=202000604122&publicacao_data=20201218&formato=PDF



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgrInt no RECURSO ESPECIAL N° 1875403 - SP (2019/0176976-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
 AGRAVANTE : TOME EQUIPAMENTOS E TRANSPORTES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : TOME ENGENHARIA S.A - EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : TOME EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS E PARTICIPACOES S.A EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : SANTALUZ LOGISTICA E TRANSPORTE INTERMODAL LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : TOME EDIFICACOES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : BELA ROMA SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
 AGRAVANTE : TOME PARTICIPACOES LTDA (EM RECUPERACAO JUDICIAL)
 ADVOGADOS : PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES - SP098709
 MARCELO ALVES MUNIZ - SP293743
 AGRAVADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
 ADVOGADOS : EDISON BALDI JÚNIOR - SP206673
 MARCELA PORTELA NUNES BRAGA E OUTRO(S) - DF02992
 INTERES. : SOTREL EQUIPAMENTOS S.A EM RECUPERACAO JUDICIAL
 ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S) - SP098628

EMENTA

AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL RECUPERACAO JUDICIAL ARTIGO 49, § 3º, DA LEI 11.101/05. CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MANUTENÇÃO NÃO APENAS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE SOBRE A COISA, MAS TAMBÉM DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS.

AGRADO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

3) RESP 1.938.706/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequencial=2094482&num_registro=202003120220&data=20210916&formato=PDF

EMENTA

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.938.706 - SP (2020/03120220-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
 ADVOGADOS : ROBERTA PATRIARCA MAGALHÃES - SP219114
 ANDRESSA BORBA PIRES - SP223649
 RECORRIDO : MEDICAL LINE COMERCIO E MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
 RECORRIDO : M.L. COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
 ADVOGADO : LEONARDO LIMA CORDEIRO - SP221676
 INTERES. : KPMG CORPORATE FINANCE LTDA - ADMINISTRADOR
 OUTRO NOME : KPMG CORPORATE FINANCE S.A.
 ADVOGADO : OSANA MARIA DA ROCHA MENDONÇA - SP122930

RECURSO ESPECIAL RECUPERACAO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL DE TERCEIROS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DA REGRAS DO ART.49, § 3º, DA LFRE.

1. Incidente de impugnação à relação de credores distribuído em 24/1/2019. Recurso especial interposto em 15/4/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 3/3/2021.

2. O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir (i) se o crédito vinculado à garantia prestada por terceiros se submete aos efeitos da recuperação judicial da devedora bem como (ii) se, para não sujeição de créditos garantidos por cessão fiduciária, é necessária a inequívoca identificação do objeto da garantia.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento não satisfaça os interesses da recorrente.

4. O afastamento dos créditos de titulares de posição de proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial da devedora independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ofertado em garantia ou com a própria recuperanda. Precedente específico da Terceira Turma.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

4) RESP 1.549.529/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequential=1547570&num_registro=201303777863&data=20161028&formato=PDF

EMENTA

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.549.529 - SP (2013/03777863-)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : CAVA ECONÔMICA FEDERAL
ADVOGADOS : ROBERTO SANTANALIMA - SP16470
RECORRIDO : INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATONIOS LUTÉCIA LTDA - EM
ADVOGADOS : JOSÉ FRANCISCO GALINDO MEDINA E OUTRO(S) - SP091124
RECORRIDO : ROBERTA PATRÍCIA MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP219114
ADVOGADOS : JAIR ALBERTO CARMONA - SP027414

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/05. EXTENSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Deve ser reconhecida a possibilidade de o bem imóvel objeto de propriedade fiduciária ser originalmente vinculado ao patrimônio da recuperanda para fins de afastamento do crédito por ele garantido dos efeitos da recuperação judicial da empresa.

2. Na propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio destacado e exclusivamente destinado à realização da finalidade de sua constituição, descendo-se o cerne do instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos para o escopo do contrato.

3. O afastamento dos créditos de titulares de propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação, orientado por esse movimento que tutela a finalidade de sua constituição, independentemente da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o patrimônio recupero, simplifica o sistema de garantia e estabelece prevalência concreta da propriedade fiduciária e das condições contratuais originárias, nos termos expressos pelo art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/05.

4. Recurso especial conhecido e provido.

5) RESP 1.629.470/MS:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequential=1761532&num_registro=201600270477&data=20211217&formato=PDF

EMENTA

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.470 - MS (2016/00270477-)

RELATOR : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
RECORRENTE : ITAU UNIBANCO S.A.
ADVOGADOS : JOSE MIGUEL GARCIA MEDINA E OUTRO(S) - PR021731
RECORRIDO : RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES - PR035979
RECORRIDO : ANSELMO MOREIRA GONZALEZ E OUTRO(S) - PR248433
RECORRIDO : MATHÉLIO REZENDE DA SAMPÃO E OUTRO(S) - RJ197809
RECORRIDO : SÃO GONÇALO FARMACÊUTICO DE MEDICAMENTOS E PERFUMARIA LTDA - EM
RECORRIDO : DISTRIBUIDORA BRASIL DE MEDICAMENTOS LTDA - EM
RECORRIDO : TRANSMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARES LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
RECORRIDO : 6 F PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA - EM
ADVOGADO : RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO ALMEIDA DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - MS012353A

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO DE CRÉDITO. REGISTRO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE DE REGISTRO PARA A CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA. CREDOR NÃO SUJEITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A cessão fiduciária de título de crédito, nos termos da disciplina específica da Lei 4.728/95, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, não depende de registro em cartório de títulos e documentos para ser constituída, não se lhe aplicando a regra do art. §1º do art. 1.361 do Código Civil, regente da cessão fiduciária de coisa móvel infungível.

2. O registro da cessão fiduciária do título de crédito pode ser necessário para salvaguardar eventual direito de terceiro a quem o título de crédito seja opnível, a saber, o devedor do título de crédito cedido pela recuperanda. Não há repercussão na esfera de direitos dos demais credores, donde a irrelevância da existência do registro para o processo de recuperação.

3. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, por força do art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem à recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. Precedentes.

4. Impossibilidade "de se impor restrições à propriedade fiduciária de crédito, por não se tratar de bens de capital, segundo entendimento desta Corte Superior." (AgRg no Resp. 1.475.258-MS, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 20.2.2017).

5. Recurso especial conhecido e provido.

6) RESP 1.412.529/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequential=1452760&num_registro=201303447142&data=20160302&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.529 - SP (2013/03447142-)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
R/R/A/CÓRDÃO : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : BANCO BBM S/A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDES
RECORRIDO : RONALDO TANNURI E OUTRO(S)
ADVOGADOS : LWS COMÉRCIO E SERVIÇOS EM INFORMÁTICA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTROS
INTERES : VICENTE ROMANO SOBRINHO E OUTRO(S)
ADVOGADO : FERNANDO VIEIRA DE LUCIA E OUTRO(S)
ADVOGADO : NOBRE ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : ELIANE GONÇALVES E OUTRO(S)

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO. CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CRÉDITOS. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005, MATÉRIA PACIFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. PRETENSÃO DE SUBMETER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMÍNIO DO DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL. INSUBSTÂNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

7) RESP 1.829.641/SC:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequencial=1859554&num_registro=201902263994&data=20190905&formato=PDF

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA COMPRADORA. DESNECESSIDADE DE REGISTRO.

1. Impugnação de crédito apresentada em 27/7/2017. Recurso especial interposto em 2/10/2018. Conclusão no Gabinete em 15/8/2019.
2. O propósito recursal é definir se os créditos titularizados pela recorrente, concernentes a contrato de compra e venda com reserva de domínio celebrado com a recorrida, estão ou não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial desta.
3. Segundo o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, o crédito titularizado por proprietário em contrato de venda com reserva de domínio não se submete aos efeitos da recuperação judicial do comprador, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.
4. A manutenção da propriedade do bem objeto do contrato com o vendedor até o implemento da condição pactuada (pagamento integral do preço) não é afetada pela ausência de registro perante a serventia extrajudicial.
5. O dispositivo legal preceitua exigir, para não sujeição dos créditos detidos pelo proprietário em contrato com reserva de domínio, apenas e só somente que ele ostente tal condição (de proprietário), o que decorre da própria natureza do negócio jurídico.
6. O registro se impõe como requisito tão somente para fins de publicidade, ou seja, para que a reserva de domínio seja oponível a terceiros que possam ser prejudicados diretamente pela ausência do conhecimento da existência de tal cláusula. É o que pode ocorrer com aquele que venha a adquirir o bem cujo domínio ficou reservado a outrem (venda a *non dominio*); ou, ainda, com aqueles que pretendam a aplicação, em juízo, de medidas constritivas sobre a coisa que serve de objeto ao contrato. Todavia, a relação estabelecida entre o comprador – em recuperação judicial – e seus credores versa sobre situação distinta, pois nada foi estipulado entre eles acerca dos bens objeto do contrato em questão. Precedente específico.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

8) RESP 1.207.117/MG:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?ponente=ITA&sequencial=1463612&num_registro=201001459888&data=20151125&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.117 - MG (2010/0145988-8)

RELATOR	: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE	: ADUBOS SANTA MARIA S/A
ADVOGADO	: DANIEL SALIMENA DE CARVALHO E OUTRO(S)
RECORRIDO	: ITAU UNIBANCO S/A
ADVOGADO	: RODRIGO SERPEJANTE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

3. Em razão disso é que a norma de regência, apesar de estabelecer que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estejam sujeitos à recuperação judicial (LRE, art. 49, caput), também preconiza, nos §§ 3º e 4º do dispositivo, a denominada "trava bancária", isto é, exceções que acabam por conferir tratamento diferenciado a determinados créditos, normalmente titulados pelos bancos, afastando-os dos efeitos da recuperação, justamente visando conferir maior segurança para concessão do crédito e diminuindo o *spread* bancário.

4. O STJ possui entendimento de que "a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é sui generis, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas" (RESP 1272697/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015).

5. Na hipótese, o recorrido, credor fiduciário, apesar de não se sujeitar ao plano de reorganização, acabou sendo nele incluído, tendo o magistrado efetuado sua homologação.

6. Apesar disso, ainda que o crédito continue a figurar no plano de

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CRÉDITO FIDUCIÁRIO. INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA CRÉDITO QUE NÃO PERDE SUA CARACTERÍSTICA LEGAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE.

1. O art. 47 da Lei nº 10.696 de Falências serve como um norte a operacionalizar a recuperação judicial, sempre com vistas ao designio do instituto, que é "visibilizar 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".

recuperação judicial devidamente homologado, não se submeterá à novação efetuada nem perderá o direito de se valer da execução individual, nos termos da lei de regência, para efetivar a busca da posse dos bens de sua propriedade.

2. Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nitido intuito de conferir crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário do bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolutível e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito.

3. Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada.

4. Não se poderia cogitar que o credor fiduciário, incluído no plano de recuperação, teria, por conduta omisiva, aderido tacitamente ao quadro. E se referido credor estivesse, voluntariamente, na mesma gera, não podendo seu comportamento para fins de verificação de quorum de instalação e deliberação, nos termos do art. 39, § 1º da LF, sendo que, como sabido, uma das principais atribuições do referido colegiado é justamente o de aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor.

10. Recurso especial a que se nega provimento.

Em evento com festejado doutrinador, ilustre professor e agora advogado (<https://sobadv.com.br/marcelo-sacramone/>) Dr. Marcelo Sacramone, anos atrás, já se debateu se o proceder das empresas recuperandas afrontando a legislação seria ou não considerado ilícito dos artigos 168 e 171 da Lei 11.101/2005 (pois o Judiciário, efetivamente, se esquiva de tal análise).

Sim, pois a Lei 11.101/2005 traz uma estrutura penal para condutas ilícitas. O artigo 168 prevê pena de reclusão para quem “*Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem*” . Ora, incluir um crédito notoriamente extraconcursal (com garantia fiduciária, por exemplo) na recuperação judicial e colocar o credor a debater com escabroso lavour até o STJ a exclusão do seu crédito, seria o quê? Indiscutivelmente, um ato fraudulento!

No artigo 171, também sob pena de reclusão, há a previsão de “*Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial*” . Colocar toda a máquina judiciária para discutir um crédito sabidamente extraconcursal passa por prestar informações inverídicas ou falsas com a finalidade de induzir em erro Juiz e credores.

Portanto, faz parte da peleja que estamos debatendo fazer o Poder Judiciário ver que a recuperanda não possui direito líquido e certo de classificar os créditos à sua exclusiva vontade, e, menos ainda, com base em doutrinas (contábeis e ou financeiras) ou mesmo jurisprudência local manifestamente contrária à pacífica posição do STJ.

Como foi demonstrado anteriormente, as assertivas inventadas para que um determinado crédito deva ser cindido em parte concursal e parte extraconcursal, de acordo com a percentagem que a garantia fiduciária faz frente (ou força) quando da contratação do crédito, e/ou, se a garantia estava parte performada ou não performada na data do pedido de recuperação judicial... nada disso encontra escólio na legislação de recuperação judicial.

Ou seja, na existência de um contrato que preencha os requisitos do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, a exemplo de contrato com garantia fiduciária, a recuperanda tem o dever

legal de listá-lo como extraconcursal. Nada mais além disso! E, se desejar, prever em seu Plano de Recuperação Judicial a possibilidade de credores extraconcursais aderirem ao seu plano – que faça, para isso, uma sadia negociação quanto a esta hipótese.

Muito se criticava, no passado, o sistema das concordatas... É certo, pois era fruto de um cenário mercadológico da década de 1940. Mas o que ninguém conta (e somente sabe quem trabalhou nessa época com essa legislação) é que as negociações, legais e jurídicas, sempre existiram – a exemplo do mercado de compra e venda de créditos com risco (e isso em uma época em que se imperavam os títulos de crédito, notadamente as duplicatas mercantis). Em poucas palavras, o negociar/renegociar é inerente a qualquer situação de crise, em qualquer época, e sem que isso implicasse em qualquer ardilosa artimanha visando causar prejuízos para os bancos. Por que, agora, se tornou regra causar prejuízos aos bancos? Absolutamente, este proceder tem que ser compelido.

Enfim, deixando o passado no passado, o que merece ser destacado é que o processo recuperacional é algo complexo, mas precisa de um trato individualizado credor a credor, crédito a crédito, seguindo rigorosamente as regras do jogo.

Aliás, é este espírito que norteia a Lei 11.101/2005 e suas modificações, ou seja, a participação ativa dos credores no processo recuperacional.

Caso contrário, a recuperação judicial estaria sendo transmutada para um instrumento legal de auferimento de lucratividade sem qualquer produção/contraprestação à sociedade. Ocorre que, na prática, é isso que, infelizmente, se constata.

A recuperação judicial, tal como foi desenhada e está sendo utilizada no Brasil, mais propicia lucratividade a seus operadores do que recuperação a quem realmente está em crise. E quem paga tudo isso são os credores concursais, que se veem obrigados a “socializar” as perdas de um empresário individual sabese lá por qual motivo. E essa conta é simples de se fazer: basta vermos que um escritório, com estrutura jurídica e contábil para operacionalizar uma recuperação judicial, cobrará de 10% a 20% sobre o valor dos créditos. O administrador judicial terá um custo de até 5% sobre o valor desses créditos; custas judiciais e perícias de 3% a 4%. E não estão aqui inclusas as eventuais condenações que a recuperada tiver que pagar a título de honorários nas impugnações de crédito. Ou seja, sobre este “custo fixo” de uma recuperação judicial, bem poderia ser dado a título de des-

conto por um credor em uma negociação. Só que não; na prática, o credor tem seu crédito depreciado neste custo fixo mais um percentual que a recuperanda precisa para se recuperar (efetivamente) da crise. É um custo muito alto para os credores.

É por isso que existe o interesse inicial (quando da apresentação de uma recuperação judicial) do valor dos créditos concursais ser o maior possível – e daí a indevida inclusão, como concursal, de créditos extraconcursais.

Mas como demonstrado anteriormente, tal proceder é ilegal... e até mesmo um ilícito expressamente previsto na legislação de recuperação judicial (mas jamais tal questão, pelo que se saiba, chegou ao STJ).

Portanto, cabe aos advogados da Caixa Econômica Federal defender, além da empresa, também o Sistema Financeiro Nacional, a Constituição Federal, a Lei 11.101/2005, a Lei 9.514/97 e o Código Civil.

Conclusões

A defesa do todo aqui exposto passa não somente pela defesa da intenção do legislador pátrio contida na Lei de Recuperação Judicial e Falências, mas também do instituto da alienação ou cessão fiduciária, afinal, alienar ou ceder fiduciariamente algo significa “transferir algo com confiança”, ou seja, o devedor usufrui do bem e tem sua posse, mas o bem não é, juridicamente, de sua propriedade. É o que rezam os artigos 22 da Lei 9.514/97 (“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”) e 1.361 do Código Civil (“Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”).

Logo, sob o exclusivo enfoque da propriedade fiduciária, a recuperação judicial, em absoluto, não altera o *status jurídico* da coisa. A Lei de Recuperação Judicial e Falências não desqualifica a garantia fiduciária por qualquer motivo e nem extingue seus efeitos a partir de sua protocolização.

Só que não é isso que o Tribunal de Justiça de São Paulo está julgando (e, com todo respeito, extrapolando suas competências constitucionais e legais, criando verdadeiras novas regras no trato dos créditos extraconcursais com garantias fiduciárias).

Mas o pior é que tais malefícios ultrapassam, sempre, os limites individuais da lide em que é discutido – pois tais julgados são utilizados como precedentes para outros casos, como, por exemplo, em recuperações extrajudiciais, e até mesmo pelos administradores judiciais em seus diários labores administrativos, quando do tratamento dos créditos nas habilitações e divergências administrativas.

É por isso que instamos a todos a defender ferrenhamente o instituto das garantias fiduciárias e, especialmente, a letra do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, e, para tanto, utilizar como argumento “balístico” o artigo 5º, incisos XXII (é garantido o direito de propriedade), XXIII (a propriedade atenderá à sua função social), XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente) e LIV da Constituição Federal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). Por exemplo, a matrícula imobiliária (com o registro da garantia) é mais que o suficiente para demonstrar a existência e caracterizar o ato jurídico perfeito.

Quanto à competência, o próprio STJ já emitiu a Súmula 480 que diz que *“o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”*. Ora, bens fiduciários jamais poderão integrar o Plano de Recuperação, logo, o Judiciário não tem competência sobre eles e sobre os seus contratos (afinal, a recuperação judicial não pode ser utilizada como uma espécie de ação revisional de tais contratos, isso está além dos limites da Lei 11.101/2005).

E outra: a desapropriação dos bens (no caso, a garantia fiduciária) precisa de devido processo legal. Ou seja, de específico processo – o que não existe em uma recuperação judicial (onde, por vezes, é um parecer contábil de um assistente financeiro nominado perito do Administrador Judicial quem define que a propriedade fiduciária deve ser imediatamente devolvida para a recuperanda).

Daí, novamente, insistirmos em dizer que a situação presente é de uma verdadeira peleja jurídica, pois o que está em pauta não é a lucratividade bancária (o tal lobo mal da história), mas sim o Sistema Financeiro Nacional.

Tal engodo jurídico, em que as instituições financeiras estão sendo colocadas nas recuperações judiciais, levará, em curto prazo, ao aumento do custo financeiro dos empréstimos e financiamentos para todas, absolutamente todas as empresas do

Brasil. Sim, pois o risco de inadimplência aumenta substancialmente diante da (i) descaracterização do crédito extraconcursal para concursal (os deságios, *hair cuts*, não são hoje inferiores a 60%) e (ii) desapropriação das garantias fiduciárias (especialmente recebíveis).

Aqui, muitos leitores podem estar refletindo: mas será que é bom para a Caixa que um crédito, com garantia fraca ou esvaziada, realmente seja guerreado para ficar fora da recuperação judicial (pois é melhor receber pouco dentro da RJ do que nada fora)? A resposta já foi dada – aqui é uma questão de defender a legalidade (*dura lex sed lex*), e, dentro disso, também defender a possibilidade de o credor (Caixa) optar em aderir ao Plano de Recuperação Judicial – mas, como dito, seguindo a vontade da Caixa (credor) e não a imposição do Judiciário e/ou Recuperanda e/ou Administrador Judicial.

E como sugestão, para eventualmente ser encaminhado para os gestores (principalmente de produto), está a adequação das minutas dos contratos das operações. Realmente, é preciso fazer constar o numeral do percentual da garantia fiduciária de forma tão destacada nos contratos / TCC (Termo de Constituição de Garantia)? Não bastaria somente discriminar a garantia e seu valor de avaliação? Afinal, estamos diante de uma garantia real a prescindir de alienação/leilão/praceamento.

Outra possibilidade seria o estabelecimento de Negócio Jurídico Processual. O artigo 190 do Código de Processo Civil brasileiro permite, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, ser lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Por que não estabelecer uma cláusula, como Negócio Jurídico Processual, indicando a classificação que tal crédito/contrato terá em uma eventual/futura Recuperação Judicial? É absolutamente possível fazer isso.

Atualmente, a Coordenadoria de Recuperações Relevantes do Jurídico da Caixa, pelo menos do Jurídico Regional São Paulo (do qual este advogado faz parte), se defronta constantemente com esta questão da classificação do contrato/crédito. É possível se supor que, se (i) não houvesse a menção do percentual e (ii) houve cláusula de negócio jurídico processual prefixando a classificação do crédito em futura RJ, talvez tal questão seria mitigada, dando mais segurança jurídica para a Caixa e para a operação/contrato como um todo.

E tal como naqueles chamamentos para alistamento (a exemplo da Revolução Constitucionalista de 1932, a qual dizia “Você tem um dever a cumprir”), é o presente artigo para instigar os colegas da Caixa a refletir, e quem sabe a atuar, pela defesa jurídica dos aspectos legais e constitucionais aqui exibidos, com o objetivo de levar mais segurança jurídica às operações contratadas e à própria recuperação judicial.

Pois, ao fim e ao cabo, exigir a efetiva aplicação da lei ao caso concreto é um dever de todos nós, operadores do Direito.

Referências

CASTRO OLIVEIRA, BRUNO e IMHOFF, CRISTIANO. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Interpretada e anotada** artigo por artigo. Balneário Camboriú/SC: Booklaw Editora, 4ª Edição, 2017.

AUTORES DIVERSOS. **Revista do Advogado da AASP nº 150:** Recuperação de empresas e falência - alterações da Lei nº 14.112/2020. São Paulo/SP: AASP Editora, Junho de 2021;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.979.903/SP, prolatado em 13/11/2023;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Recurso Especial nº 1.875.403/SP, prolatado em 15/12/2020;

STJ, 3ª TURMA - Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial nº 1.938.706/SP, prolatado em 14/09/2021;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.549.529/SP, prolatado em 18/10/2016;

STJ, 2ª SEÇÃO - Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Recurso Especial nº 1.629.470/MS, prolatado em 30/11/2021;

STJ, 3ª TURMA - Relatores Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.412.529/SP, prolatado em 17/12/2015;

STJ, 3ª TURMA - Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial nº 1.829.641/SC, prolatado em 03/09/2019;

STJ, 4ª TURMA - Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 1.207.117/MG, prolatado em 10/11/2015;

STJ, 2ª SEÇÃO, Súmula 480, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012;

A constitucionalidade do sistema eleitoral proporcional de votação frente ao paradigma do estado democrático

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado.

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas.

Procurador-Geral da Câmara Municipal
de Guanhães/MG

Fernando Elias Pinto

Pós-Graduado em Direito Público
pela FADIPA/ANAMAGES.

Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC/Minas.

Pós-Graduado em Advocacia Criminal pela Escola
Superior de Advocacia/OAB-MG.

Procurador-Geral Adjunto da Câmara
Municipal de Guanhães/MG.

RESUMO

Não raras vezes, após a apuração dos resultados das eleições, percebe-se o estarrecimento do povo, pois o deputado, federal, estadual ou o vereador, mesmo sendo um dos mais votados, não consegue alcançar o direito a um assento nas Câmaras ou Assembleias. Os noticiários coletam informações dos resultados das eleições em todo o Brasil e se constata que o estarrecimento com a formação das cadeiras para deputados e vereadores se deu de maneira completamente distinta do que era a intenção do povo ao votar. Não se olvida que a grande maioria do eleitorado desconhece a fórmula usada pelo sistema proporcional, com a aplicação de quociente eleitoral e quociente partidário. O que frustra a intenção do eleitorado é verificar que o seu candidato, apesar de ser dos mais votados, não fora eleito, bem como fica incompreensível e com sensação de injustiça a constatação de que outro candidato, com votação bem inferior, ocupará uma vaga no lugar de seu escolhido e, consequentemente, será o seu representante na condução política do Estado. Tudo isso causa, além da sensação de injustiça, o descrédito cada dia mais crescente por parte do

povo para com a classe política. Deixa a entender que o cidadão não está representado e que nem mesmo o seu voto pode modificar alguma coisa. Por isso, considerando os episódios de injustiças que deixam perplexo o povo, bem como o fato de que este entende que sua representação deve partir da vontade expressa em seu voto, por ter essa garantia prevista na Constituição Federal de 1988, é que se entende dever lutar para o reconhecimento da constitucionalidade do sistema proporcional vigente no Brasil, para coadunar com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Estado Democrático. Sistema proporcional. Vontade do povo. Soberania.

ABSTRACT

It is not uncommon for the people to be shocked after the election results are announced because their federal or state deputy or city council member, even though they are one of the most voted, is unable to secure a seat in the House of Representatives or Assemblies. News reports collect information on election results from all over Brazil and it is clear that the shock at the allocation of seats for deputies and city council members was completely different from what the people intended when they voted. It is important to remember that the vast majority of voters are unaware of the formula used by the proportional system, which applies the electoral quotient and party quotient. What frustrates the voters is the fact that their candidate, despite being one of the most voted, was not elected. It is also incomprehensible and unfair to realize that another candidate, with a much lower number of votes, will occupy a seat in the place of their chosen candidate and, consequently, will be their representative in the political leadership of the State. All of this causes, in addition to the feeling of injustice, the people's growing distrust of the political class. It makes it clear that citizens are not represented and that not even their vote can change anything. Therefore, considering the episodes of injustice that leave the people perplexed, as well as the fact that they understand that their representation must be based on the will expressed in their vote, since this guarantee is provided for in the Federal Constitution of 1988, it is understood that we must fight for the recognition of the unconstitutionality of the proportional system in force in Brazil, in order to be in line with the Democratic Rule of Law.

Keywords: Democratic State. Proportional system. Will of the people. Sovereignty.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o sistema proporcional, diferentemente do que é seu ideal teórico, é falho, injusto e em descompasso com o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito não comporta o uso de fórmulas matemáticas de difícil compreensão à grande maioria do povo, retirando deste a sua vontade ao expressar o voto em determinado pleito.

Quando se pensa em eleição, os cidadãos pretendem se ver representados por aquele candidato que mais se alinha aos seus pensamentos, ideologias e programas políticos.

Pensando nisso, depositam seus votos naquele candidato que comunga com seus mesmos posicionamentos, acreditando que, com isso, possam estar representados e em estrita obediência à Constituição e às leis que disciplinam a democracia representativa indireta.

Entretanto, o sistema eleitoral não funciona como se espera, e há inúmeros casos de candidatos com votações inexpressivas que são eleitos, enquanto outros tantos, que receberam a votação de enorme parcela da sociedade, sequer conseguem alcançar uma cadeira nas Assembleias e Câmaras Municipais, pois foram retirados pelo quociente eleitoral, decorrente do sistema proporcional, manobra criada para driblar a vontade da maioria.

Se o poder emana do povo, a criação de fórmulas matemáticas não consegue disfarçar o óbvio, que é a demonstração inequívoca de que se pretende votar naquele candidato que também recebeu voto de uma grande parcela do eleitorado e, por isso, em consonância com o art. 1º da Constituição Federal, deve ser declarado eleito.

Sendo o sistema proporcional uma fórmula para retirar a decisão da maioria, por conseguinte, está em descompasso com as diretrizes da Constituição Federal, devendo sua inconstitucionalidade ser reconhecida e implantado novo sistema que resulte na eleição de acordo com a vontade do povo. Isso, sim, é respeitar a soberania popular.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

1 O direito fundamental de votar e ser votado

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 701), os direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado, sendo que o direito ao voto é a afirmação da soberania popular, o que levou o legislador constituinte a elevar os direitos políticos à categoria de direito fundamental do cidadão, merecedor de máxima efetividade possível pelos Poderes da República no exercício de suas atribuições constitucionais.

Para José Jairo Gomes (2016, p. 101) “denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar diretamente ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”.

Já Ferreira Pinto (1989, p. 288-289) adverte que os direitos políticos nada mais são do que as prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e no comando do governo, sendo que tais prerrogativas estão previstas na Constituição Cidadã de 1988, a qual disciplina um conjunto sistemático de normas respeitantes à atuação da soberania popular.

O artigo 14 da Constituição da República de 1988 estatui que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo, iniciativa popular.

Segundo Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão (2016, p. 114), na obra “Novos Paradigmas do Direito Eleitoral”, “o princípio da soberania popular é corolário do princípio democrático. Subjacente à noção de soberania popular está o fato de que todo o poder emana do povo”, único capacitado a legitimar a nomeação de seus representantes.

Insta destacar que o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também disciplina sobre os direitos políticos, estabelecendo que:

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A von-

tade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto. (Grifos).

O artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil pelo Decreto-Legislativo nº 226/91 e sancionado pelo Chefe do Estado brasileiro pelo Decreto nº 592/92 tem previsão no mesmo sentido. Veja-se:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: (...) *de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores (...).*

José Jairo Gomes (2016, p. 9), ao comentar sobre o capítulo da Constituição de 1988 que dispõe sobre “Os Direitos e Garantias Fundamentais”, defende que os direitos fundamentais englobam quatro modalidades, quais sejam: I) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); II) direitos sociais (artigos 6 a 11); III) nacionalidade (artigos 12 a 13) e IV) direitos políticos (artigos 14 a 17), podendo-se concluir “que os direitos políticos situam-se entre os direitos fundamentais” do cidadão, sendo garantido a este o direito de participar do processo eleitoral, elegendo ou sendo eleito para o exercício de cargo público.

Em decorrência da relevância dos direitos políticos, aqui incluídos o direito de votar, o direito de ser votado, o direito de participação por meio de plebiscito, o direito ao referendo e iniciativas populares e demais direitos indispensáveis para a efetividade dos direitos políticos assegurados pelo legislador constitucional não pode ser restringido por uma norma infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade material.

Mesmo assim, há várias normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro de duvidosa constitucionalidade, como é o caso da Lei Complementar nº 64, de 18 de maior de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 2010, também denominada como “Lei da Ficha Limpa”, as quais acabaram restringindo, significativamente, os direitos políticos de hierarquia constitucional.

Vale transcrever trecho do voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Medida Cautelar na ADI nº 6678 MC/DF, onde o Ministro destaca que a suspensão dos direitos políticos constitui exceção no sistema constitucional pátrio, ou seja, deve ser adotada somente em caso graves. Vejamos:

(...) A limitação é relevante e coerente com o sistema de direitos e garantias fundamentais estabelecido com a Constituição de 1988. O Constituinte, diante do passado ditatorial, esmerou-se em assegurar e potencializar a plena participação política dos cidadãos. As exceções foram taxativamente abordadas, de modo que a regra seja o pleno exercício dos direitos políticos. É eloquente, nesse sentido, que o artigo 15 preveja que a suspensão de direitos políticos "só se dará nos casos de (...) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º". A par desse aspecto, diversamente das condenações criminais, o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal, impõe que, relativamente aos atos de improbidade administrativa, a suspensão dos direitos políticos deve observar os parâmetros do art. 37, § 4º, também da Lei Maior. Esse dispositivo, por sua vez, prevê que as penalidades aplicáveis aos agentes responsáveis por atos de improbidade administrativa, dentre elas expressamente a suspensão dos direitos políticos, devem ser aplicadas "na forma e gradação previstas em lei". Infere-se, portanto, a existência de dois parâmetros constitucionais relevantes para conformação do tema pelo legislador ordinário: (1) a suspensão dos direitos políticos constitui exceção no sistema constitucional pátrio; (2) a suspensão dos direitos políticos, enquanto penalidade aplicada em virtude da prática de atos de improbidade, deve ser objeto de gradação pelo legislador.

Ora, considerando que as normas constitucionais estão no ápice do sistema jurídico brasileiro, não pode o legislador infraconstitucional restringir o direito ao sufrágio, consistente no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado, sob pena de a norma criada ser classificada como altamente inconstitucional.

2 Sistema majoritário e sistema proporcional

A Constituição Federal de 1988 traz em seu primeiro artigo, destacado em seu parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Em um sistema democrático, sempre haverá um conjunto de regras a regulamentarem a representatividade do povo.

O conceituado jurista José Afonso da Silva (2008, p. 368) nos ensina que sistema eleitoral é “o conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinados a organizar a representação do povo no território nacional”.

No Brasil, vigem os dois sistemas eleitorais, o majoritário e o sistema proporcional.

O sistema majoritário é definido como aquele em que se computam os votos válidos recebidos pelo candidato, de forma direta. É o sistema legal determinado para a eleição aos cargos do Poder Executivo e do Senado Federal.

Em tal sistema, pode haver classificação de maioria simples, em que se pode alcançar a maioria dos votos válidos para se tornar eleito; ou maioria absoluta, quando há a necessidade de votação em dois turnos, elegendo-se aquele que obteve pelo menos a metade, mais um, dos votos válidos.

No que se refere ao sistema proporcional, de modo sucinto e direcionado à forma como é aplicado nas eleições de vereadores e deputados (distrital, estadual e federal), apuram-se os votos recebidos pelos partidos e coligações, e o preenchimento das vagas é destinado aos candidatos que obtiveram o maior número de votos, limitado ao número de cadeiras a serem ocupadas de acordo com o quociente eleitoral.

O quociente eleitoral se dá da seguinte forma: faz-se uma divisão do número de votos válidos apurados pelo número de cadeiras existentes para o cargo de vereadores e de deputados.

Também é observado o quociente partidário, que é o resultado do número de votos válidos obtidos, pelo partido isolado ou pela coligação, dividido pelo quociente eleitoral. O saldo da conta corresponde ao número de cadeiras a serem ocupadas.

A título de exemplo, se em determinado município apurou-se que teve dez mil votos válidos e dez vagas para vereadores, o quociente eleitoral que um partido precisa obter para conseguir uma vaga será de pelo menos mil votos. Se o partido, somando a votação tanto na legenda quanto nominalmente aos candida-

tos, atinge mais de mil votos, ele terá direito a uma cadeira; se obtiver dois mil votos, dará direito a duas cadeiras. Apenas para complementação de informação, caso o partido tenha obtido mil e seiscentos votos, ainda assim restará apenas uma vaga, pois se arredonda para menos.

O sistema proporcional, conforme se percebe, privilegia o voto na legenda, em contraposição à pessoa do candidato em si.

Por isso, é enorme o debate sobre qual sistema realmente é que mais abraça a vontade externada pelo povo nas eleições, havendo posicionamento extenso entendendo ser inconstitucional o sistema proporcional adotado no Brasil.

2.1 Introdução do sistema proporcional no Brasil

Historicamente, o sistema eleitoral proporcional foi instituído legalmente no Brasil no Código Eleitoral de 1932, Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. No mesmo diploma fora criada a Justiça Eleitoral, responsável por todo o processo eleitoral, fixou-se definitivamente o voto secreto e a possibilidade do voto feminino.

Mal nasceu e perdeu a vigência com a imposição do Estado Novo pelo então presidente Getúlio Vargas. Outorgada a Constituição de 1937, a “polaca”, ficou extinta a Justiça Eleitoral, bem como os partidos políticos até então existentes, foram suspensas as eleições livres e se estabeleceu eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos. Não houve eleições no Brasil.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização, em 1945, o Decreto nº 7686, conhecido como Lei Agamenon, o sistema proporcional foi reintroduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

Há correntes que defendem o sistema proporcional, entendendo-o como uma forma capaz de conferir maior amplitude de representação, possibilitando a participação de mais setores e correntes.

Nesta esteira, é válido trazer o entendimento de José Jairo Gomes, a seguir colacionado:

O sistema proporcional foi concebido para refletir os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social. Por ele, são distribuídos entre os múltiplos partidos políticos as vagas existentes na Casa Legislativa, tornando equânime o exercício do poder e, principalmente, ensejando a represen-

tação política de todos os segmentos sociais, especialmente os minoritários.

Por isso, esse sistema não considera somente o número de votos atribuídos individualmente ao candidato, como ocorre no sistema majoritário, mas também os endereçados à agremiação. Pretende-se assegurar a presença no Parlamento do maior número de segmentos, grupos e correntes presentes na população. Daí dizer-se que a diversidade e a pluralidade constituem sua razão essencial.

No sistema proporcional, o ideal é que haja um ótimo grau de correspondência entre as preferências manifestadas nas urnas pelos eleitores e a distribuição de poder entre as diversas correntes de pensamento e agremiações políticas que lhes representam. De sorte que o Parlamento torne-se um espelho tão fiel quanto possível da coloração partidária nacional. Nisso, aliás, consiste a ideia de representatividade democrática.¹

Noutro giro, há contundentes críticas ao sistema proporcional, principalmente quando se constata nas eleições que candidatos com votação expressiva acabam por serem os “puxadores de voto” e promovem a eleição de outros com votação às vezes ínfima.

Também é digno de registro o fato de que os eleitores, por desconhecerem o sistema eleitoral, acabam sendo enganados, pois o voto dado não é por vezes útil ao candidato por ele escondido.

A lição de Rodolfo Viana Pereira e Lucas de Oliveira Gelape serve para ilustrar a oposição ao sistema proporcional, conforme colacionamos a seguir:

Tais problemas se agravam a partir do momento em que o eleitor desconhece o funcionamento do sistema eleitoral proporcional de lista aberta, confundindo-o com um sistema majoritário. Com a campanha centrada no candidato, o eleitor pode ter a ilusão de que os candidatos mais votados serão necessariamente os eleitos, ou ainda de que o seu voto irá unicamente para o partido de sua preferência e não para outro dos partidos da colig-

¹ GOMES, José Jairo. Em defesa do sistema proporcional. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/25/em-defesa-do-sistema-proporcional-2/>, acessado em 28 de fevereiro de 2023.

gação. Ou seja, os eleitores podem ser ludibriados a pensar que seu voto possui um destinatário, quando, na verdade, a regra é a transferência do voto para o(s) candidato(s) mais votado(s) do partido ou da coligação.

Outro problema frequentemente apontado é o fato de a lista aberta incentivar a competição intrapartidária, muitas vezes em detrimento das disputas entre candidatos de diferentes partidos.²

Corroborando o entendimento contrário ao sistema proporcional, eis os argumentos trazidos por Renato Ruas de Almeida:

A grosso modo, o voto proporcional é unipessoal, isto é, dado a candidato de determinado partido político, sendo computados todos os votos recebidos pela legenda para a verificação final do número de eleitos que está relacionado ao atingimento tantas vezes do quociente eleitoral como resultado da divisão dos votos válidos com a quantidade de vagas disponíveis.

Portanto, a eleição do candidato votado é complexa e depende de vários fatores, tornando a relação entre eleitor e eleito bastante difusa e dispersa.

Por outro lado, trata-se de uma eleição bastante personalizada pelo candidato e o partido político torna-se entidade enfraquecida, servindo quase que exclusivamente para abrigar o candidato, sem exigir dele maiores compromissos programáticos, daí a recorrente fragmentação partidária.³

Há ainda quem sustente que o sistema proporcional é o culpado pela criação de inúmeros partidos políticos e, como se percebe, a fidelidade ideológica e política dos candidatos aos partidos é quase inexistente.

Nas palavras de Miguel Reale (1959, p. 21), o sistema proporcional ocasiona o “multiplicar-se desmedido dos partidos

² PEREIRA, Rodolfo Viana. GELAPE, Lucas de Oliveira. Anacronismo do sistema proporcional de lista aberta no Brasil. Ocaso das razões originárias de sua adoção. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p261.pdf.

³ ALMEIDA, Renato Ruas. Voto proporcional é causa da disfunção do sistema político brasileiro. 25 de maio de 2020, 11h06. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/renato-almeida-problema-voto-proporcional-brasil>. Acessado em 28 de fevereiro de 2023.

políticos, com o gravame de uma carência quase absoluta de substância doutrinária”.

Dessa forma, em que pesem os entendimentos contrários e longe de se ter uma solução ideal e unânime, acreditamos na inviabilidade e na inconstitucionalidade da manutenção do sistema proporcional, tal como vigente na legislação brasileira.

3 A inconstitucionalidade do sistema eleitoral proporcional de votação frente ao paradigma do estado democrático

Em toda eleição proporcional (vereador, deputado estadual, distrital e federal), é notificado pelas mídias sociais e veículos de imprensa que vários candidatos tiveram expressiva votação, todavia não conseguiram ser eleitos.

Ora, a soberania popular sufragada nas urnas deve ser respeitada e preservada pelos Poderes da República, podendo ser afastada somente como medida de *ultima ratio*. Assim, considerando que o candidato obteve a maioria dos votos somente em casos gravíssimos é que a vontade do eleitorado pode ser afastada. Do contrário, sempre deve permanecer a escolha manifestada nas urnas em homenagem ao princípio da soberania popular. Com isso, a soberania popular deve ser preservada, conforme reflexões de Ruy Samuel Espíndola:

(...) é preciso construirmos doutrina que demonstre que o Judiciário Eleitoral, ao exercer função contramajoritária em face de escolhas políticas das urnas, deve fazê-lo aplicando leis justas e proporcionais, mediante procedimentos judiciais e hermenêuticos que prestigiem a ideia de um justo processo eleitoral, que preserve a soberania popular em sua inteireza, como vontade dos eleitores, dos candidatos e dos partidos políticos, sem inclinar a balança, desproporcionalmente para qualquer desses titulares de liberdades políticas, ou pior, contra todos, ao argumento retórico e fictício de anular a vontade popular para protegê-la.

Nessa perspectiva, não podemos aceitar que se produzam leis eleitorais açodadas, justiceiras e iracionais, despidas de boa técnica jurídica e constitucionalidade, como a lei ficha limpa.⁴ Não

⁴ Indicamos, sobre a (In)constitucionalidade da Lei Ficha Limpa, nossos artigos sobre o assunto, em termos crítico-reflexivos: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente

podemos admitir que o apelo plebiscitário e midiático “das ruas” substitua, com sua passionalidade e moralidade, as exigências de racionalidade e constitucionalidade impostas pela Constituição a todos os poderes sociais e estatais da República. (ESPÍDOLA, 2013, p. 109)

O doutrinador Néviton de Oliveira Batista Guedes faz duras críticas à tentativa de substituição da vontade dos eleitores manifestada nas urnas e à infantilização do eleitor atualmente vivenciada no direito brasileiro:

Quem bem observar o Direito Eleitoral em nosso país irá concluir que, por trás de uma retórica de sacralização do eleitor, o que se vem verificando desde sempre é uma enorme desconfiança com a sua capacidade de proceder à melhor escolha possível. Essa desconfiança, por óbvio, não se pode manifestar abertamente por autoridades públicas, porquanto absolutamente contrária aos desígnios da nossa democrática Constituição de 1988. Mas, fora dos acontecimentos oficiais, escuta-se aqui e ali que uma intervenção judicial nas eleições é benéfica para o Brasil, pois o eleitor não sabe votar.

Outras formas de poder (teocracia, monarquia, aristocracia, ditadura) prometem exercer o domínio através de indivíduos especialmente qualificados (santos, homens ungidos por Deus, guerreiros, sábios e outros indivíduos com qualidades da mesma extraordinária estatura). A democracia não. Ela se contenta e promete exercer o poder através do “*ordinary man*”, ou seja, seu funcionamento baseia-se na intelectualidade e na moral do homem comum, ou no dizer, de Ulrich Preuâ, a democracia, diversamente dos demais sistemas de domínio, sustenta humildemente o seu funcionamento na mediocridade do ser humano (*Durchschnittlichkeit der menschen*).

correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Lei Ficha Limpa estadual e suas inconstitucionalidades. O caso de Santa Catarina. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011. Disponível em: Acesso em: 23 out. 2011. STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: Até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da Lei Ficha Limpa. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em:

A democracia, ao contrário, pressupõe a humildade de confiar o poder, como já se disse, à Sua Excelência, ao eleitor, ou seja, ao cidadão comum. Nela, certamente, todos também têm a expectativa de que, ao final, o poder seja entregue aos melhores capacitados na sociedade, mas isso não é o fundamental para que a escolha seja considerada funcional no regime democrático. O que importa é que, disputando-se as eleições com máximo de igualdade e liberdade, os cidadãos, os homens comuns, em sua maioria, tenham a palavra final.

Aqueles que buscam e esperam, com a institucionalização de filtros e controles cada vez mais sofisticados, a segurança de que a democracia ou qualquer outro regime possa oferecer a certeza dos melhores, desconhecem a natureza das instituições humanas.

Nenhuma instituição humana pode pretender a perfeição do governo das coisas e dos homens. Ninguém o conseguiu: nem o partido único do regime burocrático - socialista, nem o *Reich* dos mil anos de Hitler, nem o rei filósofo de Platão. Suspeito que o Poder Judiciário, no Brasil, também não o conseguirá.

Aliás, onde essa ideia de perfeição e pureza nos negócios humanos foi levada muito a sério desaguou-se em ditaduras e totalitarismo. Na sua esplêndida obra, *A sociedade aberta e seus inimigos*, a tônica de Karl Popper é a de demonstrar que todo aquele que, cuidando de organizar o poder, anuncia a perfeição na terra dos homens acaba entregando autocracia ou totalitarismo de algum gênero.⁵

Em respeito ao princípio constitucional da soberania popular, que funciona como baliza de sustentação do Estado Democrático de Direito, deve prevalecer o que o eleitorado manifestou nas urnas, não sendo razoável um candidato que obteve poucos votos ser declarado eleito.

O sistema proporcional de votação está previsto na Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, o qual institui Código Eleitoral, em seus artigos 105 a 113, que prevê como deve ser aplicado o sistema

⁵ As eleições municipais e o processo de democracia, Revista Consultor Jurídico, 17 de setembro de 2012, coluna "Constituição e Poder".

proporcional de votos nas eleições. Entretanto, este sistema está em descompasso com as diretrizes fixadas pela Constituição da República de 1988, por conseguinte, tais dispositivos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, até porque é uma afronta ao princípio da soberania popular.

Muitas vezes deparamos com o comentário de que o brasileiro escolhe mal seus representantes. Entretanto, em se tratando de eleição para a escolha dos representantes no legislativo municipal, estadual, distrital e federal, na maioria das vezes não prevalece a vontade do eleitor externada nas urnas, visto que, rotineiramente, parlamentares são eleitos com poucos votos, ao passo que outros mais votados sequer ficam como suplentes, restando afastada a vontade do eleitorado em detrimento da vontade dos partidos políticos.

A título de exemplo, podemos citar a candidata Luciana Genro, do PSOL, que em 2010 foi a oitava deputada mais votada do Estado do Rio Grande do Sul. No entanto, não ocupou uma das 31 vagas destinada ao seu Estado no Congresso Nacional, o que comprova que a vontade do eleitor externada nas urnas não está sendo preservada.

Da mesma forma, pode-se citar o exemplo de Dante de Oliveira, concorrendo a uma vaga para deputado federal pelo PDT no Estado do Mato Grosso, nas eleições de 1990, foi o candidato mais votado, porém não foi eleito em razão de o partido não ter obtido o quociente eleitoral.

Também no Mato Grosso, o feito se repetiu nas eleições de 2022, quando Rosa Neide, candidata a deputada federal pelo PT, obteve a maior votação e não foi reeleita.

Voltando a falar sobre o citado caso de Dante de Oliveira, chama atenção o fato de que o político mais votado para deputado federal e não eleito, nas eleições municipais seguintes à "derrota", no ano de 1992, fora eleito para prefeito de Cuiabá e posteriormente eleito reeleito como governador do Mato Grosso, nas eleições de 1994 e de 1998. Ainda, em 1997 desligou-se do PDT, e sua reeleição como governador se deu pelo PSDB.

Tudo isso evidencia que as eleições de 1990 são um retrato do desrespeito à vontade do povo, causado pelo sistema proporcional, pois as eleições seguintes demonstraram que o político Dante de Oliveira representava o anseio popular. E, mais ainda, a troca de partido ocorrida em nada modificou a representatividade do político, pois mesmo saindo do PDT e indo para o PSDB, houve a reeleição para governador de Mato Grosso.

Vale registrar que o Sistema Democrático brasileiro está previsto no artigo 1º da Constituição de 1988, estando consignado que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Acontece que o sistema proporcional de votação, rotineiramente, afasta a vontade emanada pelo eleitorado nas urnas, o que é um atentado à democracia, bem como à soberania popular, por conseguinte, está em descompasso com as diretrizes fixadas pelo legislador constituinte.

O afastamento da vontade manifestada pelo eleitorado nas eleições é um atentado ao Estado Democrático de Direito, restando enfraquecida a vontade almejada pelo legislador, em que deve ser preservada a manifestação da maioria, isto é, pelo sufrágio universal.

Sobre o direito constitucional de sufrágio vale transcrever os ensinamentos de Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 235), para quem

O *direito de sufrágio* é a própria essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger, ser eleito e, de uma forma geral, participar da vida política do Estado. O *sufrágio* – direito político em si – não se confunde com o *voto* – exercício desse direito –, e com o *escrutínio*, que é o modo como o exercício se realiza. A Constituição consagra como cláusula pétreia o voto direto, a *periodicidade das eleições*, o *sufrágio universal* e o *escrutínio secreto* (CF, art. 60, § 4º, II).

O direito de sufrágio adotado pela Constituição de 1988 se caracteriza pela possibilidade de todo cidadão votar e ser votado, independentemente de distinções quanto à classe social ou econômica, quanto ao sexo ou quanto à capacidade intelectual. A existência de requisitos como o alistamento eleitoral, a nacionalidade e a idade mínima, não afasta a universalidade do sufrágio.

O artigo 14 da Constituição Republicana de 1988 estatui que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo, iniciativa popular.

Dessa forma, aquele que recebeu menos votos nas eleições para o Poder Legislativo não está legitimado a ser o verdadeiro representante, visto que está sendo afastada a vontade do eleitorado nas urnas.

Ora, em decorrência da relevância do direito de sufrágio, consistente no direito de votar, de ser votado e participar da tomada das decisões, devem todos os Poderes da República, inclusive o Poder Judiciário, dentro de suas competências constitucionais, conferir máxima efetividade ao direito de sufrágio.

Com isso, entende-se que a Suprema Corte deve declarar como não recepcionados os artigos 105 a 113 do Código Eleitoral que disciplina sobre o sistema proporcional de votação.

Conclusão

Diante das razões apresentadas neste estudo, conclui-se que o sistema proporcional adotado no Direito Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e se apresenta contrário ao Estado Democrático de Direito.

Ao se permitir que o resultado de eleições para deputados e vereadores seja atrelado a uma fórmula matemática e não em respeito à vontade do povo expresso nas urnas, há uma infração inegável ao disposto na Constituição da República de 1988, principalmente no que diz o art. 1º, parágrafo único, o qual consigna que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

O sistema proporcional, iniciado pelo Código Eleitoral de 1932 e introduzido definitivamente no ordenamento jurídico eleitoral após a Lei Agamenon de 1945, longe da retórica de sua criação como mecanismo de dar voz a minorias, não encontra espaço no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Carta Magna vigente.

O que se vê atualmente é que, pelo sistema proporcional muitos políticos ligados a um partido já forte e devidamente representados são eleitos sem ter uma votação que demonstre serem eles representantes de alguma parcela da sociedade.

A proliferação de partidos políticos, fruto do sistema proporcional, faz encarecer todo o sistema eleitoral, revelando-se, não como forma de agremiação de candidatos com o mesmo propósito, e sim, como uma forma de favorecimento de parte de políticos que administram fundos partidários de elevados valores.

Chega a ser estarrecedor ver políticos que realmente representam grande parte da sociedade ou de um grupo ser alijado

da cadeira para a qual teve expressiva votação por conta de uma simples fórmula matemática utilizada pelo sistema proporcional.

Por isso é que se defende o entendimento de que o sistema proporcional é inconstitucional, contrário ao Estado Democrático de Direito, devendo ser reconhecido como não recepcionado pela CRB/88, em obediência à soberania popular e na máxima de que todo o poder emana do povo.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 32. ed. rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 29 ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2016.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica.** Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul de Fato e de Direito | Ano III – Nº 7 – JUL/DEZ 2013.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989.
- FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral Belo Horizonte:** Fórum, 2016.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 12. ed. São Paulo, Atlas, 2016.
- GOMES, José Jairo. **Em defesa do sistema proporcional.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/25/em-defesa-do-sistema-proporcional-2/>, acessado em 28 de fevereiro de 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Constituição Federal para concursos.** 12 ed., Editora JusPodivm, 2020.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. GELAPE, Lucas de Oliveira. **Anacronismo do sistema proporcional de lista aberta no Brasil.** Ocaso das razões originárias de sua adoção. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p261.pdf.
- REALE, Miguel. **O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2014.

ticos, Belo Horizonte, n. 7, p. 9-44,
nov. 1959.

SILVA, José Afonso da. **Curso de
Direito Constitucional Positivo.**
30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Desjudicialização na recuperação judicial: caminhos para a eficiência e rapidez na solução de conflitos empresariais

Marcos Delli Ribeiro Rodrigues

Doutorando em Direito - Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, pela Universidade de Marília/SP.

Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável, pela Universidade Cruzeiro do Sul.

Especialista em Processo Civil pela Universidade Potiguar.

Pesquisador e escritor em Direito, Economia e Desenvolvimento

Bruna Paula da Costa Ribeiro

Mestranda em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul.

Pesquisadora em Direito, Economia e Desenvolvimento, Créditos de Carbono.

Natália Ribeiro Linhares

Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas Faculdades Integradas de Patos.

Mestranda em Direito Ambiental e Sociedade pela Universidade de Caxias do Sul.

RESUMO

A desjudicialização na recuperação judicial é uma resposta à necessidade de métodos mais ágeis e eficientes para resolver conflitos, dado o volume de processos no Judiciário brasileiro. A Lei nº 11.101/2005, com a atualização da Lei nº 14.112/2020, trouxe mecanismos extrajudiciais, como mediação, conciliação e arbitragem para facilitar a reestruturação de empresas em crise, mantendo empregos e protegendo os credores. Este estudo, a partir de análise bibliográfica e casos práticos, como a recuperação da Oi S.A., avalia os benefícios e desafios desses métodos. A metodologia revisou dispositivos legais e doutrinários que embasam o uso

de mecanismos extrajudiciais no Direito empresarial brasileiro. A desjudicialização mostrou-se fundamental para reduzir a sobrecarga judicial, proporcionando soluções mais rápidas e eficazes para as empresas em crise e contribuindo para maior eficiência no sistema jurídico.

Palavras-Chave: Desjudicialização. Recuperação judicial. Meios extrajudiciais. Descongestionamento judicial

ABSTRACT

Dejudicialization in judicial recovery is a response to the need for more agile and efficient methods to resolve conflicts, given the volume of cases in the Brazilian Judiciary. Law No. 11,101/2005, with the update of Law No. 14,112/2020, introduced extrajudicial mechanisms such as mediation, conciliation and arbitration to facilitate the restructuring of companies in crisis, maintaining jobs and protecting creditors. This study, based on bibliographical analysis and practical cases, such as the recovery of Oi S.A., evaluates the benefits and challenges of these methods. The methodology reviewed legal and doctrinal provisions that support the use of extrajudicial mechanisms in Brazilian business law. Dejudicialization proved to be essential to reduce judicial overload, providing faster and more effective solutions for companies in crisis and contributing to greater efficiency in the legal system.

Keywords: Dejudicialization. Judicial recovery. Extra-judicial means. Judicial decongestion arbitration

Introdução

A desjudicialização é uma abordagem que visa diminuir a intervenção direta do Poder Judiciário em determinados conflitos, incentivando o uso de métodos alternativos de resolução de disputas, como mediação, conciliação e arbitragem. Esses mecanismos buscam oferecer soluções mais rápidas, eficientes e menos onerosas, especialmente em cenários de alta complexidade, como a recuperação judicial de empresas. No Brasil, essa tendência ganhou força nos últimos anos, com o objetivo de aliviar a sobrecarga do Judiciário e atender de forma mais eficaz às necessidades das partes envolvidas.

A recuperação judicial é um procedimento que permite que empresas em dificuldades financeiras renegociem suas dívidas com credores, com a supervisão do Judiciário, visando à conti-

nuidade das atividades empresariais e à preservação dos empregos. Já a recuperação extrajudicial, também prevista pela Lei nº 11.101/2005, permite que a empresa negocie diretamente com os credores sem a necessidade de um processo judicial formal, desde que um acordo seja homologado. Esses mecanismos são essenciais para empresas que enfrentam crises, mas que ainda possuem viabilidade econômica e desejam evitar a falência. Aliás, essa possibilidade, tal como ocorre em relação às pessoas físicas – nos processos de superendividamento –, visa justamente à preservação de uma conjuntura de sustentabilidade econômica e social no ecossistema brasileiro.

Com a alta litigiosidade e a consequente sobrecarga do Judiciário, mecanismos extrajudiciais começaram a ganhar destaque como alternativas mais ágeis. A introdução da Lei nº 11.101/2005, a qual regulamenta a recuperação judicial e extrajudicial, representou um marco importante, criando um ambiente mais favorável à reestruturação de empresas em crise.

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação dos mecanismos de desjudicialização no âmbito da recuperação judicial, investigando como esses métodos podem contribuir para a eficiência e rapidez na resolução de conflitos empresariais. Além disso, busca-se verificar os principais desafios e as vantagens da adoção de tais mecanismos, com foco na sua aplicabilidade prática e nos impactos para o sistema jurídico e empresarial brasileiro.

A justificativa para este estudo reside na necessidade premente de soluções mais céleres e eficazes para lidar com o crescente número de processos empresariais que sobrecarregam o Judiciário. A desjudicialização oferece alternativas viáveis para a resolução desses conflitos, fazendo com que as empresas em crise econômica tenham a oportunidade de se reestruturar sem depender exclusivamente do sistema judicial. Além disso, o tema é de extrema relevância para a continuidade das atividades empresariais, a preservação de empregos e a manutenção da função social das empresas. Deste modo, a problemática central desta pesquisa gira em torno da seguinte questão: Como os mecanismos extrajudiciais podem ser aplicados de forma eficaz no contexto da recuperação judicial e quais são os principais obstáculos à sua implementação ampla no Brasil?

A metodologia adotada neste artigo é uma revisão bibliográfica, com base em fontes acadêmicas, jurídicas e práticas, incluindo artigos científicos, livros e análises de casos específicos, como o da Oi S.A. A revisão permitiu uma análise aprofundada

dos dispositivos legais que embasam o uso de mecanismos extrajudiciais e sua aplicabilidade no contexto da recuperação judicial.

Feito esse recorte analítico e acadêmico, é preciso salientar que as empresas recorrem à recuperação judicial ou extrajudicial quando enfrentam graves dificuldades financeiras, mas ainda têm potencial para se reestruturar. O processo é indicado para empresas que buscam proteger suas operações, manter empregos e renegociar dívidas com credores, em vez de encerrar suas atividades. A escolha entre recuperação judicial ou extrajudicial depende da gravidade da crise enfrentada pela empresa e da complexidade das negociações necessárias para sua reestruturação. Esses procedimentos oferecem uma oportunidade para que as empresas superem seus desafios financeiros e continuem operando no mercado. Neste cenário, de busca de estabilidade sistêmica, também se prestigia o bem-estar social.

A estrutura do presente artigo organiza-se de forma a proporcionar uma análise sobre o tema em questão. Inicialmente, a introdução oferecerá uma contextualização precisa da temática, seguida por uma exposição fundamentada sobre os conceitos teóricos que envolvem a desjudicialização no âmbito da recuperação judicial. Em sequência, serão discutidos, de maneira crítica, os principais mecanismos extrajudiciais aplicáveis, como mediação, conciliação e arbitragem, com uma ênfase especial em seus impactos no cenário empresarial contemporâneo. Posteriormente, a investigação se aprofundará nos desafios inerentes à implementação desses mecanismos e nas perspectivas futuras da desjudicialização no Brasil, destacando os obstáculos e as oportunidades que se apresentam no contexto jurídico nacional. Por fim, as considerações finais sintetizarão os principais pontos abordados ao longo da pesquisa, ressaltando a importância do tema e o potencial transformador da desjudicialização para a eficiência do sistema jurídico brasileiro.

1 Fundamentos da desjudicialização no contexto da recuperação judicial

A desjudicialização é um conceito relativamente novo no Direito brasileiro, mas que possui raízes profundas em uma tendência global de busca por métodos alternativos de resolução de conflitos. Historicamente, o sistema jurídico brasileiro, muito influenciado pelo modelo romano germânico, sempre privilegiou a intervenção estatal como a principal via de resolução de

disputas. Holston (1991, p. 695) diz que o sistema jurídico brasileiro “não tem como finalidade resolver de maneira equitativa os conflitos de terra, nem determinar seus méritos legais por meio de julgamento”.

Entretanto, a partir do final do século XX, com o aumento exponencial da litigiosidade e a consequente sobrecarga do Poder Judiciário, a desburocratização começou a emergir como uma resposta necessária e eficaz. Esse conceito se refere ao deslocamento de determinadas competências tradicionalmente judiciais para outras esferas, sejam elas administrativas ou privadas, buscando maior eficiência e celeridade na resolução de questões legais, especialmente em contextos corporativos, como a recuperação judicial (Dutra e Jayme, 2021, p. 343).

No campo empresarial, a desjudicialização ganhou destaque com a reforma da Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (Brasil, 2005, p. 15). Em seu artigo 47, há o estabelecimento de que o principal objetivo da recuperação judicial é possibilitar a superação da crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor, permitindo a continuidade de sua operação produtiva.

Com isso, busca-se assegurar a preservação dos empregos dos trabalhadores, proteger os interesses dos credores e garantir a manutenção da empresa, de forma a cumprir sua função social e fomentar a atividade econômica, beneficiando, assim, todos os envolvidos no processo (Brasil, 2005, p. 15).

O foco sistêmico, conforme destacam Lopes e Farias (2020, p. 106), é salutar e contribui para com a visibilidade do país, em termos de atração de investimentos. É o que denominamos “risco Brasil”, uma vitrine onde é necessário que seja efetivado o conceito de crescimento sustentável – o qual, em suma, significa crescer com segurança; com solidez; com estabilidade macrossistêmica.

A lei brasileira, embora seja dotada de mecanismos como a recuperação extrajudicial, ainda depende em grande medida do processo judicial, o que pode representar uma barreira para a celeridade e efetividade do processo de recuperação. Nesse contexto, as ferramentas extrajudiciais aparecem como uma alternativa para superar as limitações da recuperação judicial tradicional, oferecendo soluções mais rápidas e menos onerosas para as empresas em dificuldades. À época da promulgação da lei de regulamentação da recuperação judicial, Pimenta (2006, p. 160) descreve a implementação como um momento de grande ex-

pectativa, representando uma mudança significativa em relação ao antigo sistema de concordata.

A sobrecarga do Judiciário é um problema crônico no Brasil. Em 2023, o Judiciário brasileiro lidou com a tramitação de aproximadamente 84 milhões de processos, com 35 milhões de novos casos registrados apenas nesse ano, representando um aumento de quase 9,5% em relação a 2022, segundo números divulgados no “Relatório Justiça em Números 2024”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2024, p. 18). Deste enorme montante de processos, uma parte significativa se referia a disputas empresariais e de insolvência.

Tal cenário revela a necessidade urgente de mecanismos que aliviem o Judiciário, fazendo com que questões menos complexas sejam resolvidas fora do âmbito judicial. A desjudicialização, nesse sentido, surge como uma medida eficaz, não apenas para desobstruir o Judiciário, mas também para permitir que juízes e servidores concentrem seus esforços em casos que realmente demandam a intervenção estatal. Além disso, a utilização de mecanismos como a mediação e a arbitragem pode ser mais econômica do que o processo judicial tradicional, oferecendo uma alternativa viável para empresas em dificuldades financeiras.

Aqui, abre-se um parêntese, para mencionar que as vias cartorárias também se revelaram um sucesso absoluto nos casos de jurisdição voluntária, ou seja, em situações em que não há controvérsias e as partes trilharam pelo caminho consensual. Inclusive, o CNJ vem ampliando as competências e áreas de atuação dos cartórios:

Os cartórios brasileiros não mais precisarão utilizar o selo de fiscalização em procedimentos eletrônicos de autenticação, reconhecimento de assinatura eletrônica e na Autorização Eletrônica de Viagem (AEV) – que é necessária para crianças e adolescentes menores de 16 anos viajarem sozinhos ou acompanhados por adultos que não sejam pais ou parentes próximos. A Corregedoria Nacional de Justiça já havia dispensado a exigência do selo na Autorização Eletrônica de Doação de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano (Aedo).

A permissão está regulamentada no Provimento n. 178/024, que altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (Provimento n. 149/2023), publica-

do nesta terça-feira (20/8). Até a mudança, o ato notarial eletrônico deveria ser lavrado com a indicação do selo eletrônico ou físico nos tribunais sob regras estaduais ou do Distrito Federal que exigissem esses selos de fiscalização.

“A iniciativa de dispensar o selo em alguns atos é parte dos esforços da Corregedoria Nacional de Justiça para, sem prejuízo da segurança jurídica, modernizar e desburocratizar os serviços notariais, tornando-os mais acessíveis, eficientes e eficazes para os notários e, principalmente, para os usuários do serviço”, explicou a juíza auxiliar da Corregedoria Nacional Liz Rezende (CNJ, 2024, p. 1)

Retornando ao foco da presente pesquisa, para Bevílqua (2018, p. 02), a recuperação extrajudicial é adequada para resolver problemas específicos que exigem a colaboração de certos grupos ou classes de credores, sendo um processo mais ágil e menos oneroso do que a recuperação judicial. Esta última, por sua vez, é recomendada para situações de crise mais graves, que necessitam de um plano de reestruturação mais abrangente.

Os custos elevados do processo de recuperação judicial são outro ponto crítico. Além dos honorários advocatícios, os quais podem ser substanciais, há também os custos administrativos e periciais, que, muitas vezes, são proibitivos para empresas já em situação financeira delicada. Sob essa problemática, Junkes (2019, p. 52) diz que a ausência de um processo judicial formal contribui para a redução de custos e burocracia, tornando o processo mais ágil.

A morosidade do processo, exacerbada pela burocracia e pela necessidade de intervenções judiciais em várias etapas, também contribui para o desgaste das empresas, levando-as, com frequência, à falência antes mesmo de concluírem o processo de recuperação. Conforme Santos e Gonçalves (2014, p. 04), “o acesso à Justiça compreende o direito prestacional a ser assegurado pelo Estado e engloba o direito de ação, ter um sistema jurídico adequado e eficaz, isenção de custas processuais e o benefício da assistência jurídica gratuita”.

A desjudicialização oferece várias vantagens no contexto da recuperação judicial. Junkes (2019, p. 53) cita principalmente: permitir uma maior agilidade na resolução dos processos, uma vez que elimina a necessidade de intervenção judicial em diversas etapas, concentrando o processo em esferas administrativas

ou privadas; reduzir significativamente os custos do processo, tornando a recuperação acessível a um maior número de empresas; e a possibilidade de soluções mais customizadas e consensuais, já que a desjudicialização deixa uma maior flexibilidade na negociação entre credores e devedores, além do processo de recuperação extrajudicial ser menos agressivo à imagem da empresa do que a recuperação judicial ou a falência, o que pode ser crucial para a manutenção de seus negócios.

Em países como os Estados Unidos, onde a desjudicialização é amplamente utilizada no campo empresarial, existem diversos estudos de caso que demonstram sua eficácia. Por exemplo, a recuperação da General Motors (GM), um dos maiores casos de recuperação empresarial da história, envolveu a utilização de mecanismos extrajudiciais que permitiram uma reestruturação rápida e eficaz da empresa, que enfrentava uma crise financeira grave.

A GM entrou com um pedido de recuperação sob o Capítulo 11 da Lei de Falências dos EUA, fazendo com que a empresa pudesse renegociar suas dívidas e contratos, com o apoio do governo norte-americano, o qual injetou cerca de 50 bilhões de dólares para salvar a montadora (Maynard, Lieber e Bernard, 2009, p. 3). O processo resultou na reestruturação da empresa, preservando milhares de empregos e fazendo com que a GM emergisse de sua crise mais enxuta e competitiva, mantendo sua posição como uma das principais montadoras do mundo. De acordo com a reportagem do *The New York Times*, essa recuperação judicial foi essencial para garantir a sobrevivência da GM, marcando um ponto de inflexão na crise econômica global de 2008.

No Brasil, alguns tribunais já têm incentivado a utilização de mediação e arbitragem em processos de recuperação judicial, com resultados positivos em termos de celeridade e satisfação das partes envolvidas. Apesar de suas vantagens, a desjudicialização também enfrenta críticas e desafios. Alguns dos principais pontos de crítica são a falta de garantia de imparcialidade e a possível assimetria de poder entre as partes envolvidas. Além disso, Junkes (2019, 60) cita como possíveis desafios a dificuldade em alcançar um acordo, o menor poder de barganha do devedor e o risco de falta de pagamento. Com isso, nota-se que o futuro da desjudicialização no Brasil, especialmente no âmbito empresarial, depende de uma série de fatores, incluindo mudanças culturais, reformas legais e o fortalecimento de instituições extrajudiciais.

2 Mecanismos extrajudiciais aplicáveis na recuperação judicial

Frank Sander (1979, p.18) cunhou a expressão de “sistema de Justiça multiportas” para destacar a importância de adaptar os mecanismos de solução de conflitos às particularidades de cada disputa, visando a uma maior eficiência. Nos Estados Unidos, desde aquela época (década de 1970) métodos como a negociação e a mediação extrajudicial já eram amplamente utilizados, herança do sistema de *Common Law*. No Brasil, atualmente, o sistema multiportas abrange práticas extrajudiciais, como conciliação, negociação, mediação e arbitragem.

A instituição da Lei nº 11.101/2005 surgiu como uma resposta à necessidade de modernizar e adaptar os processos de reestruturação empresarial à realidade econômica do país e representando um marco jurídico ao criar um ambiente em que a preservação da empresa e a promoção de sua função social fossem compatíveis com os interesses dos credores, por meio de procedimentos menos burocráticos e mais ágeis (Brasil, 2005, p.15).

O principal objetivo da legislação era fornecer mecanismos mais eficientes para que empresas em crise pudessem renegociar suas dívidas e se reestruturar, preservando as atividades e, ao mesmo tempo, garantindo os direitos dos credores. Entre os mecanismos extrajudiciais incentivados pela lei, destacavam-se a mediação, conciliação e arbitragem, as quais visavam promover uma resolução mais rápida e menos onerosa dos conflitos entre credores e devedores (Brasil, 2005, p.1).

Lúcio e Gonçalves (2021, p. 15) ressaltam a relevância da Lei nº 11.101/2005 para o fortalecimento do ambiente empresarial no Brasil, destacando que a legislação trouxe avanços significativos ao estabelecer mecanismos formais para a recuperação judicial e extrajudicial de empresas em crise. A introdução desses instrumentos permitiu a renegociação de dívidas, possibilitando que as empresas superassem crises financeiras sem recorrer diretamente à falência, fomentando assim a continuidade das atividades empresariais. Além disso, a lei modernizou o regime falimentar brasileiro, tornando os procedimentos de falência mais ágeis e transparentes, o que contribui para a eficiência dos processos.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010, p. 1), que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, foi um marco importante ao consolidar a mediação e a conciliação como mé-

todos eficazes para evitar a judicialização de disputas empresariais. Essas alternativas fazem com que um mediador imparcial ou um conciliador sugira soluções consensuais, evitando a sobrecarga do Judiciário e facilitando a formulação de acordos que atendessem tanto aos credores quanto às empresas em crise.

Além disso, a Resolução nº 125/2010 foi a responsável pela criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que são unidades especializadas com o objetivo de promover a resolução consensual de disputas por meio de métodos alternativos, como a mediação e a conciliação (CNJ, 2010, p. 6).

No contexto da recuperação judicial, essas práticas alternativas podem ser aplicadas tanto no início quanto ao longo do processo. A Lei nº 13.140/2015 (Brasil, 2015, p.3), juntamente com o Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 13.105/2015 (Brasil, 2015, p. 9), possibilitam o uso desses mecanismos para facilitar as negociações entre credores e devedores, principalmente durante as assembleias gerais de credores.

Palma e Jacir (2021, p. 29) afirmam que o uso da mediação e conciliação em processos de recuperação judicial, disputas societárias e empresariais tem mostrado crescimento significativo, especialmente no cenário de pandemia de Covid-19 e eventos futuros. Esses métodos ajudam na criação de planos de recuperação que equilibram os interesses dos credores e a necessidade de reestruturação das empresas, promovendo a continuidade da atividade econômica e a preservação dos empregos.

Além disso, a flexibilidade proporcionada pela mediação e conciliação possibilita que as soluções sejam adaptadas às especificidades de cada caso, o que torna esses mecanismos mais eficientes em comparação com os processos judiciais tradicionais, muitas vezes longos e custosos (Palma; Jacir, 2021, p. 29).

Spengler e Costa (2021, p. 187) contextualizam que o uso da conciliação e da mediação desempenha um papel fundamental na efetivação dos objetivos da recuperação judicial, conforme previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, o qual visa à preservação da empresa, à manutenção dos empregos e à satisfação dos credores. Esses mecanismos extrajudiciais, ao facilitarem o diálogo entre as partes envolvidas, permitem soluções mais ágeis e consensuais sejam alcançadas, evitando o desgaste e a morosidade dos processos judiciais tradicionais.

Outro mecanismo extrajudicial relevante no contexto da recuperação judicial é a arbitragem. A Lei nº 9.307/1996 (Brasil, 1996, p. 2) já aceitava que disputas empresariais fossem submeti-

das à arbitragem, desde que as partes tivessem previamente acordado essa forma de resolução. A escolha se dá devido à urgência na resolução e à demanda por conhecimento técnico especializado, que tornam esse método mais adequado em comparação ao litígio convencional.

Nesse procedimento, as partes envolvidas selecionam um árbitro ou um painel arbitral para resolver o conflito, sendo que a decisão final possui o mesmo peso jurídico de uma sentença judicial. Sales (2019, p. 180) informa que podem ser submetidos à arbitragem os conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, desde que não entrem em colisão com questões de natureza pública, cuja competência é exclusiva da jurisdição estatal.

Com a promulgação da Lei nº 14.112/2020, que atualizou a Lei nº 11.101/2005, houve um reforço significativo no incentivo ao uso de mecanismos extrajudiciais dentro do processo de recuperação judicial. A nova legislação ampliou as possibilidades de utilização desses métodos, promovendo sua adoção não apenas em momentos prévios ao litígio, mas também durante o curso do processo, com vistas a facilitar acordos e agilizar a resolução de disputas (Brasil, 2020, p. 25).

Uma das inovações foi o incentivo à criação de Câmaras especializadas para tratar de disputas relacionadas à recuperação judicial e falência, garantindo que os conflitos fossem tratados de maneira mais ágil e eficiente. Essa Lei também facilitou a suspensão de execuções e penhoras durante as negociações, o que proporcionava um ambiente mais favorável para a reestruturação das empresas (Brasil, 2020, p. 19).

Apesar das vantagens oferecidas pela arbitragem, ela não pode substituir o processo judicial em sua totalidade, especialmente nas etapas que envolvem a aprovação do plano de recuperação pelos credores. Questões relacionadas ao plano devem necessariamente passar pela assembleia de credores e pelo crivo do Judiciário.

No entanto, as disputas contratuais que surgem ao longo do processo de recuperação judicial, como as relacionadas a fornecimento ou renegociação de acordos, podem ser solucionadas por meio da arbitragem, o que torna o processo mais ágil e especializado. Ramos (2011, p. 50) afirma que:

(...) a arbitragem é mais uma forma de ajudar a empresa em recuperação, é uma ferramenta para que se atinja esse objetivo, sendo uma boa opção

se de fato for benéfica ao caso concreto, se não acarretar mais gastos, mais morosidade ou conflito. Ao recorrer-se a arbitragem, busca-se a solução tempestiva de conflitos que possam surgir em meio à recuperação de empresa, o controle dos gastos procedimentais e uma atuação mais especializada do julgador que poderá ser escolhido.

Além disso, a Lei nº 11.101/2005 já previa a criação de comitês de credores, com o objetivo de monitorar e auxiliar na implementação do plano de recuperação. Esses comitês atuam como instrumentos de negociação entre credores e devedores, garantindo que os interesses de todas as partes sejam respeitados e promovendo a transparência no processo (Gardino, 2006, p. 11).

A Lei nº 14.112/2020 aprimorou o funcionamento desses comitês, tornando o processo de formação mais flexível e incentivando a participação ativa dos credores nas negociações. Com isso, os comitês de credores se tornaram uma ferramenta importante para facilitar acordos e promover um ambiente colaborativo durante a recuperação judicial (Brasil, 2020, p. 1).

Portanto, a aplicação dos mecanismos extrajudiciais - como mediação, conciliação, arbitragem e comitês de credores - torna os processos de recuperação judicial mais céleres, especializados e menos onerosos. A Lei nº 14.112/2020 consolidou essas práticas, promovendo um sistema jurídico mais eficiente e adaptado às necessidades das empresas em crise (Brasil, 2020, p. 1).

A utilização desses métodos permite que as partes envolvidas tenham maior controle sobre o processo de negociação, escolhendo profissionais com expertise técnica e garantindo que as soluções sejam personalizadas e adequadas às particularidades de cada caso. Dessa forma, os mecanismos extrajudiciais desempenham um papel fundamental na preservação das empresas, na proteção dos empregos e na manutenção da atividade econômica.

3 Impactos e perspectivas futuras da desjudicialização na recuperação judicial

A desjudicialização, conforme salienta Ricci (2020, p. 12), tem se mostrado uma ferramenta eficaz para promover maior eficiência e rapidez na resolução de conflitos empresariais, especialmente no contexto da recuperação judicial. Em um ambiente em que o Judiciário está sobrecarregado, como no Brasil, os métodos alternativos são essenciais para garantir que empresas em crise possam se reestruturar de maneira mais eficiente.

A mediação e a conciliação, por exemplo, são mecanismos que favorecem o diálogo entre as partes, fazendo com que credores e devedores encontrem soluções consensuais sem a necessidade de uma decisão imposta por um juiz. Isso não apenas economiza tempo, mas também oferece maior flexibilidade, uma vez que as soluções podem ser adaptadas às particularidades do caso (Ricci, 2020, p. 12).

Conforme a Resolução nº 125/2010 (CNJ, 2010, p. 1), a mediação e a conciliação devem ser priorizadas como formas de solução de conflitos, especialmente em questões empresariais, e a Lei de Mediação reforça essa prática. Um dos principais exemplos da importância da mediação no contexto de conflitos empresariais é o caso da recuperação judicial da empresa Oi S.A. (Ribeiro; Cecy; Lacerda, 2019, p. 19).

Esse caso é considerado o maior processo de recuperação judicial já realizado no país e um dos maiores do mundo. Conforme relatado por Ribeiro, Cecy e Lacerda (2019), o pedido foi formalizado em junho de 2016, com base na Lei nº 11.101/2005, após a empresa acumular uma dívida de aproximadamente R\$ 65 bilhões, envolvendo milhares de credores nacionais e internacionais. O processo de recuperação judicial foi necessário para evitar a falência da companhia e possibilitar sua reestruturação financeira e operacional.

A recuperação judicial da Oi foi emblemática por destacar o uso da Lei nº 11.101/2005 como uma ferramenta essencial para a reestruturação de grandes corporações no Brasil, principalmente no setor de telecomunicações, que é estratégico para o país. O processo, o qual envolveu uma série de modificações no plano original e o uso de mecanismos de mediação e conciliação com credores, mostrou como a recuperação judicial pode ser uma alternativa à falência, preservando a função social da empresa, os empregos e o mercado de telecomunicações (Ribeiro, Cecy e Lacerda, 2019, p. 19).

A recuperação da Oi serviu como um caso emblemático para o mercado empresarial brasileiro, demonstrando a importância de uma reestruturação eficaz para evitar a falência de grandes empresas e garantir a manutenção de suas atividades em setores estratégicos.

Além disso, os benefícios da adoção da arbitragem são claros. Castanheira (2021, p. 200) comenta que, embora não seja comum, nada impede o uso da arbitragem em casos de falência, seja antes, durante o plano de recuperação judicial, ou mesmo após a decretação da falência. No entanto, é necessário obser-

var os requisitos legais para sua aplicação, que envolvem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, excluindo-se, portanto, direitos trabalhistas, débitos tributários, entre outros.

Contudo, apesar dos benefícios evidentes, a implementação da desjudicialização na recuperação judicial enfrenta uma série de desafios. Um dos principais obstáculos está relacionado à cultura jurídica brasileira, que ainda valoriza fortemente a intervenção do Estado na resolução de conflitos. Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2023, p. 100), a progressiva desburocratização do Poder Judiciário integra um movimento mais amplo de mudança no processo civil, especialmente no contexto da busca por alternativas que reduzam a sobrecarga do Poder Judiciário e assegurem maior eficácia na resolução de litígios.

Outro desafio significativo está relacionado às barreiras institucionais e legais. A própria estrutura do sistema judiciário brasileiro, com uma sobrecarga de processos e um número limitado de juízes especializados, dificulta a adoção generalizada da desjudicialização. Embora a Lei nº 11.101/2005 tenha sido um avanço ao aceitar a recuperação judicial, ela ainda atribui grande parte da responsabilidade pela condução do processo ao Judiciário, o que acaba limitando o espaço para métodos extrajudiciais. A recente Lei nº 14.112/2020 trouxe inovações importantes, como a maior ênfase na mediação e conciliação, mas ainda há muito a ser feito em termos de mudanças estruturais para facilitar a desjudicialização.

Diante desses desafios, é fundamental refletir sobre as reformas necessárias para promover a desjudicialização no contexto da recuperação judicial no Brasil. A Lei nº 14.112/2020 representou um passo importante nesse sentido, ao incluir expressamente a mediação e conciliação como métodos de resolução de conflitos empresariais.

Ao refletirmos seriamente sobre o aumento da desjudicialização, precisamos decidir se adotaremos soluções mais ágeis e eficazes para resolver conflitos de forma extrajudicial, ou se seguiremos com um modelo que não consegue dar a eficiência necessária ao jurisdicionado, perpetuando a morosidade e sobrecarga do sistema judicial. Segundo o CNJ, em 2023, foram distribuídos 35 milhões de processos novos - o maior número da série histórica de quase 20 anos -, com aumento de 9,4% em relação ao ano de 2022. Na tabela a seguir, é possível observar a distribuição desses casos novos por segmento e a variação percentual com o ano anterior:

Segmento	Casos Novos 1º Grau	Casos Novos 2º Grau	Total de Casos Novos	Variação percentual com o ano anterior
Justiça Estadual	21.845.376	3.315.164	25.160.540	6,7%
Justiça Federal	4.648.275	430.714	5.078.989	13,0%
Justiça do Trabalho	3.283.788	912.754	4.196.542	28,7%
Justiça Eleitoral	74.223	10.408	84.631	-55,6%
Justiça Militar Estadual	2.239	1.619	3.858	-3,2%
Tribunais Superiores			755.425	4,9%
Total	29.856.095	4.670.659	35.282.179	9,4%

Tabela 1 - Distribuição de Casos Novos por Segmento e Variação

Percentual em 2023

Fonte: CNJ (2024, p. 5).

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/sumarioexecutivo-justica-em-numeros-2024.pdf>

Este cenário de avalanche de processos entrantes faz o Brasil ter a alcunha de país da judicialização. Portanto, é necessário seguir desenvolvendo políticas públicas que incentivem a utilização de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos no ambiente empresarial. O governo federal, por meio do Ministério da Fazenda e do Conselho Nacional de Justiça, pode criar programas de incentivo fiscal ou financeiro para empresas que optassem pela mediação ou arbitragem, em vez de recorrerem diretamente ao Judiciário. Essas iniciativas ajudariam a desmistificar a ideia de que a resolução judicial é a única via legítima para solucionar disputas empresariais, promovendo uma mudança cultural gradual no país.

Os passos estão sendo dados, e é necessário manter essa visão e a discussão que já vem sendo institucionalmente concebida. Na imagem a seguir, são apresentados os esforços do CNJ para implementar a desjudicialização, com medidas que visam à extinção de processos e à promoção de acordos extrajudiciais em diversas esferas:



Figura 1 - Ações do CNJ para a desjudicialização

Fonte: CNJ (2024, p. 13)

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/sumarioexecutivo-justica-em-numeros-2024.pdf>

Em termos de perspectiva futura, a recuperação judicial, como previsto na Lei nº 11.101/2005, visa justamente à superação da crise econômico-financeira de empresas, mantendo sua função social e preservando os empregos e os interesses dos credores.

O uso de métodos extrajudiciais, como a mediação, conciliação, arbitragem e ampliação das competências dos cartórios, pode facilitar a realização desses objetivos, ao reconhecer que as partes encontrem soluções mais rápidas e menos onerosas, além de reduzir a sobrecarga do Judiciário, o qual tenderá a ser desobstruído e, portanto, ter mais tempo para se dedicar a uma tutela jurisdicional efetiva, eficiente e de qualidade.

Conclusão

Dessa forma, ao longo do presente estudo, verificou-se que a desjudicialização no âmbito da recuperação judicial representa uma evolução significativa para o sistema jurídico brasileiro, especialmente diante da sobrecarga enfrentada pelo Poder Judiciário. Conforme discutido, a implementação de mecanismos

extrajudiciais, como mediação, conciliação e arbitragem, foi uma resposta à necessidade de soluções mais rápidas, eficazes e menos onerosas para as empresas em crise.

Nesse sentido, a Lei nº 11.101/2005, a qual regulamenta a recuperação judicial e extrajudicial, introduziu importantes inovações, permitindo que empresas renegociem suas dívidas com maior flexibilidade e preservem sua continuidade operacional. No entanto, como destacado, o processo de recuperação judicial tradicional ainda apresenta desafios significativos, como a morosidade e os elevados custos, que, frequentemente, dificultam a reestruturação das empresas antes da falência.

A promulgação da Lei nº 14.112/2020 trouxe avanços ao incentivar o uso de métodos extrajudiciais e ao promover a desburocratização dos processos, como no caso da recuperação judicial da Oi S.A., demonstrando a eficácia de tais mecanismos para a reestruturação de grandes empresas. Esses exemplos reforçam o argumento de que a mediação e a conciliação podem proporcionar soluções mais ágeis e consensuais, reduzindo a necessidade de intervenção judicial e os custos associados.

Apesar dessas vantagens, a desjudicialização ainda enfrenta barreiras culturais e institucionais no Brasil. A resistência de muitos operadores do Direito, incluindo advogados e juízes, à adoção de soluções extrajudiciais, aliada à tradição jurídica de valorização da intervenção estatal, cria obstáculos para a plena implementação desses métodos no contexto da recuperação judicial. Além disso, a falta de familiaridade com esses procedimentos por parte de empresas e credores também representa um desafio.

Nesse cenário, uma das soluções apontadas envolve reformas institucionais que incentivem o uso de mecanismos extrajudiciais, como a criação de Câmaras especializadas e o fortalecimento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Ademais, políticas públicas que ofereçam incentivos fiscais para empresas que optem por mediação ou arbitragem podem contribuir para a popularização dessas práticas, promovendo uma maior eficiência no tratamento de crises empresariais.

A perspectiva futura para a desjudicialização é promissora, considerando-se que a sua consolidação pode contribuir para aliviar a carga do Judiciário e acelerar a resolução de conflitos empresariais. O fomento contínuo de soluções alternativas, conforme previsto no ODS 16 da Agenda 2030 da ONU, que visa à promoção de instituições eficazes e inclusivas, é um dos cami-

nhos para garantir maior celeridade e eficiência ao sistema de recuperação judicial no Brasil.

Nesse contexto, como vimos, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já têm demonstrado apoio à desjudicialização em diversas áreas, incentivando a adoção de métodos alternativos que permitem soluções mais céleres e menos burocráticas. Esse movimento é essencial para garantir que as empresas em crise possam se reestruturar de maneira eficiente, preservando empregos e mantendo a economia em funcionamento.

Por fim, é possível concluir que a desjudicialização no contexto da recuperação judicial não apenas beneficia as empresas e os credores ao proporcionar soluções rápidas e menos onerosas, mas também fortalece o sistema jurídico como um todo, ao permitir que o Judiciário concentre seus esforços em casos que realmente demandam intervenção estatal. Para que essa tendência se consolide, é fundamental a continuidade dos debates legislativos, como os propostos pelo Projeto de Lei nº 6.204/2019, e a promoção de uma mudança cultural no Direito brasileiro.

A partir das reflexões apresentadas, entende-se que a desjudicialização é uma ferramenta que continuará a evoluir, trazendo benefícios tanto para o ambiente empresarial quanto para a eficiência do sistema jurídico. Os desafios remanescentes deverão ser enfrentados por meio de reformas legais e de incentivos que tornem o uso de métodos extrajudiciais uma prática comum no país.

Referências

- BEVILAQUA, Newton. Recuperação extrajudicial. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 23, n. 5475, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65898>.
- BRASIL, 1996. **Lei nº 9.307**. Brasília, 26 de setembro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 29 de Ago de 2024.
- BRASIL, 2005. **Lei nº 11.101**. Brasília, 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 02 de Setembro de 2024.
- BRASIL, 2015. **Lei nº 13.105**. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 05 de Set de 2024.
- BRASIL, 2015. **Lei nº 13.140** (Lei de Mediação). Brasília, 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/584952#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20do%20art>. Acesso em: 05 de Set de 2024.

BRASIL, 2020. Lei nº 14.112. Brasília, 24 de Dezembro de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em: 05 de Set de 2024.

CASTANHEIRA, Natiele Henriques. Arbitragem no direito falimentar. **Revista Juris UniToledo**, v. 6, n. 01, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) 2024. Provimento agiliza autorizações de viagem e outros atos de autenticação em cartórios. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/provimento-agiliza-autorizacoes-de-viagem-e-outros-atos-de-autenticacao-em-cartorios/>. Acesso em: 10 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 125/ Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 29 de Novembro de 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 05 de Set de 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2024 /Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 03 de Set de 2024.

DIDIER JR, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Salvador: **Juspodivm**, 2023.

DUTRA, Victor Barbosa; JAYME, Fernando Gonzaga. Dejudicializa-

tion and Proceduralism Based on the Nature of Conflicts and According to the Brazilian Constitution. **Revista Internacional Consinter de Direito**, 2021.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro. 2006. **Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2006. Acesso em: 05 set. 2024.

HOLSTON, James. The misrule of law: land and usurpation in Brazil. **Comparative Studies in Society and History**, v. 33, n. 4, 1991.

JUNKES, Gabrielli Pereira. Aspectos positivos e negativos da recuperação extrajudicial de empresas prevista na Lei 11.101/2005 no contexto da desjudicialização. **Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Direito. Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)**, 2019.

LOPES, Pâmella Duarte; FARIAS, Paulo José Leite. Desjudicialização e sustentabilidade: A agenda 2030 da ONU justa na pós-modernidade. **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania**, v. 8, n. 8, 2020.

LÚCIO, Rayane Borba da Silva; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Lei nº 11.101/2005: procedimentos da falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial de empresas. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 12, n. 42, 2021.

MAYNARD, M.; LIEBER, R.; BERONARD, T. S. A Primer on the G.M. Bankruptcy. **The New York Times**, 1 jun. 2009. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/06/02/business/02primer.html>.

MAYNARD, Micheline; LIEBER, Ron; BERNARD, Tara Siegel. **Uma introdução à falência da GM.** The New York Times, 01 jun. 2009. Disponível em: https://www.nytimes.com/2009/06/02/business/02primer.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 10 set. 2024.

PALMA, Andréa Galhardo; JACIR, Carmen Sfeir. A mediação na recuperação judicial e as técnicas inerentes ao mediador empresarial. v. 22, 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, 2006.

RAMOS, Demétrio Weill Pessôa. **A recuperação de empresa: a arbitragem como alternativa à tutela judicial na recuperação de empresa.** 2011. Monografia (Graduação em Direito) — Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CECY, Mateus Dambiski; LACERDA, Renan Matheus Nerone. A mediação aplicada aos processos de recuperação judicial: análise de um incentivo necessário. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 24, 2019.

RICCI, Erwin Rodrigues. **Instrumentos de Acesso à Justiça e Desjudicialização de demandas nas Serventias Extrajudiciais.** 2020.. Dissertação (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) – Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Ribeirão Preto, 2020.

SALES, Gabriela de Barros. Principais temas sobre arbitragem e recuperação judicial. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - **Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR**, v. 1, n. 2, p. 179-196, 2019.

SANDER, Frank EA. The multi-door courthouse. **Barrister**, v. 3, 1976.

SANTOS, Evelin; GONÇALVES, Priscila. O acesso do pequeno empresário à assistência jurídica gratuita. **Revista de direito empresarial** v. 2, n. 6, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Márcio Dutra da. Conciliação e mediação na recuperação judicial: apontamentos sobre a Lei nº 14.112/2020. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**| Belo Horizonte, ano, v. 18, 2021.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

STJ. Tema 1176. FGTS. Pagamento em ações trabalhistas. Validade. Executoriedade das demais parcelas devidas ao Fundo.¹

EMENTA OFICIAL

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. PAGAMENTO DO FGTS EFETUADO DIRETAMENTE AO EMPREGADO, NA VIGÊNCIA DA LEI 9.491/97, EM DECORRÊNCIA DE ACORDO HOMOLOGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. EFICÁCIA RECONHECIDA. DECISÃO JUDICIAL IRRECORRÍVEL E COBERTA PELO MANTO DA COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO MEDIANTE AÇÃO RESCISÓRIA, CUJA APRECIAÇÃO COMPETE À JUSTIÇA DO TRABALHO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 831, PARÁGRAFO ÚNICO, E 836, AMBOS DA CLT, E DA SÚMULA 259/TST. COBRANÇA DE MULTAS, CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS MORATÓRIOS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. POSSIBILIDADE. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE NÃO PREJUDICA TERCEIROS QUE NÃO PARTICIPARAM DO AJUSTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada por

América Futebol Clube, em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal (Fazenda Nacional), objetivando a declaração de regularidade dos pagamentos realizados, a título de FGTS, diretamente a seus empregados, após acordos homologados na Justiça do Trabalho, haja vista a cobrança da verba fundiária em Execução Fiscal. A sentença assegurou a compensação do débito em cobro com os pagamentos realizados diretamente ao trabalhador, sendo mantida pelo Tribunal **a quo**, que ressaltou a regularidade da quitação efetuada na seara trabalhista.

II. O tema em apreciação foi submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, e assim delimitado: "Definir se são eficazes os pagamentos de FGTS realizados na vigência da redação dada, ao art. 18 da Lei 8.036/90, pela Lei 9.491/97, diretamente ao empregado, em decorrência de acordo celebrado na Justiça do Trabalho, ao invés de efetivados por meio de depósitos nas

¹ Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNúmeroRegistro&termo=202102997342>>.

contas vinculadas do titular” (Tema 1.176).

III. A redação original do art. 18 da Lei 8.036/90 permitia, em caso de encerramento do contrato de trabalho pelo empregador, o pagamento, diretamente ao empregado, de algumas parcelas do FGTS. A partir do advento da Lei 9.491/97, contudo, ficou o empregador obrigado a depositar, por expressa previsão legal (art. 18, **caput** e § 1º, da Lei 8.036/90), todas as quantias relativas à verba fundiária na conta vinculada do trabalhador, inclusive em sede de reclamatória trabalhista (art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/90), não mais se aproveitando os pagamentos realizados diretamente.

IV. Conquanto os comandos normativos referentes à forma de quitação do FGTS fossem claros quanto à necessidade de depósito, em conta vinculado do trabalhador, de todas as parcelas devidas (art. 18, **caput** e § 1º e art. 26, parágrafo único, ambos da Lei 8.036/90), foram corriqueiras as transações celebradas, entre empregador e empregado, na justiça especializada que culminaram no pagamento do **quantum debeatur** diretamente ao último.

V. Ocorre que, embora realizado em termos contrários ao que dispõe a legislação de regência, não se pode desconsiderar que o acordo foi subme-

tido ao crivo do Judiciário (art. 487, II, alínea *b*, do CPC/15). A referida decisão é irrecorribel (art. 831, parágrafo único, CLT) e faz coisa julgada material, sujeitando-se tão somente ao corte rescisório (Súmula 259/TST), cuja competência para apreciação é da própria justiça trabalhista (art. 836, da CLT). Nessa senda, não cabe à Justiça Federal, ou ao Superior Tribunal de Justiça, à míngua de competência jurisdicional para tanto, adentrar, em sede de Embargos à Execução Fiscal, Ação Anulatória, Ação Declara-tória da Inexistência do Débito, ou por qualquer outra via, na correção do seu mérito, ou desconsiderá-la, para o fim de reconhecer a ineficácia do pagamento realizado em descon-formidade com o prescrito em lei.

VI. Tal cenário, contudo, não elide o lançamento fiscal das parcelas do FGTS que serão incorporadas ao fundo, consistentes em multas, correção monetária e juros moratórios, conforme art. 2º, § 1º, alínea *d*, da Lei 8.036/90, e na contribuição social devida pelo empregador, em caso de despedida sem justa causa, consoante art. 1º, **caput**, c/c art. 3º, § 1º, ambos da Lei Complementar 110/2001, para cobrança diretamente pela Fazenda Nacional, ou, mediante convênio, pela Caixa Econômica Federal (art. 2º, **caput**, da Lei 8.844/94).

Tem-se em vista que, além das referidas rubricas não pertencerem ao obreiro, mas ao próprio fundo de garantia, a titular do crédito e/ou o agente operador do fundo não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicados, conforme dicção do art. 506 do Código de Processo Civil.

VII. Na espécie, o Tribunal de origem, na mesma linha da sentença de primeiro grau, reconheceu a eficácia das quantias diretamente pagas ao empregado, após a vigência da Lei 9.491/97, no contexto de acordo trabalhista judicialmente homologado, assegurando o prosseguimento da Execução Fiscal pelo valor remanescente da dívida. O entendimento está em conformidade com a tese que ora se propõe.

VIII. Tese jurídica firmada: **"São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não**

sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC)".

IX. Caso concreto: Recurso Especial conhecido e desprovido.

X. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese, no tema 1176: São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC).

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves,

Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 22 de maio de 2024.
REsp 2003509/RN. DJe 28/05/2024.

RELATÓRIO

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS:

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em 16/03/2022, com amparo no art. 105, inciso III, alínea a, da CF/88, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ANULATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PAGAMENTO REALIZADO DIRETAMENTE AO EMPREGADOS EM RAZÃO DE ACORDOS FIRMADOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação contra sentença que julgou procedente demanda para anular parcialmente o débito objeto da execução fiscal de nº 0807740-53.2019.4.05.8400, tudo em razão de pagamentos de verbas do FGTS realizadas no âmbito de acordo judicial trabalhistico.

2. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que os valores devidos a título de FGTS, comprovadamente pagos aos empregados através de acordos na Justiça Trabalhista, devem ser abatidos do débito inscrito e cobrado em executivo fiscal (APELREEX12348/CE, Rel. Des. Federal RUBENS DE MENDONÇA CANUTO [conv.], Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJE 27/10/2010, p. 381).

3. Mesmo admitida a presunção de legitimidade dos atos administrativos -razão pela qual a sua desconstituição só é possível quando comprovadas as irregularidades suscitadas -restou demonstrado no feito o pagamento da verba referente ao FGTS, razão pela qual se revela indevida a execução impugnada.

4. Apelação improvida" (fl. 1043e).

Opostos Embargos de Declaração pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), apontando vício de omissão, o recurso foi rejeitado, nos seguintes termos:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO. ANULATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PAGAMENTO REALIZADO DIRETAMENTE AO EMPREGADOS EM RAZÃO DE ACORDOS FIRMADOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPENSA-

ÇÃO. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. RECURSO NÃO PROVADO.

1. Embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional), em face de acórdão id. que negou provimento à apelação da mesma.

2. Alega a parte embargante que o acórdão incorreu em omissão quanto à presunção de liquidez e certeza do título executivo e quanto à prova.

3. No caso em exame, entendendo não subsistir qualquer omissão, obscuridade, contradição ou erro material no julgado vergastado. Portanto, na hipótese dos autos, não se constata a presença de qualquer um dos vícios alegados, porque o acórdão embargado justificou satisfatoriamente a conclusão a que chegou sobre as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

4. O que esta é. Turma disse quando julgou foi: 'Sobre a matéria, a Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem reconhecendo a legitimidade dos pagamentos realizados diretamente aos trabalhadores em razão de acordos judiciais, sem, no entanto, que tal fato implique na automática extinção da respectiva CDA. Observe-se (destaques inexistentes na origem): [...] (PROCESSO: 0800803220164058400, AC - Apelação Civil -, DESEMBAR-

GADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 17/10/2019, PUBLICAÇÃO:)'

5. Restou consignado no acórdão embargado que: '2. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que os valores devidos a título de FGTS, comprovadamente pagos aos empregados através de acordos na Justiça Trabalhista, devem ser abatidos do débito inscrito e cobrado em executivo fiscal (APELREEX12348/CE, Rel. Des. Federal RUBENS DE MENDONÇA CANUTO [conv.], Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJE 27/10/2010, p. 381). 3. Mesmo admitida a presunção de legitimidade dos atos administrativos -razão pela qual a sua desconstituição só é possível quando comprovadas as irregularidades suscitadas -restou demonstrado no feito o pagamento da verba referente ao FGTS, razão pela qual se revela indevida a execução impugnada.'

6. As razões dos embargos declaratórios evidenciam, em verdade, a insatisfação do embargante com a interpretação empreendida pela decisão recorrida, que não encontra solução na estreita via deste recurso integrativo.

7. Precedentes: Apelação Cível 0809356-61.2017.4.05. 8100, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Conv.), 4º Turma, Julgado em 08/08/2021; Apelação Cível 0800098-

13.2020.4.05.8103, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Conv.), 4º Turma, Julgado em 08/08/2021.

8. Além disso, como é assente na doutrina e jurisprudência desta e. Corte e das Cortes Superiores, 'O julgador não é obrigado a rebater todos os argumentos aventados pelas partes quando o acórdão recorrido analisar, com clareza, as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, havendo, ainda, razões suficientes para sua manutenção' (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 534.318/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/6/2015, DJe 17/6/2015). No mesmo sentido: EDcl no REsp 1642727/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 20/06/2017; REsp 1600906/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 02/05/2017).

9. Embargos de declaração não providos" (fls. 1.081/1.082e).

Narra a recorrente que AMÉRICA FUTEBOL CLUBE ajuizou Ação Ordinária, em fevereiro de 2020, em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e da UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), objetivando a declaração de regularidade dos pagamentos realizados, a título de FGTS, diretamente a seus empregados, após acordos homologados na Justiça do Trabalho, haja vista

a cobrança da verba fundiária em Execução Fiscal (Processo 0801028-13.2020.4.05.8400, 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte).

Relata que o pedido foi julgado procedente para determinar a extinção da ação por pagamento da dívida (art. 924, II, CPC), conforme sentença de fls. 930/931e. Opostos Embargos de Declaração pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, o recurso foi acolhido para determinar a compensação das quantias pagas diretamente aos obreiros, na seara trabalhista, com dívida em cobro no executivo fiscal, prosseguindo-se o feito pelo valor remanescente (fls. 970/972e). Manejados novos aclaratórios, os embargos foram providos sem alteração substancial do julgado (fls. 1.001/1.003e).

Interposta Apelação pela UNIÃO FEDERAL, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento ao recurso e à remessa oficial, ressaltando que "*uma vez incontroverso no feito o pagamento da verba trabalhista que fundamentou a execução impugnada, mesmo que em sede de acordo trabalhista, serve este como prova de quitação do débito (...)*" (fls. 1.041/1.044e).

Improvido o recurso integrativo interposto pelo ente público (fls. 1.080/1.083e).

Nas razões do apelo nobre, a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NA-

CIONAL) destaca que, ao manter a anulação do débito objeto da Execução Fiscal, o Tribunal de origem vulnerou os arts. 15, 18, 19-A, 25 e 26, parágrafo único da Lei 8.036/90. Argumenta que o pagamento do FGTS diretamente ao empregado, ainda que efetuado com suporte em provimento judicial, não tem o condão de quitar os débitos, não sendo oponível à autoridade operadora do fundo. Ressalta que, mesmo antes da alteração legislativa promovida pela Lei 9.491/97, a redação da Lei 8.036/90 apenas permitia o pagamento da verba fundiária diretamente ao empregado na exclusiva hipótese de dispensa sem justa causa. Salienta que, desde o advento da lei em questão, a quitação das obrigações ocorre exclusivamente mediante depósito na conta vinculada do trabalhador. Aduz, por fim, que, conforme se extrai da redação do art. 25 da Lei 8.036/90, nem mesmo em sede judicial é dado ao empregador realizar a quitação diretamente ao empregado, devendo efetuar o depósito das importâncias devidas em conta vinculada, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade da Certidão de Dívida Ativa que aparelhou a execução fiscal (fls. 1.090/1.097e).

Admitido pelo Tribunal de Origem (fl. 112e), o Recurso Especial foi qualificado como representativo de controvérsia, oportunizando-se às partes e

ao Ministério Público manifestação escrita sobre sua afetação ao rito dos repetitivos (fls. 1.121/1.122e).

Parecer do Ministério Público e manifestação da UNIÃO FEDERAL pela afetação ao rito dos repetitivos (fls. 1.140/1.144e).

Incluído em pauta para análise de admissão como paradigma, o recurso foi afetado, com delimitação da controvérsia nos seguintes termos:

Tema 1.176: Definir se são eficazes os pagamentos de FGTS, realizados na vigência da redação do art. 18 da Lei n. 8.036/1990 dada pela Lei n. 9.491/1997 diretamente ao empregado, em decorrência de acordo celebrado na Justiça do Trabalho, ao invés de efetivados por meio de depósitos nas contas vinculadas do titular.

Instado, o membro do **Parquet** opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.178/1.204e):

“Recurso especial repetitivo. Anulação de débito objeto de execução fiscal. Pagamento direto ao empregado de verbas de FGTS no âmbito de acordo judicial trabalhista sob a vigência do art. 18 da Lei 8.036/1990, na redação da Lei 9.491/1997.

O STJ não possui competência para firmar teses de natureza constitucional em recursos repetitivos, por se cuidar de atribuição do STF no rito da repercussão geral, muito embora pos-

sa desprover recursos especiais com base nelas.

A Justiça Federal carece de competência para apreciar pretensões que impliquem negar validade ou eficácia a pagamentos de verbas de FGTS, por meio diverso do depósito em conta vinculada do trabalhador, quando o adimplemento assim realizado tiver sido objeto de decisão homologatória de transação proferida pela Justiça do Trabalho, mesmo após a vigência do art. 18 da Lei 8.036/1990, na redação da Lei 9.491/1997.

A decisão trabalhista homologatória de transação acerca da existência de crédito de FGTS e do modo de seu adimplemento só pode ser rediscutida por meio da ação rescisória ou da ação anulatória do art. 966, § 4º, do CPC, interditada sua substituição pelo ajuizamento de quaisquer outras ações cuja causa de pedir abstraia a existência do provimento da Justiça do Trabalho e cujo pedido não se volte para sua desconstituição.

Parecer pelo desprovimento do recurso com a fixação da tese enunciada acima, fundada no direito ordinário.”

É o relatório.

VOTO

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS (Relator): Trata-se, na origem, de Ação Ordinária

objetivando a declaração de regularidade dos pagamentos realizados, pelo empregador, a título de FGTS, diretamente a seus empregados, após acordos homologados na justiça trabalhista.

Nas razões do Recurso Especial, amparado na negativa de vigência aos arts. 15, 18, 19-A, 25 e 26, parágrafo único da Lei 8.036/90, a FAZENDA NACIONAL sustenta, em síntese, que, a partir do advento da Lei 9.491/1997, a quitação das obrigações relativas ao FGTS ocorre, exclusivamente, mediante depósito na conta vinculada do trabalhador.

I - Do Recurso Especial representativo da controvérsia

O presente Recurso Especial foi interposto em face de acórdão publicado na vigência do CPC/2015, pelo que incide o Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ, aprovado na sessão plenária de 09/03/2016: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Como sabido, com o advento do referido Diploma Processual, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos passou a ser estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041. Já no âmbito do Regimento In-

terno desta Corte, o tema está regulado pelos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em atenção ao disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 c/ c art. 256, **caput**, do RISTJ, que estabelecem a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, além do presente feito foram afetados, pela Primeira Seção desta Corte, os **Recursos Especiais 2.004.215/SP** e **2.004.806/SP**, que cuidam do mesmo Tema 1.176/STJ.

O presente recurso é apto, nos termos previstos no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ. No mais, a tese recursal está devidamente prequestionada e a negativa de vigência à lei federal foi regularmente demonstrada, nos moldes legais e regimentais.

II -Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia em apreciação foi assim delimitada, por ocasião da afetação do presente Recurso Especial:

"Definir se são eficazes os pagamentos de FGTS, realizados na vigência da redação do art. 18 da Lei n. 8.036/1990 dada pela Lei n. 9.491/1997, diretamente ao empregado, em decorrência de acordo celebrado na Justiça do Trabalho, ao invés de efetivados por meio de

depósitos nas contas vinculadas do titular" (fl. 1160e).

A **quaestio juris** decorre da circunstância de que, na prática trabalhista, é comum as partes ajustarem, no contexto da celebração de um acordo, que o pagamento das diversas rubricas transacionadas, incluindo o montante devido a título de FGTS, seja feito diretamente na conta bancária do trabalhador. Ajustes dessa natureza são corriqueiramente homologados pelos juízes do trabalho, ao entendimento de que, estando presente hipótese legal que permite a movimentação da conta vinculada do FGTS, não haveria óbice à referida forma de pagamento. Considera-se que o depósito dos valores, pelo empregador, na conta vinculada do obreiro, para posterior saque, não atenderia aos interesses do último, parte hipossuficiente que anseia pelo recebimento da verba. Nesse contexto, a movimentação do numerário diretamente ao empregado seria a forma mais célere e menos onerosa para a liberação imediata da parcela fundiária, notadamente por representar economia de tempo e recursos financeiros frente às medidas necessárias ao saque do FGTS. Ocorre que, usualmente, o acerto não é comunicado à União Federal ou à Caixa Econômica Federal, circunstância que culmina na propositura de Execução Fiscal em desfavor do empregador.

Diante desse recorrente cenário, o Tribunal Regional da 5^a Região firmou remansosa jurisprudência, reafirmada na espécie, no sentido de que **o montante devido a título de FGTS comprovadamente pago ao empregado, após acordo celebrado na Justiça Trabalhista, deverá ser abatido do débito inscrito e cobrado em executivo fiscal.**

Por sua vez, a FAZENDA NACIONAL, ora recorrente, defende que **a partir de advento da Lei 9.491/1997, toda e qualquer quitação das obrigações relativas ao FGTS ocorre exclusivamente mediante depósito na conta vinculado do titular**, de modo que nem mesmo em sede judicial é dado ao empregador pagar diretamente ao trabalhador as quantias devidas.

Importa saber, portanto, se, no contexto de acordo homologado na Justiça do Trabalho, são eficazes, após o advento da Lei 9.491/1997, os pagamentos de FGTS realizados pelo empregador diretamente ao empregado.

Delineadas as balizas para a definição da tese jurídica, passo à análise da questão.

III -Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

A solução da questão controvertida demanda breve aná-

lise das disposições legais sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, notadamente no tocante à forma de sua quitação. Antes de adentrar ao estudo do arcabouço legislativo pertinente, valho-me das lições de MAURICIO GODINHO DELGADO para conceituar o fundo de garantia por tempo de serviço, **in verbis**:

"O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em re-colhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada" (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16 ed. São Paulo, LTr, 2017).

Criado pela Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, como alternativa ao recebimento de indenização por tempo de serviço (arts. 477, 478 e 496 a 498, CLT) e à aquisição da estabilidade decenal (art. 492, CLT), o fundo de garantia por tempo de serviço foi inicialmente voltado ao trabalhador urbano. Nos termos da referida legislação, havendo opção pelo regi-

me do FGTS, o empregado deixava de fazer jus ao regime indenizatório e estabilitário previstos pelos Capítulos V e VII da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 1º Para garantia do tempo de serviço ficam mantidos os Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, **assegurado, porém, aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente Lei.**

§ 1º O prazo para a opção é de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados da vigência desta Lei para os atuais empregados, e da data da admissão ao emprêgo quanto aos admitidos a partir daquela vigência.

§ 2º A preferência do empregado pelo regime desta Lei deve ser manifestada em declaração escrita, e, em seguida anotada em sua Carteira Profissional, bem como no respectivo livro ou ficha de registro.

§ 3º Os que não optarem pelo regime da presente Lei, nos prazos previstos no § 1º, poderão fazê-lo, a qualquer tempo, em declaração homologada pela Justiça do Trabalho, observando-se o disposto no Art. 16.

Segundo a Lei 5.107/66, todas as empresas que estivessem sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho sujeitar-se-iam ao ônus de realizar depósitos mensais e obrigatórios, em favor do empregado, correspondentes a 8% da remuneração

paga ou devida no mês anterior: (i) em conta bancária vinculada aberta em favor optante ou (ii) em conta individualizada, aberta em nome da empresa, em relação ao não optante (art. 2º). Tais quantias somente poderiam ser sacadas nas hipóteses legalmente previstas, a exemplo da demissão sem justa causa do obreiro ou da aquisição de moradia própria (art. 8º, I e 10º). Especificamente no caso de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, ficava a empresa obrigada a depositar, na data da dispensa, importânci equivalente a 10% do total dos depósitos realizados, incluída correção monetária e juros capitalizados, correspondentes a todo o período laborado pelo empregado (art. 6º).

A opção pelo Fundo de Garantia, sem excluir o sistema de estabilidade previsto pela CLT, foi alçada à categoria constitucional pela Constituição de 1967, que passou a prever, como direito do trabalhador que vise à melhoria de sua condição social, “*estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente*” (art. 158, inciso XIII, da CF/67).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido de quem já a houvesse alcançado (art. 5º, XXXVI c/c art. 14, Lei

8.036/90), deixou de existir, passando os trabalhadores urbanos e rurais, incluindo os domésticos (art. 7º, parágrafo único, EC 72/2013), a serem amparados, em caso de rescisão do contrato de trabalho, exclusivamente pelo FGTS:

Art. 7º São direitos dos **trabalhadores urbanos e rurais**, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Parágrafo único. **São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos** os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013).

No contexto da nova ordem constitucional, sobreveio a Lei 7.839, de 12 de outubro de 1989, que, após poucos meses de vigência, foi sucedida pela Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Nos termos da Lei 8.036/90, o FGTS constitui-se pelo sal-

do das contas vinculadas em nome dos trabalhadores, as quais são absolutamente impenhoráveis, e por outros recursos financeiros a eles incorporados, **ipsis litteris**:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

§ 1º Constituem recursos incorporados ao FGTS, nos termos do caput deste artigo:

- eventuais saldos apurados nos termos do art. 12, § 4º;
- dotações orçamentárias específicas;
- resultados das aplicações dos recursos do FGTS;
- multas, correção monetária e juros moratórios devidos;
- demais receitas patrimoniais e financeiras.

§ 2º As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis.

Os recursos que compõem o fundo, desde que sejam mantidos em volume que satisfaçam as condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda, deverão ser aplicados em: a) habitação; b) saneamento básico; c) infraestrutura urbana; d) operações de microcrédito; e) operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantró-

picas; f) instituições que atuem com pessoas com deficiência; e g) entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar (art. 9º, § 2º, com redação dada pela Lei nº 14.438, de 2022).

O cálculo e recolhimento da verba fundiária, pelo empregador, ocorrerá nos termos do art. 15, **caput**, com redação dada pela Lei 14.438/2022:

Art. 15. Para os fins previstos nesta Lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o vigésimo dia de cada mês, em conta vinculada, **a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador**, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Gratificação de Natal de que trata a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962. (Redação dada pela Lei nº 14.438, de 2022)

Para os fins da legislação, entende-se por empregador “*toda pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem as-*

sim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se” (art. 15, § 1º). Já trabalhador é toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, inclusive os domésticos e os aprendizes, excluindo-se os eventuais, os autônomos e os servidores públicos, civis e militares (art. 15, § 2º, § 3º e § 7º, Lei 8.036/90).

Em caso de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, deverá ser depositado na conta vinculada do empregado o valor do mês da rescisão, assim como o referente ao mês imediatamente anterior ainda não recolhido, além da importância correspondente a 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato, caso se trate de despedida sem justa causa (art. 18, **caput** e § 1º). Na hipótese de despedida por culpa recíproca ou força maior, o percentual da multa rescisória será reduzido para 20% (§ 2º).

Além das parcelas especificadas, a despedida sem justa causa será fato gerador para o recolhimento de contribuição social prevista pelo art. 1º da Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001:

Art. 1º Fica instituída contribuição social **devida pelos empregadores** em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Parágrafo único. Ficam isentos da contribuição social instituída neste artigo os empregadores domésticos.

A referida exação, criada para recompor o fundo de garantia após o reconhecimento das perdas monetárias sofridas com a implantação dos planos econômicos Verão (1988) e Collor (1989), destinou-se, inicialmente, à complementar a atualização monetária resultante da aplicação dos expurgos inflacionários no saldo das contas vinculadas ao FGTS (art. 4º, LC 110/2021). Conforme asseverou o Supremo Tribunal Federal por ocasião do reconhecimento, em repercussão geral (tema 846), da constitucionalidade do tributo em questão, “a partir de 2004, tais receitas poderão ser parcialmente destinadas a fins diversos, desde que igualmente voltados à preservação dos direitos inerentes ao FGTS, ainda que indiretamente” (RE 878.313/SC, Relator MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão ALEXAN-

DRE DE MORAES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/08/2020).

Consoante o art. 3º, § 1º da Lei Complementar 110/2021, as receitas arrecadadas com o recolhimento da contribuição serão incorporadas ao fundo de garantia:

Art. 3º Às contribuições sociais de que tratam os arts. 1º e 2º aplicam-se as disposições da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e da Lei nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, inclusive quanto a sujeição passiva e equiparações, prazo de recolhimento, administração, fiscalização, lançamento, consulta, cobrança, garantias, processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais.

§ 1º **As contribuições sociais serão recolhidas na rede arrecadadora e transferidas à Caixa Econômica Federal, na forma do art. 11 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, e as respectivas receitas serão incorporadas ao FGTS.**

Quanto às causas que autorizam a movimentação da conta vinculada, foram elencadas em extenso rol, continuamente ampliado pelo legislador, de natureza taxativa, incluindo-se, entre suas hipóteses, a concessão de aposentadoria, o falecimento do trabalhador, o acometimento de doença grave em estágio terminal e a idade igual ou superior a 70 anos (art. 20, incisos III, IV, XIV e XV).

Em relação à forma de recolhimento das verbas fundiárias, embora o depósito na conta vinculada, aberta em nome do obreiro, fosse a regra, no caso de rescisão do contrato pelo empregador, a Lei 8.036/90, em sua redação original, possibilitava o pagamento direto ao empregado de algumas rubricas integrantes do montante total a ser movimentado. Eram elas: I) depósito do mês da rescisão; II) depósito do mês imediatamente anterior, acaso ainda não recolhido; e III) 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa, ou no percentual de 20%, na hipótese de culpa recíproca ou força maior. Transcrevo, por oportuno, o respectivo dispositivo:

"Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, **ficará este obrigado a pagar diretamente ao empregado** os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, **pagará este diretamente ao trabalhador** importância igual a **quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada** durante a

vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

§ 2º Quando ocorrer **despedida por culpa recíproca ou força maior**, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de **vinte por cento**.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar do recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, e eximirão o empregador exclusivamente quanto aos valores discriminados."

Com o advento da Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997, a redação do art. 18

foi alterada para determinar que **todas as quantias devidas pelo empregador, sem exceção, deveriam ser depositadas na conta vinculada do trabalhador**. Vejamos:

"Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, **ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS** os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. **(Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)**

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, **depositará este, na**

conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar da documentação comprobatória do recolhimento dos valores devidos a título de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, excluindo o empregador, exclusivamente, quanto aos valores discriminados. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)".

Portanto, desde de setembro de 1997, o depósito, na conta vinculada do obreiro, de todas as rubricas relativas ao FGTS, inclusive daquelas que, excepcionalmente, poderiam ser pagas diretamente por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, passou a ser o meio exclusivo e obrigatório para o escorreito cumprimento da obrigação de fazer a cargo do empregador.

Note-se que mesmo antes da alteração legislativa em exame, a Lei 8.036/90 já previa que, ainda que o trabalhador in-

gressasse na via judicial, a verba fundiária deveria ser depositada na conta vinculada ao fundo, afastando-se a opção pelo pagamento direto. A propósito, transcrevo os dispositivos pertinentes:

Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para competi-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta lei.

Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverão ser notificados da propositura da reclamação.

Art. 26. É competente a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre os trabalhadores e os empregadores decorrentes da aplicação desta lei, mesmo quando a Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social figurem como litisconsortes.

Parágrafo único. Nas reclamatórias trabalhistas que objetivam o resarcimento de parcelas relativas ao FGTS, ou que, direta ou indiretamente, impliquem essa obrigação de fazer, o juiz determinará que a empresasucumbente proceda ao recolhimento imediato das importâncias devidas a tal título.

A leitura conjugada dos dispositivos não deixa dúvidas

que, mesmo no contexto de uma reclamatória trabalhista, o cumprimento da obrigação atinente ao pagamento das parcelas fundiárias deverá ser feita nos moldes legalmente previstos, ou seja, mediante depósito, pelo empregador, em conta vinculada, não havendo discricionariedade, nem mesmo para o magistrado, quanto à forma de sua quitação.

A previsão normativa de depósito em conta vinculada não é despropositada. Deve-se ter em mente que, além do interesse do trabalhador no recebimento dos depósitos acumulados em sua conta, há o interesse do órgão gestor do fundo em assegurar sua correta administração, operacionalização e sustentabilidade. Em paralelo, o recolhimento em questão envolve finalidade social que transcende a esfera individual do obreiro, haja vista a utilização dos recursos do fundo para a concretização de políticas públicas, a exemplo da habitação e do saneamento básico (art. 9º, § 2º, Lei 8.03/90). Ademais, **não se pode olvidar que nem todas as quantias arrecadadas são de propriedade do trabalhador.** Consoante já salientando, a legislação de regência discrimina as **rúbricas que serão incorporadas ao patrimônio do fundo, consistentes em multas, correção monetária e juros moratórios (art. 2º, §**

1º, alínea d, da Lei 8.036/90), decorrentes do atraso no recolhimento do FGTS pelo empregador, além da contribuição social devida por despedida sem justa causa (arts. 1º e 3º, § 1º, da Lei Complementar 110/2001). Assim sendo, em caso de ausência de depósito das parcelas fundiárias e/ou despedida injustificada, a observância da forma prescrita em lei para quitação da verba assegura o recolhimento, pelo fundo, de todos os consectários legais devidos em razão da mora, bem como da contribuição social respectiva, coibindo fraudes. Desse modo, enquanto não for realizado o depósito na conta vinculada do trabalhador, forma específica legalmente prevista para o cumprimento da obrigação de fazer imposta ao empregador, não ocorrerá a quitação da parcela fundiária.

A propósito e a fim de elucidar quaisquer dúvidas, com a entrada em vigor da Lei 13.932, de 11 de dezembro de 2019, que acrescentou o art. 26-A às disposições da Lei 8.036/90, ficou expresso que o pagamento direto, ao trabalhador, das verbas do FGTS considera-se não quitado para fins de apuração e lançamento:

"Art. 26-A. Para fins de apuração e lançamento, considera-se não quitado o valor relativo ao FGTS pago diretamente ao trabalhador, vedada a sua conversão

em indenização compensatória".

Conquanto os comandos normativos referentes à forma de quitação do FGTS fossem claros quanto à necessidade de depósito, em conta vinculado do trabalhador, de todas as parcelas devidas (art. 18, **caput** e § 1º e art. 26, parágrafo único, ambos da Lei 8.036/90), foram corriqueiras as transações celebradas, entre empregador e empregado, na justiça especializada, que culminaram no pagamento do **quantum debeatur** diretamente ao último. O pagamento direto, apesar de **contra legem**, vem sendo autorizado pela justiça laboral, que homologa o ajuste. A despeito do propósito de buscar o célere recebimento dos recursos fundiários pela parte hipossuficiente da relação trabalhista, não há dúvidas que a decisão judicial que assim procede o faz com ofensa ao disposto nos arts. 18, **caput** e § 1º e 26, parágrafo único, ambos da Lei 8.036/90.

Ocorre que, embora realizado em termos contrários ao que dispõe a legislação de competência, não se pode desconsiderar que o acordo foi submetido ao crivo do Judiciário (art. 487, II, alínea *b*, do CPC/15). A referida decisão é irrecorrível (art. 831, parágrafo único, da CLT) e faz coisa julgada material, sujeitando-se tão somen-

te ao corte rescisório (Súmula 259/TST), cuja competência para apreciação é da própria justiça trabalhista (art. 836, CLT). Transcrevo, a propósito, os citados comandos normativos:

CPC

Art. 487. Haverá **resolução de mérito** quando o juiz:

- III - homologar;
- b) a transação;

CLT

Art. 831 -A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil,

sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.

Parágrafo único. A execução da decisão proferida em ação rescisória far-se-á nos próprios autos da ação que lhe deu ori-

gem, e será instruída com o acórdão da rescisória e a respectiva certidão de trânsito em julgado.

SÚMULA N° 259 -TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA

Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

Nessa senda, não cabe à Justiça Federal, ou ao Superior Tribunal de Justiça, à míngua de competência jurisdicional para tanto, adentrar, em sede de Embargos à Execução Fiscal, Ação Anulatória, Ação Declaratória da Inexistência do Débito, ou por qualquer outra via, na correção do seu mérito, ou desconsiderá-la, para o fim de reconhecer a ineficácia do pagamento realizado em desconformidade com o prescrito em lei. A decisão homologatória, proferida pela justiça especializada, produz seus regulares efeitos no mundo jurídico até que sobrevenha – e caso sobrevenha – sua desconstituição pelo órgão competente, pela via da ação rescisória.

Tal cenário, contudo, não elide o lançamento fiscal das parcelas do FGTS que serão incorporadas ao fundo, consistentes em multas, correção monetária e juros moratórios, conforme art. 2º, § 1º, alínea d, da Lei 8.036/90, e na contribuição social devida pelo empregador em caso de despedi-

da sem justa causa, consoante art. 1º, **caput**, c/c art. 3º, § 1º, ambos Lei Complementar 110/2001, para cobrança diretamente pela Fazenda Nacional, ou, mediante convênio, pela Caixa Econômica Federal (art. 2º, **caput**, Lei 8.844/94). Tem-se em vista que, além das referidas rubricas não pertencerem ao obreiro, mas ao próprio fundo de garantia, a titular do crédito e/ou o agente operador do fundo não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicados, conforme dicção do art. 506 do Código de Processo Civil, **in verbis**:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Destarte, embora não se possa negar, no âmbito da justiça federal, eficácia aos pagamentos homologados pelos magistrados trabalhistas sem prévio corte rescisório do **decisum** pela própria justiça especializada, ressalva-se a cobrança das parcelas não alcançadas pelo acordo celebrado e, portanto, não acobertadas pela coisa julgada.

III.1 Posição da jurisprudência do STJ e do TST sobre o Tema 1.176

À luz das alterações realizadas pela Lei 9.491/97 quanto à forma de recolhimento da ver-

ba fundiária, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o REsp 632.125/RS (Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJU de 19/09/2005), reconheceu que o art. 18 da Lei 8.036/90, na sua redação original, permitia que, em caso de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas do FGTS:

- I) depósito devido no mês da rescisão;
- II) depósito devido no mês imediatamente anterior, caso ainda não recolhido; e
- III) 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa, ou no percentual de 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

Ressaltou, por conseguinte, que após a alteração legal na redação do art. 18 da Lei 8.036/90, nada mais poderia ser pago diretamente ao trabalhador, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas a título de FGTS em conta vinculada. Eis a ementa do acórdão referente ao julgamento:

"FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA – PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO –

COBRANÇA PELA CEF – VIOLAÇÃO DO ART. 26 DA LEI 8.036/90.

1. Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 18 da Lei 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. **Com a alteração procedida pela Lei 9.491/97, nada mais poderia ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.**

3. **Hipótese dos autos em que o pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima, quando já em vigor a Lei 9.491/97. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal.**

4. Ofensa ao art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/90.

5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 632.125/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJU de 19/09/2005).

Após a apreciação deste paradigma, em idêntica linha de intelecção, consolidou-se a orientação deste Tribunal da Cidadania quanto à ineficácia do pagamento direto do

FGTS oriundo de acordo trabalhista devidamente cancelado pela justiça especializada:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEDUÇÃO DE VALORES RELATIVOS AO FGTS PAGOS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.491/97.

1. Após a entrada em vigor da Lei 9.491/97, os valores do FGTS pagos pelo empregador diretamente ao empregado, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, não podem ser deduzidos do total exigido na execução fiscal, ante a falta de previsão legal. Precedentes do STJ: REsp 632.125/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 19.09.2005; REsp 585.818/RS, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 23.05.2005.

2. Recurso especial a que se dá provimento" (STJ, REsp 750.129/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 20/02/2006).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. TRANSAÇÃO REALIZADA APÓS A LEI 9.491/97. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELA CAIXA.

PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Revela-se improcedente argüição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio.

2. Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 18 da Lei 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40% (demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

3. Com a entrada em vigor da Lei 9.491/97, o pagamento direto ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

4. Compulsando-se os autos, percebe-se que o acordo entre o empregado Valdir Schneider e a empresa foi realizado em 18 de janeiro de 2001 (fl. 113), data, portanto, posterior à entrada em vigor da Lei 9.491/97. Então, é legítima a cobrança pela Caixa, em execução fiscal, de valores transacionados em desacordo com a lei, no to-

cante ao pagamento direto ao empregado.

5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.135.440/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. FGTS. - ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. -PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem extinguiu a Execução Fiscal relativa à cobrança de FGTS em virtude do pagamento direto aos empregados das devidas parcelas quando da rescisão dos contratos ou acordos trabalhistas.

2. O STJ pacificou o entendimento de que, “com a entrada em vigor da Lei n. 9.491/97, o pagamento direto ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS” (AgRg nos EDcl no REsp 1.493.854/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.3.2015).

3. Recurso Especial provido para determinar o prosseguimento da Execução Fiscal inclusive em relação aos valores pagos, a título de FGTS, diretamente aos trabalhadores, após a Lei 9.491/1997. (REsp n. 1.664.000/RS, relator Ministro HERMAN BENJAMIN,

SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe de 17/05/2017) PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PAGAMENTO DIRETO AO EMPREGADO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

I - O presente feito decorre de ação que objetiva anulação do débito do Fundo de Garantia e de Contribuição Social -NDFC, no tocante aos valores alusivos à multa rescisória. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a sentença foi reformada.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra pacificada no sentido de que os pagamentos em reclamação trabalhista a título de FGTS, diretamente aos trabalhadores, caracterizam transação extrajudicial eivada de nulidade, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas do FGTS em conta vinculada, em conformidade com a previsão contida no art. 18 da Lei n. 8.036/1990, com a redação da Lei n. 9.491/1997. Nesse sentido: REsp n. 1.664.000/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/5/2017, DJe 17/5/2017; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.364.697/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 4/5/2015 e AgRg nos EDcl no REsp n. 1.493.854/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 2/3/2015.

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.657.278/RS, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe de 11/12/2018).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS. PAGAMENTO DIRETO AOS EMPREGADOS. ACORDO TRABALHISTA. VIGÊNCIA DA LEI N 9.491/1997. COBRANÇA. LEGITIMIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

2. **O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, a partir da alteração legislativa de 1997, não é mais possível o pagamento direto aos empregados dos valores relativos à contribuição ao FGTS, sendo admissível, portanto, eventual abatimento da dívida cobrada em execução fiscal, apenas do montante efetivamente pago na vigência da redação original do art. 18 da Lei n. 8.036/1990.**

3. Hipótese em que o Tribunal de origem divergiu da jurisprudência desta Corte, ao admitir a possibilidade de compensação dos valores pagos aos empregados, a título de contribuição ao FGTS, no âmbito de reclamação trabalhis-

ta, mesmo após a vigência da Lei 9.491/1997.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.830.529/PE, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2019, DJe de 06/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DÉBITOS DE FGTS. PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES NO ÂMBITO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INOBSERVÂNCIA DA LEI 9.491/997. ACÓRDÃO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Conforme exposto pela parte agravante, “Trata-se de Execução Fiscal em que a União Federal, como representante do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, exige a cobrança de valores supostamente devidos a título de alegada ausência de recolhimento das contribuições previstas pela Lei n. 8.036/90 e Lei Complementar n. 110/0 (...), referente às competências de 04/1999 a 05/2013”.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, com a alteração procedida pela Lei 9.491/1997, os pagamentos em reclamação trabalhista a título de FGTS, feitos diretamente aos trabalhadores, **caracterizam transação extrajudicial eivada de nulidade, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas do FGTS em conta vinculada, nos termos do art. 18 da Lei 8.036/1990**. Precedentes: AgInt nos EDcl no REsp 1733179/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 11/03/

2019; AgInt no REsp 1688537/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 11/12/2018; AgRg no REsp 1.551.718/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17.3.2016; AgRg nos EDcl no REsp 1.493.854/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.3.2015.

3. Agravo Interno não provido. (AgInt no AgInt no REsp n. 1.866.981/RS, Relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2021, DJe de 17/02/2021) TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DÉBITOS DE FGTS. PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES NO ÂMBITO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IMPOSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DA LEI 9.491/997. PRECEDENTES.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, após a alteração procedida pela Lei 9.491/1997, não é possível mais o pagamento do FGTS diretamente ao empregado, devendo o empregador realizar o depósito de todas as parcelas em conta vinculada. Precedentes: AgInt no REsp 1.831.804/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 24/04/2020; AgInt no REsp 1.830.529/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2019, DJe 06/12/2019; REsp 1.664.000/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017.

2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.935.534/PE, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2021, DJe de 14/10/2021) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECOLHIMENTO DE FGTS. CONTRIBUIÇÕES POSTERIORES À LEI 9.491/1997. DEPÓSITO NA CONTA VINCULADA DO TRABALHADOR. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento segundo o qual, após a vigência da Lei 9.491/97, não mais se aproveitam os pagamentos realizados diretamente aos empregados, no âmbito de reclamação trabalhista, das contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), sendo certo que, até a data de publicação da referida norma legal, os pagamentos eventualmente realizados pelo empregador a título de contribuição para o FGTS devem ser considerados para fins de abatimento da dívida porventura cobrada.

2. No caso dos autos, uma vez que as contribuições se referem a período posterior à edição da norma que determina o recolhimento exclusivo mediante depósito na conta vinculada de titularidade do trabalhador, é certo que essas parcelas não podem ser abatidas do montante do débito.

3. Nesse contexto, a instância recorrida, ao decidir pela inexis-

tência do débito relativo a FGTS, não obstante os valores não terem sido depositados pelo empregador na conta vinculada do empregado, como determina a Lei 9.491/1997, está em descompasso com o entendimento deste Sodalício.
4. Agravo interno não provido. (Aglnt no REsp n. 1.950.856/RN, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2022, DJe de 20/10/2022)

Por sua vez, em que pese a jurisprudência sedimentada quanto à **impossibilidade de pagamento do FGTS, diretamente ao empregado, em reclamatória trabalhista ajuizada para o recebimento das respectivas parcelas** (RR-102741-38.1999.5.04.0028, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 13/08/2010; TST, RR 23440-18.2008.5.16.0020, Rel. Ministro GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS, SEGUNDA TURMA, DEJT de 08/04/2011; RR 9900.47.2009.5.04.0004, Rel. Ministro MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, OITAVA TURMA, DEJT DE 18/09/2015; RR-1000022-39.2019.5.02.0052, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 12/11/2021), o Tribunal Superior do Trabalho **preservou a eficácia do pagamento direto no contexto de acordo judicialmente homologado:**

"I -AGRADO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. UNIMED DE MANAUS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. RECOLHIMENTO FUNDIÁRIO. ACORDO JUDICIAL. Da análise do recurso de revisita interposto pela parte, conclui-se que não foi observada a regra prevista no art. 896, §1-A, I, da CLT. Com efeito, a transcrição integral do acórdão recorrido não logra comprovar o prequestionamento do tema objeto do recurso. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

II -AGRADO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. FGTS. RECURSO DE REVISTA. **PAGAMENTO FEITO DIRETAMENTE AO EMPREGADO. ACORDO JUDICIAL.**

Depreende-se dos autos que o recolhimento fundiário foi objeto de acordo judicial firmado entre a reclamante e seus ex-empregados, ocasião na qual se autorizou o pagamento direto das verbas relativas à indenização de 40% sobre o saldo do FGTS. A controvérsia se instala em razão da previsão do art. 18, §1º, da Lei 8.036/90, que determina que a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, em caso de despedida sem justa causa, deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador. No entanto, **no caso em tela, é forçoso reconhecer a autoridade da qual se reveste o acordo judicial homologado pelo**

Poder Judiciário. O magistrado, ao homologar o acordo apresentado, reconheceu a legalidade do instrumento por meio da ponderação de interesses, buscando assegurar a observância das normas garantidoras dos direitos sociais dos trabalhadores. Assim, considerando que os empregados receberam as verbas fundiárias adequadamente, e que o pagamento se realizou sob guarda jurisdicional, não há que se falar em invalidação da conciliação operada, sob pena de infringência daquele previsto nos arts. 487, "b", do NCPC; 831, parágrafo único, da CLT e Súmula 259 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-2085-98.2014.5.11.0013, 2^a Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT 18/09/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI N° 13.015/2014. FGTS. PAGAMENTO FEITO DIRETAMENTE AO EMPREGADO. ACORDO JUDICIAL. SÚMULA 259 DO TST. Depreende-se dos autos que **o recolhimento fundiário foi objeto de acordo judicial firmado entre a reclamante e a ex-empregadora, ocasião na qual se autorizou o pagamento direto das verbas relativas a depósitos do FGTS e indenização de 40% sobre o saldo do FGTS.** A controvérsia se instala em razão da previsão do art. 18, caput e §1º, da Lei 8.036/90, que determina que a importância refe-

rente a depósitos fundiários e indenização de 40%, em caso de despedida sem justa causa, deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador. No entanto, **no caso em tela, é forçoso reconhecer a autoridade da qual se reveste o acordo judicial homologado pelo Poder Judiciário. O magistrado, ao homologar o acordo apresentado, reconheceu a legalidade do instrumento por meio da ponderação de interesses, buscando assegurar a observância das normas garantidoras dos direitos sociais dos trabalhadores. Assim, considerando que os empregados receberam as verbas fundiárias adequadamente, e que o pagamento se realizou sob guarda jurisdicional, não há que se falar em invalidação da conciliação operada, sob pena de infringência do quanto previsto nos arts. 487, "b", do NCPC; 831, parágrafo único, da CLT e Súmula 259 do TST.** Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR-10051-15.2018.5.03.0169, 2^a Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT 25/02/2022).

O referido entendimento, contudo, foi revertido em recente decisão:

"I - AGRAVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. NULIDADE. ACORDO. FGTS. PAGAMENTO DIRETO AO EMPREGADO. VEDAÇÃO PREVISTA EM LEI.

Observa-se possível violação do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/1990, em razão da reanálise dos pressupostos recursais. Agravo provido para que seja analisado o agravo de instrumento.

II -AGRADO DE INSTRUMENTO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. NULIDADE. ACORDO. FGTS. PAGAMENTO DIRETO AO EMPREGADO. VEDAÇÃO PREVISTA EM LEI.

Ante a possível violação do art. art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/1990, deve ser provido o agravo de instrumento para se determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

III -RECURSO DE REVISTA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. NULIDADE. ACORDO. FGTS. PAGAMENTO DIRETO AO EMPREGADO. VEDAÇÃO PREVISTA EM LEI.

Depreende-se dos autos que **o recolhimento fundiário foi objeto de acordo judicial firmado entre a reclamante e a ex-empregadora, ocasião na qual se autorizou o pagamento direto das verbas relativas a depósitos do FGTS e indenização de 40% sobre o saldo do FGTS.** A controvérsia se instala em razão da previsão do art. 18, caput e §1º, da Lei 8.036/90, que determina que a importância referente a depósitos fundiários e indenização de 40%, em caso de despedida sem justa causa, deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador. Conforme art. 26, parágrafo único,

da Lei 8.036/1990, os valores relativos às parcelas do FGTS devem ser depositados na conta vinculada do empregado, e não pagos diretamente. **Assim, há vedação legal para o pagamento dos valores referentes às parcelas do FGTS direto ao trabalhador, nos termos dos arts. 18, caput e 26, parágrafo único, da Lei 8.036/1990.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido"

(RR-1000596-42.2020.5.02.0015, 2ª Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT 17/03/2023).

Pois bem. O atento e pormenorizado exame das razões de decidir dos julgados do Tribunal da Cidadania supra colacionados, assim como de outros precedentes da Corte sobre o mesmo tema (**Resp 754.538/RS**, Relatora Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2007; **Resp 1.135.440/PR**, Relator Ministro MAURO CAMPBELL, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010; **AgInt no REsp 1.688.537/RS**, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018; **AgInt nos Edcl no Resp 1.733.179/RS**, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019; **AgInt no REsp 1.831.804/RS**, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020); e **AgInt nos EDcl**

no REsp 1.947.927/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2022), revela que o ponto nodal da questão, consistente na existência de decisão homologando o acordo celebrado entre empregador e empregado, com autorização para pagamento diretamente ao último, não foi enfrentado desde a apreciação do primeiro recurso que tratou da alteração prevista pela Lei 9.491/97 (**Resp 632.125/RS**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJU de 19/09/2005).

Na essência, a **ratio decidendi** do entendimento jurisprudencial foi delineada à luz da legalidade, haja vista a já exaustivamente mencionada alteração trazida pela Lei 9.491/97, responsável por determinar o depósito de todas as parcelas concernentes ao FGTS na conta vinculada do obreiro (art. 18, **caput** e § 1º e art. 26, ambos da Lei 8.036/90). Tal fundamento ensejou o reconhecimento da legitimidade da Execução Fiscal proposta, em desfavor do empregador, pela integralidade da dívida.

Se, por um lado, a assertiva está em harmonia com o arcabouço legislativo disciplinador do fundo de garantia, por outro, quando aplicada sem adentrar na questão atinente à prévia existência de acordo judicialmente homologado, não

é suficiente para encerrar a controvérsia, incorrendo em grave vício de fundamentação:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocatória, sentença ou acórdão, que:

(...)

IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

De igual modo, o fundamento acrescido no **AgInt no REsp 1.657.278/RS** (Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018), no sentido de que “os pagamentos em reclamação trabalhista a título de FGTS, diretamente aos trabalhadores, caracterizam transação extrajudicial evitada de nulidade”, posteriormente reproduzido no **AgInt no REsp 1.831.804/RS** (Relator MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020) e no **AgInt no AgInt no REsp 1.866.981/RS** (Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2021), não é suficiente para infirmar a premissa em questão. Isso porque, consoante já salientado no decorrer deste voto, a decisão homologatória de acordo na justiça trabalhista possui natureza irrecorrível e faz coisa

julgada, somente se sujeitando à desconstituição mediante ação rescisória ajuizada na própria justiça laboral, consoante art. 831, parágrafo único, c/c art. 836, ambos da CLT. Logo, carece ao Superior Tribunal de Justiça competência para se imiscuir no conteúdo

da decisão homologatória, negando-lhe os correspondentes efeitos.

Por último, interessante notar que, embora o julgado mais recente do TST tenha sido no sentido de reconhecer a ineficácia do pagamento direto (RR-1000596-42.2020.5.02.0015, 2ª Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT 17/03/2023), **a leitura de seu inteiro teor revela que, ao contrário do que ocorreu nos precedentes anteriormente indicados** (AIRR-10051-15.2018.5.03.0169, 2ª Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANN, DEJT 25/02/2022 e AIRR-2085-98.2014.5.11.0013, 2ª Turma, Relatora Ministra MARIA HELENA MALLMANn, DEJT 18/09/2020), **a questão concernente à homologação judicial não foi examinada**. A omissão, tanto no caso do STJ quanto do TST, evidencia que tal premissa é imprescindível e incontornável para a correta análise e solução do caso concreto. É dizer: ainda que contrária aos termos da lei, a homologação de acordo, com autorização para pagamento direto do FGTS, é

decisão judicial, devendo produzir seus regulares efeitos no mundo jurídico até que sobrevenha sua desconstituição, pela via adequada, após análise do órgão competente. De outro modo, não poderá ser desconsiderada

IV -Tese jurídica firmada, para fins do recurso repetitivo (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, propõe-se a seguinte tese:

"São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC)"

V - Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, permanece o exame do caso concreto.

Consoante relatado, foi proposta, por AMÉRICA FUTEBOL CLUBE, Ação Ordinária, em fe-

vereiro de 2020, objetivando a declaração de regularidade dos pagamentos realizados, a título de FGTS, diretamente a seus empregados, após diversos acordos homologados na Justiça do Trabalho, haja vista a cobrança da verba em Execução Fiscal.

Inicialmente, o processo foi julgado procedente para determinar a extinção da dívida por pagamento (art. 924, II, CPC), sob o fundamento de que, muito embora a Caixa Econômica Federal não tenha sido informada a respeito, o débito foi saldado no bojo de várias Reclamações Trabalhistas, objeto de acordos judiciais homologados, com pagamento da verba relativa ao FGTS diretamente aos reclamantes (fls. 930/931e).

Após a oposição de embargos de declaração, o julgado foi integrado para determinar a compensação das quantias pagas diretamente ao trabalhador com o montante em cobro no executivo fiscal, determinando-se a continuidade do feito pelo valor remanescente (fls. 970/972e).

Em grau recursal, foi negado provimento à Apelação interposta pela FAZENDA NACIONAL, ao fundamento de que o pagamento direto da verba fundiária por força de acordo trabalhista chancelado pela justiça especializada se presta como prova da quitação (fls. 1041/1044e).

Transcrevo, por oportuno, excerto do decidido acerca da **quaestio juris**:

“O cerne da questão reside no exame da possibilidade de quitação dos débitos referentes a verbas do FGTS diretamente ao trabalhador em sede de ações trabalhistas e a repercussão na respectiva execução fiscal. Sobre a matéria, a Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem reconhecendo a legitimidade dos pagamentos realizados diretamente aos trabalhadores em razão de acordos judiciais, sem, no entanto, que tal fato implique na automática extinção da respectiva CDA. Observe-se (destaques inexistentes na origem):

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. SUPOSTO PAGAMENTO REALIZADO DIRETAMENTE AOS EMPREGADOS EM RAZÃO DE ACORDOS FIRMADOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. NULIDADE DA SENTENÇA ACOLHIDA. PROVIMENTO.

1. Apelação da embargante contra sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida nestes embargos à execução fiscal. [...]

5. **A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que os valores devidos a título de FGTS comprovadamente**

pagos aos empregados através de acordo na Justiça Trabalhista devem ser abatidos do débito cobrado através de executivo fiscal (APELREEX12348/CE, Rel. Des. Federal RUBENS DE MENDONÇA CANUTO [conv.], Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJE 27/10/2010, p. 381).

6. Igualmente, este Tribunal perfilha o entendimento de que, a fim de se evitar ofensa ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa), é salutar a realização de prova pericial para comprovação de pagamento de parcelas de FGTS diretamente ao empregado na Justiça Laboral (AC433883/AL, Rel. Des. Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Segunda Turma, j. 02/09/2008, DJ 08/10/2008, p. 227; APELREEX31970/PE, Rel. Des. Federal MANUEL MAIA [conv.], Primeira Turma, j. 05/05/2016, DJE 12/05/2016, p. 89, 0807685 8720164050000, AG/SE, Rel. Des. Federal CID MARCONI, Terceira Turma, j. 27/01/2017).

7. Nesse pôrtico, havendo, na hipótese em apreço, indícios de que, pelo menos, parte da dívida fiscal foi paga em razão de recolhimentos de FGTS diretamente na conta dos empregados do apelante, como resultado de acordos trabalhistas, tendo em vista os documen-

tos por ele acostados aos autos, o julgamento antecipado da lide pelo Juízo de origem afrontou os princípios do contraditório e da ampla defesa, sobretudo por haver, in casu, a necessidade de prova pericial.

8. Precedente desta Turma: 08003478920154058312, AC, Rel. produção de prova pericial. Des. Federal MANUEL MAIA [conv.], 4ª Turma, JULGAMENTO: 06/04/2017.

9. Apelação provida, anulando-se a sentença e determinando-se o retorno do processo ao Juízo de origem, a fim de que lá seja realizada perícia contábil destinada a apurar os valores pagos na esfera trabalhista e a abater os do montante da dívida exequenda, devendo ser realizada a intimação prévia das partes para a juntada da documentação que entenderem pertinente ao trabalho pericial. (PROCESSO: 08008033220164058400, AC -Apelação Cível -, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 17/10/2019, PUBLICAÇÃO)

No presente caso, observa-se que o juízo *a quo* entendeu pela anulação parcial do título executado ante o comprovado pagamento de parte das verbas relativas ao FGTS em sede de acordo trabalhista. Observe-se:

6. Foi realizada nova audiência conjunta de instrução e julgamento na data de 10.02.2021 (identificador nº 4058400.8191824), na qual restou reconhecido que, de fato, parte da dívida que baseia a execução fiscal nº 0807740-53.2019.4.05.8400 já foi quitada perante várias reclamações Trabalhistas nas quais os valores da verba concernente ao FGTS foram pagos diretamente aos reclamantes/trabalhadores, sem que tenha havido informações desta quitação perante a Caixa Econômica Federal.

7. Relatado. Decido.

8. Ante as informações colhidas na última audiência, prestadas pelo próprio Juiz do Trabalho, de que as verbas fundiárias que embasam a questão foram, de fato, pagas diretamente aos reclamantes/trabalhadores, não restam dúvidas que parte das dívidas que embasam a execução fiscal ora combatida já foram quitadas perante a Justiça Trabalhista, de forma que sua cobrança na seara fiscal constitui insustentável bis in idem

9. Deve-se reconhecer, contudo, que, devido ao procedimento irregular pelo qual a Justiça do Trabalho procedeu com os pagamentos fundiários, repassando-os de forma direta aos reclamantes, sem informações à Caixa Econômica Federal quanto à quitação do débito, entendo correto não haver condenação em honorários

sucumbenciais no caso dos autos, haja vista não ter havido causalidade por quaisquer das partes, uma vez que a Fazenda Nacional procedeu à cobrança sem informações, não por culpa sua, de que o débito já havia sido quitado.

10. Desse modo, com base na fundamentação supra, a decisão que antecipou a tutela confirmo do caso e julgo procedente os pedidos expostos na petição inicial, de modo que determino que os créditos aqui reconhecidos, em favor do autor, sejam compensados no valor da execução fiscal de nº 0807740-53.2019.4.05.8400, haja vista o pagamento de parte das dívidas que baseiam o referido processo, devendo o processo executivo continuar pelo seu valor remanescente.

11. Sem custas, ante a imunidade de que goza o órgão público réu.

12. Sem honorários sucumbenciais, conforme fundamentação supra. 13. Intimem-se as partes. Após, nada sendo requerido e preclusa a instância recursal, arquive-se o feito.

Nesse condão, mesmo admitida a presunção de legitimidade dos atos administrativos -razão pela qual a sua desconstituição só é possível quando comprovadas as irregularidades suscitadas -restou comprovado no feito o pagamento parcial da verba referente ao FGTS, razão

pela qual se revela indevida a execução impugnada.

Desta feita, uma vez incontrovertido no feito o pagamento da verba trabalhista que fundamentou a execução impugnada, mesmo que em sede de acordo trabalhista, serve este como prova de quitação do débito, exatamente como vem admitindo esta Corte Regional, devendo-se, assim, manter a sentença em todos os seus termos". (fls. 1042/1043e)

Na espécie, conforme consta dos autos, todos os acordos firmados na seara trabalhista foram celebrados e judicialmente chancelados após o advento da Lei 9.491/1997, sendo os mais antigos homologados no ano de **2016**. Foi comprovada, na origem, a quitação da verba fundiária diretamente ao empregado (fls. 61/86 e 356/366). Nesse contexto, o reconhecimento da eficácia dos correspondentes pagamentos coaduna-se com a tese que ora se propõe, no sentido de que **"São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC)"**.

tente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC)"

Logo, não merece reforma o acórdão combatido.

Ante o exposto, proponho que seja firmada a seguinte tese: **"São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC)"**.

Quanto ao caso concreto, conheço do Recurso Especial e nego-lhe provimento. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese, no tema 1176: São eficazes os pagamentos de FGTS realizados diretamente ao empregado, após o advento da Lei 9.491/1997, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho. Assegura-se, no entanto, a cobrança de todas as parcelas incorporáveis ao fundo, consistente em multas, correção monetária, juros moratórios e contribuição social, visto que a União Federal e a Caixa Econômica Federal não participaram da celebração do ajuste na via laboral, não sendo por ele prejudicadas (art. 506, CPC).

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Superior Tribunal de Justiça

STJ. Tema 1156. Prestação de serviços bancários. Fila. Demora. Dano moral. Inocorrência.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA N° 1.156/STJ. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. SERVIÇOS BANCÁRIOS. FILA. DEMORA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CASO CONCRETO.

1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: O simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera por si só dano moral *in re ipsa*.

2. Julgamento do caso concreto.

2.1. É necessário que, além do ato ilícito, estejam presentes também o danoe o nexo de causalidade, tendo em vista serem elementos da responsabilidade civil.

2.2. Na hipótese, o autor não demonstrou como a espera na fila do banco lhe causou prejuízos, circunstância que

não ultrapassou a esfera do mero aborrecimento cotidiano.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrighi abrindo divergência, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento no caso concreto, por maioria, dar provimento ao recurso especial para afastar a indenização a título de danos morais, com a fixação de tese repetitiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no TEMA 1156: “O simples des-cumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviços bancários não gera por si só dano moral *in re ipsa*.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha,

¹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=247174079®istro_numero=202201463509&peticao_numero=&publicacao_data=20240528&formato=PDF>

Humberto Martins, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida no caso concreto a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Raul Araújo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília, 24 de abril de 2024.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator.

REsp 1962275/GO. DJe 29/04/2024.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por Banco do Brasil com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

No caso em apreço, o Tribunal local julgou Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas -IRDR, suscitado de ofício pelo Desembargador Relator nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Marcelo Pereira Gonçalves, ora recorrido, contra o ora recorrente, fixando tese no sentido de que a mora excessiva na prestação de serviço bancário, quando não observados os prazos fixados em legislação municipal específica, configura dano moral

por defeito na prestação do serviço ofertado ao consumidor, cuja presunção é *in re ipsa*.

Os acórdãos proferidos na origem ficaram assim ementados:

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DEMANDAS REPETITIVAS. DEMORA NO ATENDIMENTO BANCÁRIO PRESENCIAL. PRESUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. FRUSTRAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DEFINIDA EM LEI MUNICIPAL. AFRONTA À RESPEITABILIDADE DO CONSUMIDOR. DANO MORAL PRESUMIDO.

1 - *O rito incidental não prevê a prévia oitiva ministerial para fins de sua admissibilidade.*

2 - *A falta de isonomia nos julgamentos de demanda com elevado quantitativo e mesmo objeto é fator de insegurança jurídica e autoriza a instauração do IRDR para solucioná-la.*

3 - *A demora excessiva na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação específica gera dano moral passível de reparação;*

4 - *Em casos tais, o dano moral é presumido (*in re ipsa*) e, portanto, prescinde de prova de sua ocorrência por parte do consumidor, não obstante, admita a produção de prova em contrário *juris tantum*).*

5 - *Parecer ministerial de cùpula desacolhido.*

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ACOLHIDO. TESES FIRMADAS" (e-STJ fl. 685).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. DEMORA PROLONGADA EM FILA DE BANCO. PROVA DO CONSUMO DO SERVIÇO PELO AUTOR DA AÇÃO. LAPSO TEMPORAL PROLONGADO ENTRE A OFENSA E A REAÇÃO DO OFENDIDO. RELEVÂNCIA.

1-A 'senha' fornecida pela instituição bancária, ainda que não nominal, é suficiente à demonstração de que o autor da ação foi o sujeito da prestação de serviço nela informada.

2 -A demora na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação local específica implica defeito na prestação do serviço e gera dano moral passível de reparação.

3 -O dano moral decorrente da mora excessiva na prestação do serviço bancário é presumido (*in re ipsa*), não obstante admita contraprova (*juris tantum*).

4 -Demonstrado pelo consumidor o vício no serviço prestado pelo estabelecimento bancário, faz jus à reparação do dano moral experimentado, fixada a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada infração. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA" (e-STJ fls. 686 - grifou-se).

Na origem, Marcelo Pereira Gonçalves ajuizou ação por danos morais contra

o Banco do Brasil S.A., com fulcro nos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, por ter aguardado aten-

dimento em uma fila por **mais de uma hora**, sem lugar para se sentar e sem água ou qualquer conforto mínimo (e-STJ fl. 5 -grifou-se), o que configura vício na prestação do serviço e dano à honra, ultrapassando o mero dissabor.

A inicial foi instruída com os documentos "Senha C 60" e "Senha A048", que certificam, respectivamente, que o autor, no dia 10.2.2014, se deslocou à agência bancária ré na Cidade de Quirinópolis/GO para pagar um boleto, tendo ficado na fila de espera por 1h13min (uma hora e treze minutos), enquanto em 11.6.2015 aguardou na fila de espera por 1h (uma hora) sem que pudesse beber água, alimentar-se nem ter lugar para se sentar, sujeitando-se, ainda, a ruídos (e-STJ fl. 4).

Ao final, requereu a condenação da instituição bancária ré ao pagamento de indenização no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em virtude do "*desgaste emocional*" (e-STJ fl. 7) ocasionado, devendo o valor ser atualizado monetariamente a partir da sentença e com incidência de juros a partir do evento dano-so ocorrido no dia 10.2.2014, consoante as Súmulas nºs 54 e 362/STJ.

A instituição bancária aduz na contestação ausência de demonstração pelo autor de dano indenizável (e-STJ fls. 30-49).

O Juízo da 2ª Vara Cível, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental da Comarca de Quirinópolis/GO julgou improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015), por não vislumbrar demonstrada a movimentação financeira do autor, já que a senha apresentada não era nominal, nem os documentos acostados aos autos revelariam a alegada prática de atividade bancária (Processo nº 00336291-61.2015.8.09.0134).

Extrai-se da sentença que

"(...) a parte requerente permaneceu por tempo superior a uma hora na fila do estabelecimento bancário requerido na cidade de Quirinópolis em quatro oportunidades. Assim, a instituição financeira requerida teria descumprido o art. 2º da Lei 2.260/99, posteriormente revogado pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 3.055/13 do Município de Quirinópolis/GO, que dispõe (sic):

Art. 2º -Para os efeitos desta lei, entende-se por tempo razoável para atendimento:

I - até 15 (quinze) minutos em dias normais;

II -até 20 (vinte) minutos em véspera de, ou após feriados prolongados;

III -até 30 (trinta) minutos nos dias de pagamento dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais e de vencimentos e recebi-

mentos de contas de concessionárias de serviços públicos, tributos municipais, estaduais e federais.

Art. 1º -Ficam as agências bancárias e demais estabelecimentos de crédito do Município de Quirinópolis obrigados a colocar à disposição dos usuários pessoal suficiente no setor de caixas, para que o atendimento seja feito no prazo de:

§1º - Atendimento nos caixas:

I - 15 (quinze) minutos em dias normais;

II -30 (trinta) minutos em véspera ou após feriado prolongado, e no quinto dia útil de cada mês.

§ 2º - Demais setores do estabelecimento;

I - 30 (trinta) minutos em dias normais;

II -45 (quarenta e cinco) minutos em véspera ou após feriado prolongado, e no quinto dia útil de cada mês.

Malgrado tenha ocorrido a desobediência à legislação municipal, tal conduta da parte requerida, por si só, não acarreta dever de indemnizar, notadamente quando não restou caracterizado nos autos outros constrangimentos capazes de interferir na esfera imaterial da parte demandante.

O regramento supracitado tem como objetivo possibilitar a aplicação de sanções administrativas pelos órgãos competentes, como por exemplo, os PROCONS e entidades públicas de proteção aos direitos dos consumido-

res. Com efeito, não tem o condão de acarretar automaticamente a condenação por danos morais sem a comprovação de violação a direitos inerentes à personalidade. (...).

Ademais, não constam dos autos qualquer comprovante de que a parte requerente realmente tenha se valido dos serviços bancários no caso em questão, obrigação que lhe competia, já que a senha fornecida não é nominal.

Nessa hipótese, não deve ser aplicada a inversão do ônus da prova, mas sim a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, de acordo com aquele que possui maior facilidade de trazer os elementos nos autos. (...)

Ora, a senha em questão poderia instruir qualquer processo, de qualquer pessoa, a qualquer momento, não se prestando para atestar a permanência na fila. **Ademais, há práticas bancárias que podem ser facilmente realizadas nos terminais eletrônicos, postos à disposição do consumidor para a redução do tempo na agência, devendo se perquirir a existência de real motivo para a utilização do caixa.**

Por fim, a prova da movimentação bancária em questão não é de difícil produção por parte do consumidor, já que são emitidos recibos e extratos do ato praticado, estando em seu poder a faculdade de apresentá-los, independentemente

de qualquer medida por parte da instituição financeira. (...)

Importante destacar a importância de tais exigências, sob pena de se criar carta branca para o ajuizamento de ações temerárias e o fomento da 'indústria do dano moral'.

Assim, inexistindo violação aos direitos da personalidade, a improcedência dos pedidos formulados na inicial é a medida que se impõe (...)” (e-STJ fls.174-181 - grifou-se).

Nas razões da apelação o autor reiterou que a espera em fila bancária afronta as Leis Municipais de Quirinópolis/GO nºs 2.260/1999 e 3.055/2013, as quais não teriam como único escopo viabilizar a aplicação de sanções de cunho administrativo. Assim, entende haver legítima expectativa de indenização individual pela má qualidade da prestação do serviço do banco, à luz do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor (e-STJ fl. 189). Afirma novamente, pautado em provas, que o dano “ultrapassa em muito o mero aborrecimento, ferindo frontalmente e por um tempo desarrazoado seu direito à vida privada, à dignidade da pessoa humana, bem como sua intimidade (...)” (e-STJ fl. 190).

As teses alegadas na apelação foram, em síntese: i) ausência de cumprimento das leis municipais; ii) falha na prestação de serviços; iii) demora ex-

cessiva para o atendimento e iv) existência de prova de espera na fila pelo prazo indicado, refutando a afirmação do apelado de que a senha poderia instruir qualquer processo, de qualquer pessoa, a qualquer momento, não se prestando para atestar a permanência na fila.

O Banco do Brasil, em suas contrarrazões, afirmou que a intenção do autor era a de se locupletar indevidamente, às expensas do apelado, por não restar configurado ato ilícito apto a ensejar a sua condenação por danos morais.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal julgou procedente a apelação, conforme ementa já transcrita. Por sua vez, a Corte local instaurou incidente de resolução de demandas repetitivas e remeteu o feito à Corte Especial do órgão:

*"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESPERA POR PERÍODO EXCESSIVO EM FILA DE BANCO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS EFETIVOS PREJUÍZOS OU TEMPO DE ESPERA ALÉM DOS LIMITES DA LEI MUNICIPAL PARA CONFIGURAR DANOS MORAIS. VÁRIAS DEMANDAS DA COMARCA DE QUIRINÓPOLIS. SUSPEITAS QUANTO A PERMANÊNCIA DO USUÁRIO NA AGÊNCIA APÓS A RETIRADA DA SENHA E ATÉ O ATENDIMENTO.
Verificada a existência de várias ações ajuizadas versando so-*

bre o mesmo tema, com entendimentos opostos e conflitantes, proferidos pelos componentes deste Sodalício, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, cabível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO. REMESSA À CORTE ESPECIAL" (e-STJ fl. 235).

Ao suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas -IRDR -(arts. 876 a 987 do CPC/2015) o órgão fracionário mencionou a existência de grande quantidade de casos similares tramitando na justiça do Estado de Goiás acerca da necessidade de comprovação de prejuízos, pois os julgados divergem quanto à hipótese de que o mero fato de a instituição bancária extrapolar o tempo previsto em lei municipal já seria suficiente para gerar o dano moral.

Por sua vez, citou julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se reconheceu o dever de reparação coletiva pela má prestação de serviços por instituição financeira à luz teoria do desvio produtivo do consumidor, como se afera da seguinte ementa:

"RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊN-

CIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, 'D', DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a corrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que

está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.

5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.

6. No dano moral coletivo, a função punitiva -sancionamento exemplar ao ofensor- é, aliada ao caráter preventivo -de inibição da reiteração da prática ilícita- e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva e configura lesão in-

justa e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido” (REsp nº 1.737.412/SE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/2/2019, DJe de 8/2/2019 -grifou-se).

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás julgou procedente o incidente e deu provimento à apelação para condenar o banco a pagar indenização ao consumidor no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do voto do relator (e-STJ fl. 668) que concluiu, a partir da moldura fática delineada nos autos, que,

“(...) a despeito da obrigação prevista desde o ano de 2007 (Lei Municipal 3.441/2007), estabelecendo como abusivo o constrangimento do consumidor a tempo de espera superior a 15 (quinze) minutos em dias normais e 30 (trinta) minutos em dias especiais, a instituição financeira recorrida

optou por não adequar seu serviço a esses padrões de qualidade, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos” (e-STJ fl. 680).

A tese fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas ficou assim sintetizada:

“1 -A demora excessiva na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação específica gera dano moral passível de reparação;
2 -Em casos que tais, o dano moral é presumido e, portanto, prescinde de prova de sua ocorrência por parte do consumidor” (e-STJ fl. 683).

O Banco do Brasil opôs embargos de declaração, apontando:

(i) obscuridade e omissão no que tange à natureza do dano objeto do pedido;

(ii) contradição relativa à reconhecida impossibilidade de o Poder Judiciário mitigar ou ampliar os efeitos de lei, especialmente quando já há previsão das sanções específicas para o caso de extração do prazo máximo de atendimento em filas de bancos, a saber: multas administrativas;

(iii) omissão quanto à aplicação dos artigos 186, 187, 927, parágrafo único, e 944 do Código Civil de 2002, tendo em vis-

ta a não verificação de dano efetivo na espécie;

(iv) contradição entre o reconhecimento do dano *in re ipsa* e a invocação da Súmula nº 69 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás;

(v) omissão no tocante ao art. 926 do Código de Processo Civil de 2005, pois o STJ já se posicionou, em diversas oportunidades, no sentido de que a espera em fila de banco gera mero desconforto que não tem condão de afetar direitos da personalidade;

(vi) contradição e omissão quanto à aplicação da tese do desvio produtivo como fundamento do dano moral e

(vii) omissão com relação à estipulação de um valor padrão a título de danos morais (e-STJ fls. 694-708).

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 790-797).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 819-844), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais e respectivas teses:

(i) artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015, já que o arresto recorrido reputou inexistir no ordenamento jurídico a possibilidade de embargos de declaração com efeitos infringentes, modificativos, ainda mais quando, em IRDR constam omissões, contradições e obscuridades que po-

deriam conduzir a conclusão diversa se tivessem sido sandas;

(ii) artigos 976, incisos I e II, e § 4º, e 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 -por não se vislumbrar preenchidos os requisitos legais referentes ao risco à isonomia e à segurança jurídica,

(iii) artigos 12, 186, 187, 927, parágrafo único, e 944, do Código Civil c/c artigos 4º, II, e 14, do Código de Defesa do Consumidor, ante a necessidade de verificação da existência de dano efetivo para a concessão de indenização.

Argui que,

"(...) para caracterizar obrigação de indenizar, não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato contra legem ou contra ius, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68)" (e-STJ fl. 831).

Sustenta não terem sido sequer demonstrados os danos no caso concreto e que assumir a tese de dano presumido esvazia e usurpa competência do Poder Executivo municipal, além de ocasionar enriquecimento sem causa (e-STJ fl. 834).

Isso porque,

“(...) mesmo no caso do dano moral se faz necessária a caracterização de efetivo dano psíquico da vítima, não bastando, para sua caracterização, a mera ocorrência de evento que cause dissabores e contratempos comuns da vida cotidiana” (e-STJ fl. 833).

Conclui afirmando que

“(...) a espera em fila de banco -ainda que por tempo relativamente prolongado -não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento que acarretem sofrimento psicológico causador de aflições ou angústias extremas” (e-STJ fl. 833).

(iv) Artigos 927, inciso V, e §§ 2º, 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista a desnecessidade de instauração de IRDR ante o teor da Súmula nº 69 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que assevera que a obrigação de indenização em hipóteses como a ora analisada dependem do caso concreto, enquanto a tese firmada no incidente a considera em abstrato.

Eis o teor do verbete, que rechaça a concepção de que a extração de tempo máximo de atendimento em filas de bancos caracterize hipótese de dano moral *in re ipsa*:

“O não cumprimento por agência bancária de legislação municipal, que fixe prazo máximo para atendimento de consumi-

dor, enseja a aplicação de sanção administrativa por parte do Procon, podendo levar, ainda, à obrigação de indenizar o consumidor por danos materiais e morais, de conformidade com o caso concreto” (e-STJ fl. 836).

Desse modo sustenta que “*a não observância pelo TJGO da orientação do seu próprio órgão especial e a equivocada ‘alteração’ impingida pelo acórdão proferido no presente IRDR, ora sub judice, afrontam os artigos 927, inciso V e §§ 2º, 3º e 4º, do CPC*” (e-STJ fl. 836).

(v) Divergência jurisprudencial entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e o desta Corte, que já decidiu no sentido de não ser presumida a configuração de dano moral por espera prolongada em fila de atendimento bancário, como se afere, por exemplo, da seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. LIMITE DE TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO ESTABELECIDO POR LEI LOCAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. EXSURGIMENTO. CONSTATAÇÃO DE DANO. NECESSIDADE. SENTIDO VULGAR E SENTIDO JURÍDICO. CONFUSÃO. DESCABIMENTO. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM O FITO DE PUNIÇÃO E/OU MELHORIA DO SERVIÇO. ILEGA-

LIDADE. DANO MORAL. LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. ABORRECIMENTO, CONTRATEMPO E MÁGOA. CONSEQUÊNCIA, E NÃO CAUSA. IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. AÇÃO GOVERNAMENTAL.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato contra legem ou contra jus ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurídico de dano a sua associação a qual-

quer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que offendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, por si, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. Recurso especial parcialmente provido” (REsp nº 1.647.452/RO, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 28/3/2019).

Não houve contrarrazões.

Em juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 1.136-1.139), o Tribunal de origem selecionou o recurso como representativo de controvérsia infraconstitucional, reconhecendo o seu efeito suspensivo, nos termos do art. 987, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil.

O então Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, qualificou o presente recurso como representativo da controvérsia, candidato, portanto, à afetação, observado o rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do Regimento Interno do STJ (e-STJ 1.152-1.154).

O Ministério Pùblico Federal opinou pela afetação do recurso especial representativo da controvérsia sob a sistemática do rito repetitivo, nos termos do art. 257-A, § 1º, do Regimento Interno do STJ, como se afere do parecer do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Alpino Bigonha, que concluiu que “*o recurso especial atende aos pressupostos recursais, não se constatando, em princípio, vício grave que prejudique o seu*

conhecimento. A questão jurídica nele ventilada, ademais, apresenta caráter multitudinário” (e-STJ fl. 1.159).

Na sequência, o Recurso Especial em IRDR foi preliminarmente admitido pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações (e-STJ fls. 1.162-1.165), que destacou a relevância da questão que

“(...) busca a definição do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de presunção de dano moral aos consumidores na hipótese de demora excessiva na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação específica” (e-STJ fl. 1.164).

Os autos foram distribuídos a esta relatoria, que propôs a afetação do processo ao rito dos repetitivos, que foi acolhida pela Segunda Seção:

“PROPOSTA DE AFETAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS -IRDR. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. SERVIÇO BANCÁRIO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA EXORBITÂNCIA. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. REPARABILIDADE.

1. Delimitação da controvérsia: definir se a demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em

legislação específica gera dano moral individual in re ipsa apto a ensejar indenização ao consumidor.

2. *Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do CPC/2015*" (e-STJ fl. 1.183).

Além de determinar a suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ, cujos objetos coincidiram com o da matéria afetada (observada a orientação do art. 256-L do RISTJ) oficiou-se à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC e à Federação Brasileira de Bancos -FEBRABAN, facultando-lhes a atuação nos autos como *amicus curiae*.

O Ministério Pùblico Federal opinou, por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da Repùblica Antônio Carlos Alpino Bigonha, pelo provimento do recurso especial:

"Recurso representativo de controvérsia. Civil. Responsabilidade Civil Objetiva. A demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em legislação específica não gera dano moral individual in re ipsa apto a ensejar indenização ao consumidor. Ato ilícito relevante. Lesão aos direitos inerentes à personalidade. Nexo causal entre a conduta danosa e o prejuízo causado ao consumidor. Impres-

cindibilidade da efetiva comprovação do dano. Parecer pelo conhecimento do recurso especial por divergência jurisprudencial. No mérito, pelo provimento do apelo nobre" (e-STJ fls. 1.335'- grifou-se).

A seguir, as manifestações dos *amici curiae* admitidos no feito: FEBRABAN, IDEC, BRA-SILCON e DEFENSORIA PÙBLICA DO ESTADO DO PARANÁ.

i) **FEBRABAN - Federação Brasileira dos Bancos** (e-STJ fls. 1.205-1.296)

Aponta significativo impacto nas relações entre as instituições financeiras e seus consumidores se for mantido o entendimento fixado pelo TJGO de que o dano moral em razão do tempo de espera nas filas das agências é presumido, sob pena de enriquecimento ilícito (art. 844 do CC/2002) e aumento exponencial do risco da atividade bancária.

Sustenta a insuficiência da alegação de mero abalo econômico ou emocional para se afirmar a lesão já que indispensável a demonstração de violação de direitos da personalidade, bens aos quais o ordenamento jurídico conferiu extrema relevância, como a higidez física e psicológica, vida, liberdade, privacidade, honra, imagem, nome, entre outros (e-STJ fl. 1.2013). Salienta, desse modo, a necessidade de comprovação de ato ilícito,

dano e de nexo causal para a configuração do direito à indenização, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, e colaciona julgados a favor de sua tese (e-STJ - tabela de fl. 1.209).

Apresenta a existência de inúmeras variáveis que podem retardar o tempo de atendimento e consequentemente aumentar o tempo de espera do consumidor, como, por exemplo, problemas de energia -principalmente em cidades pequenas -que gera lentidão no sistema do banco; agências bancárias em zona rural em que há grande fluxo de pessoas em determinados dias do mês; dias em que são liberados saques de benefícios previdenciários, assistenciais, dentre outros. Assim, assevera que adotar a presunção do dano moral corroboraria para uma verdadeira "*loteria do dano moral*", premiando quem estivesse nas filas das agências bancárias nos dias e locais acima exemplificados, independentemente das circunstâncias fáticas.

Defende que as leis que estabelecem os limites de tempo de espera para atendimento possuem natureza administrativa e que seu descumprimento já implica responsabilização das instituições financeiras perante a administração pública,

que, de ofício ou em razão de reclamações dos clientes, pode aplicar as multas ou outras sanções administrativas legalmente previstas, conforme permite o art. 4.º, II, do CDC, que prevê a Política Nacional das Relações de Consumo.

Entende que o objetivo das normas municipais é, portanto, estabelecer um critério para as sanções administrativas; não podendo ser utilizadas como fato gerador automático do dano moral (que depende, como visto, da comprovação do dano a direito da personalidade), até mesmo sob pena de gerar espécie de *bis in idem*. No entanto, aliadas a outras circunstâncias especiais já mencionadas, podem servir de parâmetro para avaliar excessos.

Sustenta, por outro lado, que os bancos adotam diversas medidas (sobretudo tecnológicas) para diminuir o tempo nas filas, já que diversas operações atualmente são realizadas via internet, celular e telefone fixo, facilitando a comunicação de qualquer lugar, sem a necessidade de deslocamento até as agências físicas.

ii) **IDECA -Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor** (e-STJ fls. 1.355-1.389)

Alega, em síntese, que o dano extrapatrimonial *in re ipsa* decorrente do desvio produtivo deve ser indenizado de forma efetiva, independentemente da existência e da demonstração de

culpa da instituição bancária responsável pelos prejuízos, tendo em vista que, atualmente, o tempo é um elemento essencial na vida dos indivíduos, de modo a ser caracterizado como um bem econômico, afinal, “é um recurso produtivo necessário para o desempenho de qualquer atividade” (e-STJ fl. 1.358), cujo desperdício gera dano, especialmente quando a maioria dos profissionais recebem por hora trabalhada.

Sustenta a existência de relevância social e econômica da tese discutida no processo, haja vista a demanda envolver milhares de consumidores que passam horas do seu dia em longas filas de espera em agências bancárias e sofrem efetivas lesões a seus direitos, a partir de abusos da posição de poder das instituições bancárias, que se submetem ao Código de Defesa do Consumidor (artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Consigna, ainda, que a demora no atendimento decorre principalmente do fato de que, com o aumento da digitalização dos serviços financeiros, os grandes bancos têm enxugado sua estrutura física, migrando para o meio eletrônico, o que prejudica os consumidores mais vulneráveis.

iii) **BRASILCON** (e-STJ fls. 1.435-1.460)

Registra que o dano extrapatrimonial sob análise é de

natureza existencial (ou moral *lato sensu*), pois resulta de um evento designado de **desvio produtivo do consumidor**, o qual deve ser presumido por violar tempo útil e vital do consumidor, bem jurídico escasso e limitado, apto a ser juridicamente tutelado. A propósito, menciona projetos de lei que envolvem a nova e indispensável proteção jurídica do “tempo do consumidor”, em especial no PL nº 2.856/2022 do Senado Federal.

Defende que a demora na prestação de serviços bancários em tempo superior ao estipulado em legislação específica caracteriza víncio de qualidade do serviço (art. 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor), cuja responsabilidade é imputável ao fornecedor por configurar prática abusiva previsível e evitável, passível de alegação em ação individual ou coletiva.

Por fim, argumenta que a quantificação do valor da indenização deve atender às funções compensatória, preventiva e punitiva da responsabilidade civil.

É o relatório.

VOTO

Tenho que a irresignação recursal merece prosperar.

A matéria debatida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que deu origem

ao presente recurso especial se limita a examinar se a demora na prestação de serviços bancários em prazos superiores aos definidos em legislação específica gera dano moral individual passível de reparação e se esse dano seria presumido (*in re ipsa*).

O Juízo primevo julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que eventual espera em fila de atendimento bancário por tempo superior ao preconizado em leis municipais não acarreta, de plano, dano moral apto a justificar o dever indenizatório pela instituição bancária, o qual dependeria de comprovação da violação de direitos inerentes à personalidade. É dizer, somente o dano extrapatrimonial que afetasse o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima seria passível de indenização.

O Tribunal de origem reformou a sentença, para condenar o Banco do Brasil à reparação cível ao autor e, ainda, admitiu Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), com base nos artigos 976 a 987 do CPC/2015, que foi julgado pelo seu órgão especial que fixou as seguintes teses:

“1 - A demora excessiva na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação específica gera dano moral passível de reparação;

2 - Em casos que tais, o dano moral é presumido e, portanto, prescinde de prova de sua ocorrência por parte do consumidor” (e-STJ fl. 683).

Válido ressaltar que a competência para definir o tempo máximo para a permanência nas filas das instituições bancárias, matéria local e não federal, é do legislador municipal, por não se confundir com a organização do sistema financeiro nacional, política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, e nem mesmo com temas inerentes ao Direito Civil ou do Trabalho, próprias da União (Recursos Extraordinários nºs 432.789, 312.050 e 208.383). Desse modo, incumbe ao Poder Judiciário avaliar situações decorrentes da implementação da lei, o que, obviamente, não se confunde com a atuação legislativa.

(i) da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Passa-se a colacionar os entendimentos desta Corte acerca do tema sob análise:

a) Esta Corte já se manifestou no sentido de que “*a demora no atendimento em fila de banco, por si só, não é capaz de ensejar a reparação por danos morais*” quando não demonstrada nenhuma intercorrência que possa “*abalar a honra da autora ou causar-lhe situação de dor, sofrimento ou humilhação*” (AgInt no AREsp nº 1.515.718/MT, Relator Minis-

tro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe de 21/11/2019; AgRg no AREsp nº 357.188/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe de 9/5/2018, AgInt no AREsp nº 931.538/MS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/9/2017, DJe de 28/9/2017, REsp nº 1.662.808/MT, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 2/5/2017, DJe de 5/5/2017, REsp nº 1.218.497/MT, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/9/2012, DJe de 17/9/2012, e AgRg no Ag nº 1.422.960/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 9/4/2012).

Desse modo, **a mera invocação de contrariedade à legislação municipal ou estadual que estabelece o tempo máximo de espera em fila de banco não é suficientemente apta a ensejar o direito à indenização, apesar dos transtornos e aborrecimentos suportados pelo consumidor, incumbido de demonstrar o dano concreto sofrido (AgInt no AREsp nº 937.978/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 18/11/2016).**

Nesse contexto, "a espera em fila de atendimento bancário deve ser excessiva ou ser

acompanhada de outros constrangimentos para ensejar direito à reparação" (AgInt no AREsp nº 2.002.591/SC, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 25/4/2022).

Isso porque "a espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental)" (REsp nº 1.647.452/RO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 28/3/2019). Por oportuno, transcreve-se a ementa do referido julgado:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. LIMITE DE TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO ESTABELECIDO POR LEI LOCAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. EXSURGIMENTO. CONSTATAÇÃO DE DANO. NECESSIDADE. SENTIDO VULGAR E SENTIDO JURÍDICO. CONFUSÃO. DESCABIMENTO. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM O FITO DE PUNIÇÃO E/OU MELHORIA DO SERVIÇO. ILEGALIDADE. DANO MORAL. LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE.

ABORRECIMENTO, CONTRATEMPO E MÁGOA. CONSEQUÊNCIA, E NÃO CAUSA. IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. AÇÃO GOVERNAMENTAL.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato contra legem ou contra jus ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurí-

dico de dano a sua associação a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Dessarte, o **direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, per se, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico**.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coeração, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá

ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. *Recurso especial parcialmente provido*" (REsp nº 1.647.452/RO, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 28/3/2019 - grifou-se).

Nessa linha de intelecção,

(...) **não se pode tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer juízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao aborrecimento, sofrimento e à frustração.** Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um.

6. É o legislador que está devidamente aparelhado para a apreciação e efetivação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. **A condenação por dano moral, em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela, sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância**" (REsp nº 1.406.245/SP, Relator Ministro Luis Felipe

Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 10/2/2021).

b) Há entendimento nesta Corte no sentido de que as sanções previstas em legislações municipais ou estatais que estabelecem tempo máximo de espera em fila de banco dirigem-se a sanções meramente administrativas que podem ser provocadas pelo usuário (REsp nº 1.340.394/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 7/5/2013, DJe 10/5/2013).

c) Existem julgados mantendo inalterados acórdãos proferidos por Cortes locais que consideraram as instituições bancárias responsáveis pelo pagamento de indenização a título de dano moral por espera excessiva em fila ou que a afastaram à luz do contexto fático-probatório em virtude da incidência da Súmula nº 7/STJ (AgInt no AREsp nº 1.309.837/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/4/2021, AgInt no REsp nº 1.871.082/BA, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 13/8/2021, AgRg no AREsp nº 357.188/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe de 9/5/2018, AREsp nº 509.733/RJ, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 5/5/2015, e REsp nº 1.218.497/MT, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Tur-

ma, julgado em 11/9/2012, DJe de 17/9/2012).

d) Na seara do processo coletivo, esta Corte já assentou, quanto ao tempo máximo de espera em filas em agências bancárias, que

"o desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor" (REsp nº 1.737.412/SE, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 5/2/2019, DJe de 8/2/2019.

Acompanham o mesmo entendimento: REsp nº 1.929.288/TO, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022; AgInt no AREsp nº 2.025.883/RN, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/10/2022, DJe de 21/10/2022, e AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.618.776/GO, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 27/8/2020).

Nos termos dessa linha reputa-se cabível condenar a instituição financeira recorrida que não adequa seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desper-

dício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que seria suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

(ii) **do incidente de resolução de demanda repetitiva**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não dispõe acerca de norma limitando o tempo de espera em instituições bancárias. No entanto, há diversos municípios que estabeleceram um limite em suas legislações locais a fim de regular a questão. A título de exemplo, tem-se a legislação municipal de Quirinópolis (Lei nº 2.260/1999, complementada pela Lei nº 3.055/2013), de Porto Alegre (Lei Municipal nº 11.037/2011), de Recife (Lei Municipal nº 16.685/2001), de Curitiba (Lei Municipal nº 10.283/2001), do Rio de Janeiro (Lei Municipal nº 2.861/1999), de São Paulo (Lei Municipal nº 13.948/2005) e de Rondonópolis (Lei Municipal nº 3.061/1999).

Nesses diplomas normativos prevê-se o tempo máximo médio de espera por atendimento entre 15 (quinze) a 40 (quarenta) minutos, sendo que o desrespeito a tais limites configura infração administrativa, sancionável com multa e outras penalidades, tais como a advertência por escrito, a suspensão de alvará de funcionamen-

to e a duplicação do valor da multa.

A tese fixada pela Corte de origem parte da premissa de que a inadequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias gera a perda do tempo útil do consumidor, circunstância apta a configurar, de plano, dano moral indenizável. Já o banco recorrente defende a necessidade de demonstração de dano concreto para ensejar a indenização.

De fato, o pleito depende da **matéria fática levada ao conhecimento do julgador, a ser analisada casuisticamente**. O próprio acórdão recorrido reconhece que a questão afeitada não é meramente de direito, tendo em vista as divergências na mensuração do montante indenizatório, o que, obrigatoriamente, leva à necessidade de avaliação das peculiaridades do caso concreto. Desse modo, a possível ofensa à isonomia e à segurança jurídica deve ser apurada diante do contexto apresentado em juízo (art. 976, incisos I e II, CPC).

Aliás, essa é a conclusão do parecer do órgão ministerial estadual:

"(…)

Ademais, sem embaraço, comprehende-se que a suscitada controvérsia diz respeito a questões fáticas, isto é, não se tem conhecimento de quais elementos probatórios levaram os su-

jeitos processuais ao conhecimento do julgador nas demandas originárias com o escopo de materializar a ocorrência ou não do dano moral em casos de demora no atendimento em agência bancária.

Há situações em que as condições pessoais do consumidor interferem na configuração do dano e reforçam o abalo sofrido, a exemplo de idosos e pessoas com deficiência.

Em outras tantas, inexiste acervo probatório suficiente de que houve falha na prestação do serviço por ação sob o domínio da instituição bancária a exemplo dos dias em que há maior fluxo de pessoas por fatores consabidos, verbi grafia o quinto dia útil do mês.

A análise é casuística e cada situação deve ser examinada conforme sua peculiaridade, não havendo margem para alçar, no presente momento, o tema à rigidez dos precedentes judiciais” (e-STJ fl. 628 – grifou-se).

É inegável a importância do tempo, recurso escasso e valioso à vida, que naturalmente se esvai. A perda de tempo quando injusta e ilegítima pode ensejar ilícito, desde que este seja comprovado, a partir da postura leniente do fornecedor de serviços e do nexo causal entre esta e o efetivo prejuízo causado ao consumidor.

A mera alegação de perda de tempo útil não é suficiente,

por si só, para justificar reparação cível, como pretende o recorrido, porque não serve de parâmetro exclusivo para tanto. A sociedade está oprimida por tantas demandas que requerem atenção e impõem responsabilidades, porém a angústia da modernidade não pode ser imputada a um único player do mercado. Na hipótese, o Banco do Brasil S.A. foi o único apenado por suposto atraso em agência bancária, em manifesta violação da livre concorrência.

Consoante já assentado nessa Corte, “*a condenação por dano moral, em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela, sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância*” (REsp nº 1.406.245/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 10/2/2021).

Por oportuno, no que diz respeito à intervenção judicial poder elevar os custos de transação, sem necessariamente haver contrapartida em benefício proporcional ao consumidor, transcreve-se excerto do supracitado voto:

“(...) no exame de causas que compõem o fenômeno processual da denominada litigância frívola, o magistrado deve levar em consideração que, assim como o Direito, o próprio Judi-

ciário pode afetar de forma clara os custos das atividades econômicas ao não apreciar detidamente todas as razões e os fatos da causa. Muito embora seja certo que há, é claro, uma vinculação de todas as relações contratuais à função social, ‘não se pode confundir a função social do contrato com a justiça social a ser implementada pelo Estado através de políticas públicas’”.(TIMM, Luciano Benetti. O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, págs. 113-125)

O fator decisivo para definição da existência de prejuízo indenizável é a regra da experiência e as nuances fáticas, aplicáveis também às relações de consumo, cuja responsabilidade é em regra objetiva, assim como o preenchimento dos pressupostos basilares da conduta, do dano e do nexo de causalidade entre eles. O atraso em virtude de uma fila, por si só, não tem o condão de ofender direito de personalidade do consumidor dos serviços bancários.

Por oportuno, cita-se o parecer do Ministério PÚblico Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Alpino Bigonha:

“(...) o direito à reparação nasce com a prática de ato ilícito que acarreta dano relevante à subjetividade do consumidor,

independentemente da constatação de culpa ou dolo, mas desde que verificável a relação de causalidade. No caso dos autos, esta relação de causalidade é evidente, tendo em vista a permanência do correntista durante longo período no interior da agência, sem a prestação do serviço dentro do período razoável previsto na legislação municipal (...)

A questão central dos autos consiste, portanto, em definir se a espera excessiva em fila de banco, por ser ilícita e contrariar a justa expectativa do consumidor, tem envergadura para erigir-se ao grau de lesão aos direitos da personalidade, ao ponto de impor à instituição bancária a obrigação de reparar o dano moral individual. E se esta lesão é, em qualquer caso, presumida. (...)

Quanto ao dano moral individual, por outro lado, na linha do entendimento esposado pelo v. acórdão paradigmático, não é possível afirmar que o simples fato da espera em fila de banco, supermercado, farmácia e em repartições públicas tenha o condão de afetar direito inerente à personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço. Admitir como suficiente a mera demonstração da relação de causalidade entre a espera na fila e a lesão ao direito individual seria afirmar que todo ato ilícito ou todo descumprimento de norma legal seria passível de inde-

nização a título de dano moral individual o que configuraria, evidentemente, um contrassenso.

Não se descarta a possibilidade de a falha na prestação do serviço redundar em um dano moral individual, conforme o caso, mas, ao contrário do dano moral coletivo, a lesão à esfera da personalidade deverá ser demonstrada pelo consumidor, a partir das circunstâncias do evento danoso e de seu impacto em sua subjetividade” (e-STJ fls. 1.342-1.346 – grifou-se).

O mero transcurso do tempo, por si só, não impõe um dever obrigacional de resarcimento, por não configurar, de plano, uma prática abusiva a acarretar uma compensação pecuniária, como pressupõe a teoria do desvio produtivo, que considera a perda de tempo útil uma espécie de direito de personalidade irrenunciável do indivíduo. Sob tal perspectiva, qualquer atraso na prestação de serviços poderia atrair a tese. Contudo, o controle do tempo, por mais salutar que seja, depende de fatores por vezes incontroláveis e não previsíveis, como parece óbvio. Há atendimentos mais demorados que não são passíveis de fiscalização prévia e, por vezes, até mesmo eventos de força maior, que podem ensejar atrasos.

Por outro lado, incumbe ao consumidor que aguarda em fila de banco demonstrar qual é de fato o prejuízo que está

sofrendo e se não haveria como buscar alternativas para a solução do problema, tal como caixas eletrônicos e serviços de internet banking (autosserviço).

Isso porque as atividades bancárias atualmente se dão de forma predominantemente virtual, em decorrência do avanço tecnológico, sobretudo em virtude da pandemia da Covid-19, que exigiu o distanciamento social. O atendimento presencial ficou relegado a um segundo plano, em situações de mau funcionamento das plataformas digitais ou ainda por escolha de um público específico que precisa de suporte pessoal. Não por acaso, tanto o Estatuto do Idoso (art. 3º, I, da Lei nº 10.741/2003) quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 9º, II e III, da Lei nº 13.146/2015) estabelecem atendimento preferencial ao público vulnerável, fator a ser considerado na morosidade de filas.

A disponibilidade dos serviços bancários *online* facilitou o acesso aos serviços bancários de acordo com a conveniência do usuário por estar acessível fora dos horários tradicionais das agências. Os aplicativos de banco e internet banking permitem transações instantâneas, sem a necessidade de deslocamento até um caixa eletrônico ou agência física. Por fim, os bancos foram instados a aprimorar o atendimento remoto, via

chat, e-mail ou telefone, em tempo real, sem intermediários.

A gestão financeira se tornou mais eficiente com o uso das tecnologias, reduzindo o tempo gasto em tarefas burocráticas, diminuindo a dependência das visitas às agências bancárias. Observa-se que as mudanças referentes à transformação digital nas empresas foram tão intensas que acarretaram, inclusive, o fechamento de diversas agências por todo o país. Como se afere de notícia veiculada na mídia, desde “*março de 2020 a outubro de 2021, foram fechadas mais de 2 mil agências em todo o Brasil, espalhadas por quase 90 cidades brasileiras*” (disponível em: <https://useargo.com/saiba-como-a-pandemia-impulsionou-a-transformacao-digital-bancaria/> Acesso: 1º.8.2023).

Por outro lado, as fintechs apareceram como opção ao serviço bancário:

“(…)

A questão que se coloca é a de saber se com o avanço da pandemia, as fintechs foram e/ou serão impactadas.

E a resposta não é de causar estranheza a ninguém. Mesmo com a pandemia, o isolamento social e o lockdown impostos pelos governantes em algumas cidades do Brasil, diversas fintechs passaram a se desenvolver em meio à crise. Isso porque, justamente diante do isolamento social e das restrições à livre circulação, da

desaceleração da economia em diversos de seus setores, da crescente contração de dívidas pelos cidadãos em decorrência do aumento do desemprego, os serviços digitais oferecidos por meio de plataformas on-line despontam como a melhor e mais viável alternativa (...)

Ainda, as dificuldades financeiras enfrentadas por parte da população acabam encontrando amparo em fintechs de crédito que viabilizam a contratação de empréstimos sem sair de casa, com reduzidas e de maneira descomplicada pelos 'desbanckarizados' e pelas pessoas 'bancarizadas' sem opção de contratação desse tipo de serviço. **Não por outro motivo, foi noticiada uma queda de pedidos de crédito nos bancos e uma subida destes nas fintechs.**

Pagamentos podem ser facilmente realizados à distância, compras e transferências são disponibilizadas on-line, cartões pré-pagos viabilizam compras em marketplaces ou aquisição de serviços que só aceitam cartões de crédito. Durante a pandemia, a adesão a plataformas de carteiras digitais tem crescido e aproximado "desbanckarizados".

De igual forma, empresas que operavam apenas fisicamente têm buscado nas fintechs soluções para vender on-line (...)". (Maria Eugênia Finkelstein e Melina Martins Merlo Fernandes, Revista de Direito Bancário de no Mercado de Capitais - 2020 - RDB 89 – págs. 271-272 - grifou-se)

A ideia de que esse tipo de dano seria presumido (*in re ipsa*) por quanto calcado no direito ao melhor uso do tempo (teoria do desvio produtivo), contribuiria para inúmeras controvérsias de cunho patrimonial, até porque muito subjetivo, pois há pessoas com mais disponibilidade e outras com menos de tempo no cotidiano. Não se desconhece, ainda, a existência de profissionais cujo trabalho é justamente a prestação de serviços burocráticos, como os *offices boys*, secretárias e despachantes, cujo trabalho, por vezes, é aguardar em filas. A vida tem seus contratemplos com os quais todos precisam lidar e a modernidade tem buscado minimizá-los na medida do possível.

Admitir a indenização nas hipóteses aventadas constituiria incentivo a judicialização de questiúnculas infinitas, de modo a sobreregar o já superlotado Poder Judiciário. Não se deve deflagrar uma onda de ações em prol do suposto direito à melhor utilização do tempo livre, algo extremamente pessoal e que depende de análise acerca da extensão do dano (art. 944 do CC/2002), passível de invocação aleatória, podendo, inclusive, ensejar enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002). **A mera alegação genérica de que se está deixando de cumprir compromissos diári-**

os, profissionais, de lazer e de descanso, sem a comprovação efetiva do dano, possibilita verdadeiro abuso na interposição de ações por indenização em decorrência de supostos danos morais.

Indenizar meros aborrecimentos do cotidiano, por perda de tempo, que podem se dar em decorrência de trânsito intenso, reanálise de contratos de telefonia, cobrança ou cancelamento indevido de cartão de crédito, espera em consultórios médicos, odontológicos e serviços de toda ordem, sejam públicos ou privados, tem o potencial de banalizar o que se entende por dano moral, cuja valoração não pode ser genérica nem dissociada da situação concreta, sob pena de ensejar uma lesão abstrata, e, por outro lado, tarifação, que é vedada nos termos da Súmula nº 281/STJ.

Logo, ao jurista incumbe investigar quais os impactos provocados à vítima para realizar a justiça do caso concreto dentro dos parâmetros da legalidade, pois o dever de atendimento adequado pelo fornecedor de serviços está muito bem protegido pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 20, § 2º, dentre outros, da Lei nº 8.078/1990), que já é normativo suficientemente técnico para permitir a análise de circunstâncias abusivas.

A propósito:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRASO EM VOO DOMÉSTICO NÃO SIGNIFICATIVO, INFERIOR A OITO HORAS, E SEM A OCORRÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS GRAVES. COMPANHIA AÉREA QUE FORNECEU ALTERNATIVAS RAZOÁVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO IMPASSE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. (...) 2. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual -que é um ato ilícito - não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral. 3. Partindo-se da premissa de que o dano moral é sempre presumido -in re ipsa (ínsito à própria ofensa) -, cumpre analisar a situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável (...)

5. O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos -, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se

diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (AgRg no REsp nº 1.269.246/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/5/2014, DJe de 27/5/2014).

Sérgio Cavalieri Filho desenvolve a diferença entre dano moral e mero aborrecimento:

“(...) só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de

indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (Programa de Responsabilidade Civil, Editora Gen-Atlas, 13ª Edição, 2018, pág. 123 - grifou-se)

Na mesma toada, eis a lição de Héctor Valverde Santana (2014):

“(...) Ocorre que nem toda alteração anímica do sujeito de direito pode ser considerada um dano moral. A definição de dano moral exclui o mero aborrecimento, desconforto ou vicissitude corriqueira. Existem pessoas mais suscetíveis aos fatos da vida, que sofrem anormalmente em razão de eventos costumeiros e previsíveis da sociedade ou mazelas do tempo em que vivem. Nesses casos não há o dever de reparar porquanto não ocorre qualquer lesão a direito da personalidade, apesar de constatar a alteração da tranquilidade, ânimo, afeições legítimas, ou qualquer outro valor imaterial do sujeito de direito.” (Dano Moral no Direito do Consumidor, Apresentação Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pág. 131 – grifou-se)

Vale anotar que na seara coletiva o próprio sistema dispõe de mecanismos para remediar eventual abuso ou negligência das instituições bancárias ao possibilitar a reparação não pecuniária por meio de sanções administrativas, como se perce-

be das leis municipais elencadas. A Lei nº 7.437/1985 (Lei da Ação Civil Pública) prevê o cabimento das ações coletivas por responsabilidade por danos morais e materiais causados ao consumidor, quando a ofensa envolve toda uma comunidade, cuja reparação do dano moral é coletiva, impondo-se a remessa dos valores pagos a esse título ao Fundo previsto no art. 13 da referida lei.

Por fim, menciona-se a Reclamação nº 15.136/GO, desta relatoria, ajuizada com amparo na Resolução nº 12/STJ, contra acórdão da Primeira Turma Julgadora Mista da 1ª Região Judiciária de Goiânia, que, **em situação análoga, condenou instituição bancária por danos sociais porque o cliente havia permanecido por 51 (cinquenta e um) minutos em fila**, situação que contrariava a Lei Municipal nº 7.867/1999, cujo artigo 2º previa a espera em no máximo 20 (vinte) minutos. **A reclamação foi julgada procedente para declarar a nulidade do julgado reclamado no tocante à condenação do banco ao pagamento de indenização a título de danos sociais.**

A propósito, a Segunda Seção desta Corte, no julgamento da Reclamação nº 12.062/GO (DJe de 20/11/2014), de relatoria do Ministro Raul Araújo, submetida ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou

posicionamento no sentido de que "*É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide*".

iii) Proposta de tese repetitiva

Diane das considerações apresentadas, para os fins do art. 1.036 do CPC, e alterando o que afirmado no IRDR decidido na Corte de origem, propõe-se a seguinte tese:

O simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera por si só dano moral *in re ipsa*.

iv) Julgamento do caso concreto

Registra-se, inicialmente, que o Tribunal de origem se pronunciou acerca dos pontos levantados pelo recorrente, mesmo que de modo breve, afastando os argumentos deduzidos que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada.

Com efeito, cabe ao julgador apreciar os fatos e as provas da demanda segundo seu livre convencimento, declarando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide.

Desse modo, o não acolhimento das teses ventiladas pela parte recorrente não significa

omissão ou deficiência de fundamentação da decisão, ainda mais quando o arresto aborda todos os pontos relevantes da controvérsia, como na espécie.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEMORA NA BAIXA DE GRAVAME DO VEÍCULO. DANO MORAL NÃO PRESUMIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: 'O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral *in re ipsa*'.

2. Julgamento do caso concreto.

2.1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

2.2. O acórdão recorrido concluiu que a demora na baixa de restrição após a quitação do financiamento, por si só e quando não comprovado real dano à pessoa, não passa de mero dissabor, não provocando abalo suficiente à violação dos direitos inerentes à personalidade, conforme a tese acima firmada, o que impõe o desprovimento do recurso especial.

3. Recurso especial conhecido e desprovido"

(REsp 1.881.453/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 30/11/2021, DJe de 7/12/2021).

"RECURSO ESPECIAL. OMISÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA COMANDADA PELO SUPOSTO CREDOR. ANOTAÇÕES ANTERIORES. SÚMULA 385/STJ.

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional.

2. 'Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento' (Súmula 385/STJ).

3. Embora os precedentes da referida súmula tenham sido acórdãos em que a indenização era buscada contra cadastros restritivos de crédito, o seu fundamento – 'quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito', cf. REsp 1.002.985-RS, rel. Ministro Ari Pargendler -aplica-se também às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou a inscrição irregular.

4. Hipótese em que a inscrição indevida coexistiu com quatorze outras anotações que as instâncias ordinárias verificaram constar em nome do autor em cadastro de inadimplentes.

5. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 1.386.424/MG, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 27/4/2016, DJe de 16/5/2016).

Quanto à inexistência de dano moral assiste razão ao re-corrente.

Não se nega a possibilidade de abuso de direito (art. 186 do CC/2002) na prestação do serviço bancário, o qual deve ser analisado a partir das circunstâncias fáticas concretas, não bastando a simples alegação de que existe lei municipal estabelecendo tempo máximo de espera em fila de banco, tendo em vista a necessidade de verificação da existência de dano efetivo para a concessão de indenização.

O acórdão recorrido merece ser reformado, porquanto calcado na premissa de que a mera espera prolongada em fila, por si só, impõe reparação indenizatória pela presunção do dano moral, o que viola o arcabouço cível que se extrai dos artigos 12, 186, 187, 927, parágrafo único, e 944 do Código Civil de 2002 e das regras consumeristas, que não dispensam a demonstração do prejuízo e do nexo causal para ensejar a responsabilidade objetiva. Aliás, o Tribunal local contrariou sua Súmula de nº 69, que assevera que a indeni-

zação em hipóteses como a ora analisada dependem do caso concreto, enquanto a tese fixada no IRDR a fixa em abstrato.

Na hipótese não consta dos autos situação excepcional a justificar qualquer reparação cível, mesmo porque nenhum direito de personalidade foi violado (arts. 5º, Incisos V e X, da Constituição Federal e 11 e seguintes do Código Civil de 2002).

Segundo lição do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

*"(...) não há maior controvérsia em se reconhecer que o dano constitui um pressuposto fundamental na responsabilidade civil. De um lado, **sem dano não há responsabilidade civil**. Se o fato considerado não causar um prejuízo efetivo, poderá haver responsabilidade moral, penal ou administrativa, que se configuram independentemente da implementação do resultado, mas não haverá responsabilidade civil. De outro lado, conforme a precisa observação de Genevieve Viney, à medida que o fundamento principal da responsabilidade civil deixou de ser apenas a culpa, crescendo a importância das teorias do risco e da garantia, **o dano passou a ocupar um lugar de destaque crescente na doutrina**".* (Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil, Editora Saraiva, 2010, pág. 139 – grifou-se)

Desse modo, merece ser restabelecida a sentença

primeva (e-STJ fls. 173-182) que negou provimento ao pedido do autor ao concluir que a mera desobediência à prazo formal previsto em legislação municipal não acarreta o dever de indenizar “notadamente quando não restou caracterizado nos autos outros constrangimentos capazes de interferir na esfera imaterial da parte demandante” (e-STJ fl. 175).

O Juízo sentenciante ainda negou a inversão do ônus da prova por não possuir caráter absoluto, porquanto instituto criado como prerrogativa do consumidor diante de dificuldades probatórias e não para que este “se omita completamente em demonstrar ao menos resquícios do direito alegado”, de modo a “desequilibrar a balança” processual (e-STJ fl. 176).

Quanto ao ponto, válido transcrever o seguinte excerto da sentença:

“(…)

No caso dos autos, não se vislumbra prova de que foi efetivamente realizada movimentação financeira pela parte requerente, porquanto a senha apresentada não é nominal, muito menos veio acompanhada dos documentos que revelam a prática de qualquer atividade bancária no dia constante do protocolo nela inserido.

Ora, a senha em questão poderia instruir qualquer processo, de qualquer pessoa, a qualquer momento, não se prestando

para atestar a permanência na fila. Ademais, há práticas bancárias que podem ser facilmente realizadas nos terminais eletrônicos, postos à disposição do consumidor para a redução do tempo na agência, devendo se perquirir a existência de real motivo para a utilização do caixa.

Por fim, a prova da movimentação bancária em questão não é de difícil produção por parte do consumidor, já que são emitidos recibos e extratos do ato praticado, estando em seu poder a faculdade de apresentá-los, independentemente de qualquer medida por parte da instituição financeira (...).

Importante destacar a importância de tais exigências, sob pena de se criar carta branca para o ajuizamento de ações temerárias e o fomento da ‘indústria do dano moral’” (e-STJ fls. 179-180).

(v) do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a indenização a título de danos morais.

É o voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Cuida-se de recurso especial interposto por BANCO DO BRASIL S/A, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJGO que julgou procedente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e conhe-

ceu e deu provimento à apelação interposta por MARCELO PEREIRA GONCALVES.

Nas razões do recurso especial, alega violação aos arts. 1.022, I e II, 976, I e II, 978, do CPC; arts. 12, 186, 187, 927, parágrafo único, V, §§ 2º, 3º e 4º, e 944 do CC; arts. 4º, II, 14 do CDC/90, bem como dissídio jurisprudencial. Além da negativa de prestação jurisdicional, defende ser necessária a existência de dano efetivo para a concessão de indenização. Menciona que “a simples constatação de demora no atendimento bancário não é circunstância que, de per si, acarrete lesão a interesse existencial, que vulnere, na essência, a própria dignidade da pessoa humana” (e-STJ fl. 837). Requer seja provido o recurso especial a fim de reformar o acórdão recorrido.

Voto do e. relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: propôs a fixação da seguinte tese jurídica: “A demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em legislação específica não gera dano moral individual *in re ipsa* apto a ensejar indenização ao consumidor”. Por sua vez, no julgamento da hipótese dos autos, deu provimento ao recurso especial para reformar o acórdão estadual.

Na sessão do dia 14/9/2023, pediu-se vista dos autos para melhor exame da controvérsia,

especialmente quanto à peculiar situação de demora excessiva na prestação do serviço pela instituição bancária, bem como quanto à solução dada à hipótese concreta.

Na sequência, na sessão do dia 22/11/2023, suscitou-se questão de ordem pela desafetação do recurso especial, em razão da iminência de legislação nacional sobre a questão debatida nestes autos. Ato contínuo, foi mantida a afetação, vencidos os Min. Nancy Andrighi e Min. Marco Buzzi, e adiado o retorno do julgamento do pedido de vista.

É o relatório.

O propósito recursal, submetido a julgamento pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, é definir se a demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em legislação específica gera dano moral individual *in re ipsa* apto a ensejar indenização ao consumidor.

1. DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE ACERCA DA INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL POR DESCUMPRIMENTO DE LEGISLAÇÃO QUE ESTABELECE TEMPO MÁXIMO DE ESPERA EM FILA DE BANCO

1. Inicialmente, elogia-se o denso voto elaborado pelo e. Min. Relator Villas Bôas Cueva.

2. Ao apreciar o Tema 272 de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal fixou tese jurídica no sentido de que

"compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias" (RE 610221 RG/SC, Tribunal Pleno, DJe 20/08/2010).

3. Conforme mencionado pelo e. Min. Relator, a fim de regular a prestação do serviço bancário, sob o viés protetivo do consumidor, diversos Municípios editaram legislações que estabelecem tempo máximo de espera que varia, em média, de 15 (quinze) a 45 (quarenta e cinco) minutos. A título de exemplo, recorda-se a Lei Municipal de São Paulo (Lei nº 13.948/2005) que prevê o prazo de 15 minutos para atendimento diário, as Leis Municipais de Florianópolis (Lei nº CMF N° 699/2002) e Rio de Janeiro (Lei nº 5.254/2011), que estabelecem o prazo de 15 minutos em dias normais e 30 minutos em véspera ou após feriado prolongado; e a Lei Estadual do Rio Grande do Norte (Lei nº 10.699/2020), que define o prazo de 30 (trinta) minutos em dias normais e de 45 (quarenta e cinco) minutos em véspera ou após feriados prolongados.

4. Sob a perspectiva do **processo coletivo**, ao enfrentar se configura dano moral coletivo o "descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros

para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias, relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção", decidiu-se que "o desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor" (REsp 1.737.412/SE, Terceira Turma, julgado em 5/2/2019, DJe 8/2/2019).

5. Esse entendimento foi reiterado quando do julgamento do REsp 1.929.288/TO, Terceira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe 24/2/2022, no qual se decidiu que a "inadequada prestação de serviços bancários, caracterizada pela reiterada existência de caixas eletrônicos inoperantes, sobretudo por falta de numerário, e pelo consequente excesso de espera em filas por tempo superior ao estabelecido em legislação municipal, é apta a caracterizar danos morais coletivo".

6. Diferente é a situação ora em análise, que discute indenização por **dano individual**.

7. De fato, conforme apontou o e. Relator, a jurisprudên-

cia desta Corte é firme no sentido de que a mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco **não é suficiente para ensejar o direito à indenização individual do consumidor**. Enuncia-se, no ponto, alguns julgados sobre o tema:

“[...] 1. A **mera invocação de legislação municipal** que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização” [...] (AgRg no AREsp n. 357.188/MG, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 9/5/2018)

“[...] 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, a hipótese de **mera violação de legislação municipal ou estadual**, que estabelece o tempo máximo de espera em fila de banco, não é suficiente para ensejar o direito à indenização, apesar dos transtornos e aborrecimentos acometidos ao autor. No caso, deve ser demonstrada a situação fática provocadora do dano. Precedentes” [...] (AgInt no AREsp n. 937.978/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 18/11/2016)

“[...] 1. A **só invocação de legislação municipal ou estadual** que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provo-

cadas pelo usuário” [...] (REsp 1.340.394/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 7/5/2013, DJe 10/5/2013)

“[...] 1. O **pouco tempo** de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas. 2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais. [...] (AgRg no Ag n. 1.422.960/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 9/4/2012)

8. Mencione-se, também: AgInt no AREsp 931.538/MS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 28/9/2017; AgInt no AREsp 1.515.718/MT, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe 21/11/2019; REsp 1.647.452/RO, relator Ministro Luis Felipe.

9. Com efeito, a **jurisprudência é uníssona** no sentido de que o simples descumprimento da legislação local não viola, **por si só**, direitos da personalidade. Veja-se, por exemplo, que o fato de um indivíduo, de boa saúde, ter aguardado atendimento em estabelecimento bancário pelo período de 20 (vinte) minutos, quando a legislação local esta-

belece o prazo de 15 (quinze) minutos, não gera dano moral *in re ipsa*.

10. Nada obstante, não se pode ignorar a existência de **exceção** à regra supramencionada. Isto é, mostra-se cabível a indenização por danos morais **individuais** diante de espera por atendimento em fila de banco **quando excessiva ou reiterada, quando associada a outros constrangimentos ou quando o consumidor for hipervulnerável**.

11. Inclusive, similar hipótese foi apreciada pela Terceira Turma desta Corte, a qual decidiu, por unanimidade, que a espera de **2h7min** para receber atendimento em agência bancária configura espera excessiva e, portanto, **caracteriza dano extrapatrimonial individual**. Veja-se:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESPERA EM FILA DE BANCO. LEGISLAÇÃO LOCAL. PERÍODO EXCESSIVO PARA RECEBER ATENDIMENTO. CONFIGURAÇÃO.

1. Ação ajuizada em 16/08/2013. Recurso especial interposto em 12/08/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. Danos morais: grave ofensa à personalidade. Precedentes.

3. A mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente

para ensejar o direito à indenização. Precedentes.

4. Contudo, a espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos pode causar danos morais.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1.662.808/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017)

12. Do mesmo modo, comhem-se outras decisões a afirmar que, “nos termos dos precedentes do STJ, a esperá por atendimento em fila de banco somente é capaz de ensejar reparação por dano moral quando for excessiva ou associada a outros constrangimentos, caso contrário configura mero dissabor” (AgInt no AREsp 2.002.591/SC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/3/2022, DJe 25/4/2022; AgInt no AREsp 1.515.718/MT, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe 21/11/2019; e Resp 1.218.497/MT, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/9/2012, DJe 17/9/2012).

13. Todavia, no voto apresentado, o e. Min. Relator desenvolveu fundamentação enfática na excepcionalidade de configuração de dano moral individual em hipóteses como a presente. Tal conclusão advém,

sobretudo, das seguintes passagens: "A mera alegação de perda de tempo útil não é suficiente, por si só, para justificar a reparação cível, como pretende o recorrido, porque não serve de parâmetro exclusivo para tanto" (p. 18) e "O mero transcurso do tempo, por si só, não impõe um dever obrigacional de resarcimento, por não configurar, de plano, uma prática abusiva a acarretar uma compensação pecuniária, como pressupõe a teoria do desvio produtivo, que considera a perda de tempo útil uma espécie de direito de personalidade irrenunciável do indivíduo" (p. 19).

14. Ademais, o voto do e. Min. Relator, desconsiderando o art. 6º, VIII, do CDC, atribuiu ao consumidor um **ônus demasiado**, ao afirmar que "incumbe ao consumidor que aguarda em fila de banco demonstrar qual é de fato o prejuízo que está sofrendo e se não haveria como buscar alternativas para a solução do problema, tal como caixas eletrônicos e serviços de *internet banking* (autoserviço)" (p. 19).

15. Dito isso, suscita-se a divergência em relação à tese do e. Min. Relator apenas para que seja apreciada também – e com maior profundidade – a possibilidade de ocorrência de dano moral *in re ipsa* pela demora no atendimento de fila

de banco quando excessiva, quando associada a demais constrangimentos ou quando comprovada a hipervulnerabilidade do consumidor.

2. DO DANO MORAL *IN RE IPSA PELO DESVIO PRODUTIVO DO TEMPO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO*

2.1 DO TEMPO COMO BEM JURÍDICO

16. Grandioso como é, o tempo não pode ser considerado mero transcorrer de dias, horas, minutos e segundos, mas representa verdadeiro **período de vida**, por meio do qual podem ser realizadas diversas atividades, desde as comezinhas até as mais enobrecedoras.

17. O tempo é implacável. Diante da sua inevitável passagem, evidencia-se a **fragilidade do homem**, porquanto o tempo que passou não mais retornará. Cabe ao ser humano, consequentemente, adaptar-se a essa incômoda realidade, desfrutando ao máximo do seu tempo presente – enquanto ainda o tem.

18. As relações jurídicas não passam ilesas ao exposto, sendo influenciadas por institutos jurídicos que possuem nítida relação com o transcurso temporal (v.g. prescrição, decadência, juros moratórios, correção monetária, entre outros).

19. Mais recentemente, o **tempo desponta como valor jurídico**, permitindo a tutela

do direito ao aproveitamento livre do tempo pelos próprios indivíduos.

20. No ponto, Jorge Bustamante Alsina recorda que bem jurídico "é todo o objeto, material ou imaterial, com ou sem valor econômico, que tem como finalidade **satisfazer às necessidades do homem**" (*Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9. Ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993, p. 238. Tradução livre).

21. Ademais, na esteira das lições de Maurilio Casas Maia, o tempo apresenta "quatro características que o tornam extremamente valioso ao ser humano, quais sejam: **escassez, intangibilidade, ininterrompibilidade e irreversibilidade**" (*O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro -é dignidade e liberdade*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 92, p. 161-176, mar./abr., 2014).

22. **O tempo, portanto, deve ser considerado como bem ou valor jurídico em si mesmo**, pois inequívoca sua importância na satisfação dos interesses do ser humano. O **tempo é vida** e, como tal, precisa ser respeitado pelos indivíduos e tutelado pelo ordenamento jurídico.

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO

23. Silmara Juny Chinellato leciona que a responsabilidade civil contemporânea é marcada por quatro tendências fundamentais: a) a **expansão dos danos indenizáveis**, b) a objetivação da responsabilidade; c) a coletivização da responsabilidade e d) o alargamento do rol de lesantes e lesados (*Da responsabilidade civil no Código de 2002: aspectos fundamentais*. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

24. No que diz respeito à expansão dos danos indenizáveis, observa-se que a responsabilidade civil avança, atualmente, para além dos clássicos danos materiais e morais, abordando o dano estético, o dano por ricochete, o dano social, o dano transindividual, o dano pela perda de uma chance, entre outros.

25. É nesse contexto que se insere o chamado **dano por desvio produtivo do consumidor**, modalidade de dano cujos estudos iniciais são atribuídos a Marcos Dessaune e que busca enfrentar a perda de tempo pelo consumidor que é desviado de suas atividades existenciais.

26. Com efeito, a Teoria do Desvio Produtivo é aplicável sempre que o **fornecedor** buscar se eximir da sua responsa-

bilidade de sanar os infortúnios criados aos consumidores de forma voluntária, tempestiva e efetiva, levando a parte vulnerável da relação a desperdiçar o seu tempo vital e a desviar de suas atividades existenciais para solucionar o problema que lhe foi imposto. Consoante ressalta o referido autor:

“Não lhe restando uma alternativa de ação melhor no momento, e tendo noção ou consciência de que ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, o consumidor, impelido por seu estado de carência e por sua condição de vulnerabilidade, **despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, desvia as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres ope-racionais e custos materiais que não são seus.** O consumidor comporta-se assim ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso. Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”, que é o fato ou evento danoso que se consuma quan-

do o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante” (DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor um panorama*. Direito em movimento, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 1º semestre 2019) (grifou-se).

27. Desse modo, é possível identificar, no ordenamento jurídico nacional, uma verdadeira **obrigação** imposta aos fornecedores de garantir a otimização e o máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

28. Tal obrigação tem por fundamento: **(I)** a vulnerabilidade do consumidor; **(II)** o princípio da reparação integral (art. 6º, VI, do CDC); **(III)** a proteção contra práticas abusivas (art. 39, do CDC); **(IV)** o dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho imposto aos fornecedores de produtos e serviços (art. 4º, II, “d”, do CDC) e **(V)** o dever de informar adequadamente e de agir sempre com boa-fé (art. 6º, III e 51, IV, do CDC).

29. Adicionalmente à proteção legal *lato sensu*, é imprescindível a ocorrência concomitante dos seguintes pressupostos:

No âmbito da responsabilidade por vínculo ou por fato do produto ou do serviço: (1) um vínculo/defeito no produto ou no serviço, (2) o desvio produtivo sofrido pelo consumidor e (3) a relação de causalidade entre o vínculo/defeito e o desvio produtivo ocorrido.

No campo da responsabilidade por prática abusiva: (1) uma prática abusiva cometida no mercado de consumo, (2) o desvio produtivo sofrido pelo consumidor e (3) a relação de causalidade entre a prática abusiva cometida pelo fornecedor e o desvio produtivo ocorrido. (DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 135) (grifou-se)

30. A partir da compreensão apresentada, Laís Gomes Bergstein discorre acerca da noção de **menosprezo planejado nas relações de consumo**. Isto é, favorável ao dever de indenizar pelo tempo perdido, a autora entende que há um **desrespeito planejado** dos deveres de efetiva prevenção e reparação de danos, consistente na desvalorização do tempo e dos esforços empreendidos pelo consumidor em relação ao fornecedor. O menosprezo,

destarte, é caracterizado pela falta de iniciativas do fornecedor para agilizar o atendimento ao contratante vulnerável. Por oportuno, confira-se:

"A reclamação ou a demanda do consumidor não são apreciadas imediatamente, são delegadas e transferidas inúmeras vezes ou ainda ignoradas por completo até que os instrumentos legais sejam movimentados. **O consumidor é menosprezado quando tem que aguardar um período de tempo excessivamente longo ou incompatível com a diligência que deveria ser adotada pelo fornecedor que ocasionou o problema.** O tempo do consumidor é menosprezado sempre que há negativa de agendamento para atendimento, quando ocorre um ou sucessivos atrasos na apresentação de respostas às suas demandas ou ainda quando o atendimento é condicionado ao seu comparecimento a localidade distante da sua residência ou do local onde o contrato de consumo foi celebrado. A falta de informações sobre o tempo de espera e o status do atendimento também é um fator relevante para a caracterização do menosprezo ao consumidor. O direito à informação é essencial e indissociável de toda relação jurídica de consumo. A informação, adequada, clara e precisa, deve contemplar todos os aspectos da prestação dos serviços ou fornecimento de produtos, inclusive o tempo de

espera por atendimento. A supressão temporária do direito de uso de um bem que integra o acervo patrimonial da pessoa, chamada de dano pela privação do uso, ‘reflete o corte definitivo e irrecuperável de uma fatia dos poderes inerentes ao proprietário [usar, gozar e dispor]’. Também a privação do uso pode, em inúmeras situações, gerar o direito à indenização, como no caso de um veículo que, por defeito crônico, necessita retornar reiteradamente à concessionária” (*O Tempo do Consumidor nas Relações de Consumo: pela Superação do Menosprezo Planejado nos Mercados*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2018).

31. Com efeito, a autora recorda que, se os investimentos na cadeia produtiva são planejados pelo fornecedor, há que se desconfiar que **a falta de investimento também o seja**. Até mesmo porque, a falta de agilidade do fornecedor pode gerar a desistência e o desinteresse na resolução do problema por parte do consumidor (*BERGSTEIN*. Op. cit.).

32. Inegável, portanto, que a indenização pela perda do tempo produtivo representa um **ilícito invisível**; porém, em seu âmago, é **palpável e avaliável**. No moderno Direito Civil, não há mais espaço para a indiferença judicante

quanto à pretensão de indenização pelo desvio do tempo produtivo, visto que há fundamento legal e suficiente para a sanção dessa prática ilícita. Trata-se de nova modalidade de vulnerabilidade que **não pode ser olvidada pelo Judiciário**.

33. Dito isso, urge superar a tese do “mero aborrecimento” pelo tempo excessivo de espera nos atendimentos bancários, a fim de **alterar a cultura de leniência** que permite – tácita e indiretamente – o menosprezo ao consumidor, desarmonizando o convívio social e violando direitos dos indivíduos vulneráveis.

34. Inclusive, a jurisprudência desta Corte já fundamentou algumas de suas decisões na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. A título exemplificativo, quando do julgamento do REsp 1.634.851/RJ, decidiu-se que o tempo despendido injustamente pelo consumidor mereceria proteção, pois “à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com

este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo" (REsp 1.634.851/RJ, Terceira Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 15/2/2018). Ainda, cite-se: REsp 1.737.412/SE, Terceira Turma, julgado em 5/2/2019, DJe de 8/2/2019 e REsp n. 1.929.288/TO, Terceira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022.

2.3 DO DANO MORAL IN RE IPSA PELA DEMORA EXCESSIVA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO, PELA OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTOS OU PELA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

35. Zygmunt Bauman recorda que a vulnerabilidade nas sociedades modernas, marcada pela *exposição das atividades da vida aos caprichos das forças do mercado*, exige dos indivíduos a necessidade de perseguir seus propósitos existenciais em *condições de incerteza aguda e irremediável*. Como consequência, é dever do Estado "limitar os danos e prejuízos perpetrados pelo livre jogo das forças do mercado, proteger o vulnerável de golpes mortais ou dolorosos e oferecer garantias pelo menos em relação a alguns riscos dos muitos que a livre competição acarreta" (*Danos Colaterais: Desigualdades Sociais numa Era Global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013).

36. Leciona Sergio Sebastián Barocelli que o **tempo é recurso**

so vital de todo ser humano, sendo que "**a perda do tempo acarreta também um desgaste moral e transtorno espiritual para o consumidor**, o qual deve desatender suas necessidades para se dedicar – com esforço – a uma luta em que está quase sempre em clara desigualdade de condições em face ao fornecedor" (*Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 90, p. 119-140, nov./dez., 2013. Tradução livre).

37. Vitor Vilela Guglinski **defende que perda involuntária do tempo tem aptidão de causar dano moral indenizável**, tendência das modernas relações de consumo e que encontra positivação também nos ordenamentos estrangeiros, como no Código Civil Alemão (BGB), que prevê a compensação pela perda do tempo no § 651f, 2, sob a rubrica "danos", localizado no Subtítulo 2 da Seção 651 do Código (*O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 99, p. 125-156, maio/jun., 2015). De modo similar: DEGGAU BASTOS, Daniel. *A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática*. Dissertação (Mestrado). Cur-

so de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

38. No mesmo sentido, defendem André Dias Fernandes e Ana Paula Vieira Carvalho que, “*de iure condito, o dano temporal já pode ser indenizado como dano moral/ extrapatrimonial que é, pela restrição ilícita ao direito de liberdade de escolha do consumidor* (direito de personalidade radicado no princípio da dignidade da pessoa humana), **mesmo que essa restrição não ocasione vexame, constrangimento, dor, humilhação etc.**”. Segundo explicam, “tais sentimentos negativos, se eventualmente existentes, podem ser considerados para o fim de majoração do *quantum* indenizatório devido a título de dano temporal, mas não como requisitos necessários à existência mesma do dano temporal indenizável. São, portanto, circunstâncias accidentais, não essenciais à configuração do dano temporal” (*A perda de tempo do consumidor nos casos de deliberada má assistência do fornecedor de produtos ou serviços defeituosos: mero aborrecimento ou dano moral indenizável?* Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 145, p. 261-294, jan./fev., 2023).

39. Inclusive, à luz da Constituição vigente, Sérgio Cava-

llieri Filho ensina ser possível compreender o dano moral sob aspectos distintos. Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. **Em sentido estrito, dano moral corresponde à violação do direito à dignidade** e, nessa perspectiva, “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima”. Isto é, “**pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento**, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011).

40. A partir desses ensinamentos, defende-se que o **excesso de tempo despedindo na fila de estabelecimento bancário gera dano moral in re ipsa ao consumidor, notadamente pela perda de seu tempo produtivo. O dano, nessa hipótese, é presumido**.

41. Não é possível transferir ao consumidor, indivíduo vulnerável na relação jurídica, a responsabilidade imposta pela legislação ao fornecedor, qual seja: de inserir no mercado produtos e serviços de qualidade e que atendam às legítimas expectativas dos consumidores. Assim, a instituição bancária, ao disponibilizar atendimento presencial aos seus clientes,

deve zelar para que esse serviço seja desenvolvido de maneira adequada e que não desvirtue demasiadamente o tempo do consumidor. A demora excessiva para atendimento bancário configura **defeito** na prestação de serviço, devendo apenas ser demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano – que, na espécie, é presumido.

42. Ademais, outro aspecto que necessita ser considerado ao se examinar a responsabilidade pelo dano temporal corresponde às **características pessoais dos consumidores**. No avançado estágio da tecnologia, em que a maioria dos problemas pode ser solucionada por meio de sítios eletrônicos ou de aplicativos de celular ou, até mesmo, por ligações telefônicas e mensagens, **não se pode descuidar que os principais usuários dos estabelecimentos físicos dos bancos correspondem a indivíduos hipervulneráveis**, como pessoas idosas, pessoas com deficiência e demais sujeitos com dificuldades de adaptação à realidade digital (imigrantes digitais).

43. **Para os consumidores hipervulneráveis**, o tempo ganha especial relevância e, justamente por esse motivo, **o dano moral pela demora na prestação dos serviços bancários deve ser presumido**, bastando o mero descumprimento

da legislação específica estadual ou municipal.

44. A sociedade digital traz, certamente, conforto para os consumidores e para as instituições financeiras, que podem reduzir suas despesas das mais diversas ordens (locação de espaço, luz, água, contratação de funcionários, etc.). Veja-se que, como bem apreendeu o e. Relator em seu voto, houve o fechamento de inúmeras agências por todo o país após a pandemia (p. 20).

45. Todavia, essa **cômoda situação** não lhes retira o dever de manter os espaços físicos existentes com funcionalidades adequadas – e tampouco obriga os consumidores hipervulneráveis a vivenciar situação prejudicial à sua própria dignidade.

46. Outrossim, ao intérprete do Direito importa examinar se a demora na prestação de serviço está associada a **constrangimentos** e situações que vulnerem, ainda mais, o consumidor, como ocorre, por exemplo, nas circunstâncias em que não há acesso à água, sanitários ou assentos suficientes nos estabelecimentos bancários.

47. Conclui-se, portanto que a demora na prestação de serviços bancários gera dano moral *in re ipsa* quando excessiva, reiterada, associada a outros constrangimentos ou quando evidenciada a hipervulnerabilidade do consumidor, sendo

insuficiente o simples descumprimento da legislação específica, estadual ou municipal.

3. DA PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA

48. Em razão das considerações apresentadas, com fundamento no art. 1.036 do CPC, rogando as mais respeitosas vêrias ao e. Min. Ricardo Villas Cueva, propõe-se a fixação das seguintes teses jurídicas:

1. Os simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviços bancários não gera dano moral *in re ipsa*. 2. O descumprimento do prazo, quando comprovado que foi prolongado, reiterado, acompanhado de outros constrangimentos, ou quando envolver consumidor hipervulnerável, além da perda do tempo, pode resultar em dano moral.

4. DA HIPÓTESE DOS AUTOS

49. De início, destaca-se que o acórdão recorrido enfrentou as questões submetidas à sua apreciação de maneira fundamentada, sendo que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que

de forma diversa daquela pretendida pela parte. A propósito, confira-se: AgInt no REsp 1.726.592/MT, Terceira Turma, DJe 31/8/2020 e AgInt no AREsp 1.518.178/MG, Quarta Turma, DJe 16/3/2020.

50. No particular, MARCELO PEREIRA GONÇALVES (recorrido) ajuizou ação de compensação por danos morais em face de BANCO DO BRASIL S/A (recorrente), por meio da qual alegou que aguardou, em mais de uma oportunidade, atendimento em caixa da agência da instituição financeira por tempo superior ao permitido na legislação municipal (cerca de 1 hora em cada ocasião).

51. O Juízo de primeiro grau julgou improcedente a pretensão autoral. O recurso de apelação interposto pelo recorrido foi afetado para julgamento por meio do IRDR, que fixou a seguinte tese jurídica:

"1 -A demora excessiva na prestação dos serviços bancários presenciais em prazo superior aos definidos em legislação específica gera dano moral passível de reparação;
2 -Em casos que tais, o dano moral é presumido e, portanto, prescinde de prova de sua ocorrência por parte do consumidor." (e-STJ fl.686)

52. Conforme analisado, a tese deve ser parcialmente modificada, uma vez que o descumprimento, por si só, do tem-

po de espera em fila de banco previsto em legislação específica não gera dano moral *in re ipsa*, exceto quando excessivo, quando associado a outros constrangimentos ou quando comprovada a situação de hipervulnerabilidade do consumidor.

53. Por sua vez, na apreciação específica da hipótese dos autos, o TJGO esclareceu que “a inicial foi instruída com os documentos “Senha C 60” e “Senha A048”, que **certificam respectivamente, que no dia 10-02-2014, um não correntista chegou à sede do apelado às 15:54:58h e foi atendido presencialmente às 17:08:8h** (mov. 03, doc. 06) e que no dia **11-06-2015, um não correntista chegou a sua sede às 15:08h e foi atendido presencialmente às 16:08h** (mov. 03, doc. 07)” (e-STJ fl. 684).

54. Como consequência, o Tribunal de origem acolheu o pleito compensatório e condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de compensação por danos morais.

55. Assim, de acordo com a fundamentação supra, considerando que o recorrido aguardou **tempo excessivo** para ser atendido na fila da instituição bancária (1 hora e 14 minutos no primeiro atendimento e 1 hora no segundo atendimento), é de ser mantido o dever de indenizar.

5. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e NEGOLHE PROVIMENTO.

Deixo de majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, porquanto já atingido o patamar máximo previsto no art. 85, § 2º, do CPC.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente:

1 -Pelo Recorrente BANCO DO BRASIL S.A. o Dr. RAFAEL MARTINS PINTO DA SILVA;

2 - Pela Interessada FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS o Dr. LUIZ RODRIGUES WAMBIER;

3 -Pelo Interessado INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - RASILCON o Dr. MARCOS VERVLOET DESSAUNE; o Dr. WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA.

4 - Pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ o Dr. ERICK LA PALAZZI FERREIRA;

5 - Pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR o Dr. WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial para afastar a indenização a título de danos morais e firmando tese repetitiva, pediu VISTA antecipada a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Aguardam os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Humberto

Martins, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO SUSTENTAÇÃO ORAL

Pediram preferência, pelo Recorrente BANCO DO BRASIL S.A., o Dr. RAFAEL MARTINS PINTO DA SILVA, e, pela Intressada FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, a Dra. TATIANA DE AZEVEDO LAHÓZ.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrighi abrindo divergência, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento no caso concreto, a Segunda Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial para afastar a indenização a título de danos morais, com a fixação de tese repetitiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no TEMA 1156: “O simples des cumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviços bancários não gera por si só dano moral in re ipsa.”

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida no caso concreto a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Raul Araújo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “*Juris Tantum*” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

[]-2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso –

relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transscrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de <> (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511
Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.

